

Marcos Gómez Puente

Ayudante
Seminario de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

Responsabilidad por inactividad de la Administración

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO PUBLICO. 1. El concepto de inactividad administrativa. 2. La responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos. 3. Responsabilidad por omisión y funcionamiento normal. Una contradicción insalvable que impide objetivar la responsabilidad. II. LA RESPONSABILIDAD ANTE LAS CLASES DIVERSAS DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. 1. Inactividad formal reglamentaria. A) Inactividad en casos de remisión normativa de las leyes. B) Inactividad reglamentaria en el Estado descentralizado. C) Inactividad reglamentaria y Derecho comunitario. 2. Inactividad formal singular. A) El procedimiento a instancia de parte. Responsabilidad y silencio administrativo. *a)* El plazo para resolver y la existencia del daño como perjuicio antijurídico. *b)* El silencio y la responsabilidad administrativa.—*a')* El silencio administrativo sustitutivo.—*b')* El silencio al reclamar la responsabilidad: la omisión de dictamen del Consejo de Estado.—B) El procedimiento de oficio.—*a)* La falta de incoación del procedimiento.—*b)* Responsabilidad por demora en la resolución del procedimiento.—C) La falta de notificación.—3. Inactividad material.—A) Inactividad en la ejecución de los actos administrativos.—B) Inactividad prestacional.—*a)* Sobre el daño.—*b)* Sobre el funcionamiento anormal por inactividad.—*c)* Sobre la relación de causalidad.—*d)* Algunos ejemplos sectoriales.—C) Inactividad en la ejecución de sentencias.

ABREVIATURAS

Arz.	Referencia del Repertorio Cronológico de Jurisprudencia Aranzadi
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CdE	Consejo de Estado
CE	Constitución Española de 1978
DCdE	Dictamen del Consejo de Estado
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria.
FJ	Fundamento Jurídico
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LCE	Ley de Contratos del Estado
LEEA	Ley de Entidades Estatales Autónomas

LEF	Ley de Expropiación Forzosa de 1954
LGAR	Ley cántabra del Gobierno y la Administración de la Diputación Regional de Cantabria de 1984
LJ	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo de 1958
LPE	Ley del Patrimonio del Estado
LPHE	Ley del Patrimonio Histórico Español
LRBRL	Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992
LS	Ley del Suelo de 1992
RD	Real Decreto
RDLeg	Real Decreto Legislativo
REF	Reglamento de Expropiación Forzosa
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
SAT	Sentencia(s) de la Audiencia Territorial de
SAN	Sentencia(s) de la Audiencia Nacional
STJCE	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCECA	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRRL	Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 1986
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCION: LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO FUNCIONAMIENTO ANORMAL DEL SERVICIO PUBLICO

1. EL CONCEPTO DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Una de las variantes más extensas y graves de mala administración, entendida ésta como la infracción por la Administración del deber de diligencia funcional contenido en el artículo 103.1 CE, es la inactividad administrativa. Me refiero a la omisión por la Administración de una actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible. Se trata, pues, de un comportamiento antijurídico, contrario al principio de legalidad en sentido amplio (de juridicidad, si se quiere), que contradice la posición servicial y la vocación dinámica y transformadora de la realidad social que la Constitución atribuye a la Administración como instrumento esencial del Estado social de Derecho.

Como acaba de avanzarse, la inactividad administrativa puede caracterizarse o definirse a partir de tres condiciones o elementos básicos:

a) La existencia de un deber legal de actuar (dar/hacer) es el presupuesto sobre el que debe forzosamente descansar cualquier teorización jurídica de la inactividad (no lo es, en cambio, para valorar la inactividad administrativa en términos políticos o económicos).

La sujeción jurídica de la Administración no sólo en forma negativa, limitando su actividad, sino también positiva, determinándola, es una consecuencia necesaria del Estado social de Derecho. Deberes y obligaciones a cargo de la Administración surgen con toda normalidad de las previsiones normativas, del reconocimiento o ejercicio de potestades o de la constitución de relaciones jurídicas.

A diferencia de otros poderes del Estado, todas las potestades conferidas a la Administración tienen naturaleza funcional, esto es, se otorgan y ejercitan en interés ajeno; en este caso, en atención al interés general o comunitario (art. 103.1 CE). Los poderes de la Administración siempre son, pues, poderes fiduciarios en los que titularidad formal del ejercicio (para la Administración) y beneficiario último del mismo (la colectividad o el interés público) aparecen disociados. Lo que vale tanto como afirmar que la Administración nunca podrá ser titular de situaciones jurídicas *exclusivamente activas*, sino que se encontrará siempre inmersa en situaciones jurídicas mixtas de poder-deber, de medios y fines, que conforman la función legal asignada. Conclusión muy valiosa al punto de constatar la existencia de deberes vinculados a facultades o posiciones de ventaja cuya falta de ejercicio o actualización también puede tenerse por inactividad. Y es que, a falta de concreción de los deberes, la adherencia de la Administración a los fines que justifiquen su potestad, la función, puede servir de parámetro para valorar la legalidad del ejercicio o de la falta de ejercicio de potestades administrativas. Esto es, puede servir de parámetro para declarar la existencia de un deber legal de obrar¹, tanto en relación con la actividad jurídica o formal como con la actividad material. Parámetro que también es válido para controlar la discrecionalidad administrativa en la que suele escudarse la Administración para negar la existencia de un deber de actuar. Sin poner en duda la necesidad y eficacia de reconocer a la Administración un margen de libertad en el desempeño de sus cometidos, debe admitirse que la discrecionalidad suele ser terreno fecundo para la arbitrariedad administrativa cuya interdicción, así como la objetividad de la actividad administrativa, exige la Constitución (arts. 9.3, 103.1). Este exceso tanto puede cometerse por ejercitar una potestad administrativa como por no hacerlo. Piénsese, por ejemplo, en la falta de ejercicio de los poderes de inspección-sanción por la Administración, caso, por cierto, de la denominada *culpa in vigilando*, o en la

¹ O incluso la desviación de poder por omisión en la que ahora no podemos detenernos. Sobre el tema, que cuenta ya con algún apoyo normativo en el ordenamiento comunitario (art. 35 TCECA), puede verse SORIANO GARCÍA, J. E., «Hacia el control de la desviación de poder por omisión», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, enero-marzo 1984, pp. 173 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 43 a 48; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 55.

inejecución material de actos administrativos. Estas omisiones, cuando no vienen determinadas por una imposibilidad material o técnica y carecen de un fundamento objetivo o justificación razonable, pueden ser arbitrarias, además de discriminatorias, y rebasar no sólo el límite de la legalidad administrativa sino también penal.

b) La *omisión de la actividad jurídica o material debida* es el segundo elemento objetivo de la inactividad administrativa. Se trata, pues, de la falta de cumplimiento de un deber legal de obrar, ya consista en dictar un acto jurídico, ya en desarrollar una determinada actividad de medios o de resultado. El incumplimiento tanto puede deberse a la radical pasividad de la Administración (omisión absoluta), como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo que impide satisfacer en su integridad cuantitativa y cualitativa el contenido del deber impuesto (omisión relativa).

En este último caso, la inactividad, especialmente la de carácter material o técnico, puede llegar a confundirse con otras hipótesis de funcionamiento anormal; esto es, las nociones de culpa *in committendo* y culpa *in omittendo* se entrecruzan y confunden, aunque desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa tanto da, por irrelevante, que el daño proceda de una u otra modalidad de funcionamiento anormal (no así desde otras perspectivas jurídicas²). Lo que quiere decirse es que entre la omisión absoluta y la acción carente de todo fundamento, supuestos extremos del funcionamiento anormal *in omittendo* o *in committendo*, respectivamente, la conducta administrativa tanto puede faltar a un deber legal de hacer, como infringir, simultáneamente, una prohibición legal de actuar en una forma determinada. Circunstancia que parece debida al carácter complejo de las situaciones de sujeción administrativa y que impide establecer nítidamente la frontera entre una y otra conducta administrativa, cuya distinción, por lo demás, tiene un interés meramente descriptivo de las modalidades de funcionamiento anormal.

c) Y la inactividad administrativa exige, por último, *que la actividad debida sea materialmente posible*, que no estemos ante un deber de hacer de imposible cumplimiento. Que no sea imposible, quiere decirse, al tiempo de ser satisfecho o cumplido, porque no puede atri-

² En efecto, desde el punto de vista jurídico que el incumplimiento sea absoluto o parcial puede tener alguna relevancia procesal a causa del tradicional carácter revisor de nuestra justicia administrativa. Así, al tiempo de recurrir no es lo mismo una omisión absoluta (la falta de acto, por ejemplo, que pone en marcha la técnica del silencio administrativo) que relativa (ejemplo, un acto incongruente por defecto que puede combatirse directamente). Las diferencias procesales tienden, no obstante, a atenuarse, pues el cauce jurisdiccional ante la inactividad administrativa, no sólo a través del instituto silencial —restringido al ámbito formal—, sino también por obra del esfuerzo doctrinal y de la jurisprudencia (que se vale del silencio para encauzar el control de la inactividad material), se va abriendo paulatinamente.

buirse dicho carácter a los deberes que devienen imposibles precisamente a causa de la inactividad. Me refiero, por el contrario, a la imposibilidad material que resulta de la incardinación en la realidad de los deberes puestos a cargo de la Administración y cuya determinación exige una confrontación de la norma con la realidad fáctica del momento en que se aplica (en este caso, del momento en que ha de exigirse el cumplimiento del deber de hacer).

De una parte, la sujeción a Derecho de toda la actividad administrativa impide reconocer virtualidad jurídica a deberes de hacer consistentes en dictar actos antijurídicos; si a la Administración no le es dado actuar en contra del ordenamiento jurídico, mucho menos podrá deducirse de éste un deber en tal sentido. No puede haber, por tanto, deberes administrativos jurídicamente imposibles (lo que no debe confundirse con la eventual imposibilidad jurídica de que un tercero cumpla deberes administrativos —por ejemplo, cuando el principio de separación de poderes impide al juez sustituir a la Administración en el cumplimiento de algunos deberes u obligaciones administrativas—). Pero de otra parte queda la imposibilidad material o técnica. Esto es, la incapacidad de llevar a cabo la actividad jurídica o material que integra el contenido de un deber positivo. En este caso, ¿queda la Administración eximida del mismo?; ¿de qué sirve declararla obligada a realizar lo imposible?; ¿puede tenerse por inactividad el incumplimiento de un deber de hacer imposible? Obviamente, no. Por eso, la construcción técnico-jurídica de la noción de inactividad debe apartarse de un formalismo riguroso y excesivo que le privaría del sentido y utilidad que ha de tener todo concepto jurídico.

La introducción de parámetros sustantivos en la definición de la inactividad no debe suscitar recelos. No se trata de implantar una válvula de exoneración de cumplimiento de los deberes administrativos, sino de respetar la necesaria vinculación del ordenamiento con la realidad; de admitir el influjo normativo de lo fáctico sobre el propio ordenamiento jurídico cuya función transformadora de la realidad y cuya imperatividad tienen límites materiales, naturales si se prefiere, de imposible superación. Así lo reconoce un viejo aforismo latino: *ad impossibilia nemo tenetur*. El Derecho, por tanto, se detiene ante las puertas de lo imposible³.

En el reconocimiento de la imposibilidad de alcanzar, en todo caso o circunstancia, ciertos resultados u objetivos encomendados a la Administración descansa el fundamento de lo que podríamos llamar «estandarización» de la actividad administrativa. A cubierto, por ejemplo, del derecho constitucional a la salud (art. 43 CE), de nada serviría imponer a la Administración el deber de descubrir una vacuna contra el

³ Véase NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121.

SIDA. Tampoco la supresión total de la delincuencia parece realmente viable por extensa que fuera la actividad represiva de la Administración. Imponer deberes de resultado en estas materias iría contra la propia naturaleza de las cosas y carecería de toda racionalidad. Pero tiene pleno sentido el encomendar a la Administración que desarrolle la actividad *necesaria* para fomentar la investigación virológica o reducir la delincuencia. Subrayo el adjetivo *necesaria* porque es ahí donde radica la clave de la cuestión que el legislador puede resolver por sí mismo (especificando la actividad a desarrollar) o remitir a la Administración, ya otorgándole un margen de apreciación dentro de unos principios o directrices objetivos (conceptos jurídicos indeterminados, máximas de experiencia), bien dejándola decidir con libertad siempre que no incurra en arbitrariedad ni rebase los límites de la objetividad y racionalidad que inspiran la actividad administrativa (arts. 9.3, 103.1 CE). Estos límites, aquellas directrices o la regulación detallada no hacen sino normalizar o protocolizar, someter a estándares más o menos precisos la actividad administrativa. Estándares cuya declaración, en tanto que constituyen auténticas reglas jurídicas, corresponde a los tribunales a quienes encomienda en última instancia la Constitución la función jurisdiccional (de declarar el Derecho, de *ius dictio*)⁴. Es precisamente la jurisprudencia de la responsabilidad por anormal funcionamiento de los servicios públicos la que ha contribuido de forma relevante a la fijación de estos estándares. A través de ellos, por lo demás, será posible garantizar el dinamismo de la legalidad, la adaptación de las normas, y por tanto del nivel de servicio exigible a la Administración, a la realidad del momento en que han de ser aplicadas tomando en consideración los avances tecnológicos, la situación social y económica y otros factores que rodean y condicionan la actividad social de la Administración y permiten evaluar su conformidad con la legalidad.

A la idea de imposibilidad, por último, es también reconducible, al menos cuando el origen de un daño se atribuye a una omisión administrativa, la noción de fuerza mayor como causa de exclusión de responsabilidad. La imprevisibilidad e irresistibilidad inherentes a la idea de fuerza mayor suponen la superación de cualquier estándar de acción exigible a la Administración; es decir, atribuir a la Administración responsabilidad supondría reconocer su *culpa in omittendo* y, a contrario, el deber de alcanzar un resultado imposible cual es, válgame la redundancia, el de prevenir y evitar un daño imprevisible e irresistible.

⁴ Véase RIALS, S., *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980; también FERRET I JACAS, J., «El control jurisdiccional de la inactividad administrativa», *Documentación Administrativa*, núm. 208, abril-diciembre 1986, p. 271.

Aclarado a qué tipo de comportamiento me refiero al hablar de inactividad administrativa, ahora debemos comprobar en qué términos son indemnizables los perjuicios a que puede dar lugar, lo que constituye el propósito principal de este trabajo y nos lleva, lógicamente, hasta el instituto de la responsabilidad administrativa.

2. LA RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Es sabido que nuestra Constitución establece un modelo de organización estatal que, fundado en la intervención de los poderes públicos (art. 9 CE), otorga un protagonismo decisivo a la Administración en la transformación de las condiciones económicas, sociales y culturales en orden a la consecución de los objetivos de interés general legalmente predeterminados.

Por ello, la actividad administrativa adquiere un peso crucial en la consecución de los fines estatales y, como éstos, se intensifica y diversifica progresivamente. Esta expansión supone, de un lado, una mayor presencia de la actividad pública en el seno de las relaciones sociales e individuales y, de otro, el condicionamiento de éstas hasta el punto de hacerlas dependientes de aquella actividad. Con ello aumentan también las probabilidades de que la actuación administrativa, bien por exceso, bien por defecto u omisión, pueda ser fuente de daños que, como pronto veremos, deban ser reparados a través del instituto de la responsabilidad.

Por regla general, la producción de daños a causa de una conducta administrativa suele poder reconducirse al fenómeno de la mala administración, aunque no siempre es así. Lo normal es, en efecto, que los daños sean consecuencia del abandono por la Administración de las directrices legales y de la falta de los principios rectores de su actividad, comportamiento constitucionalmente reprochable al que apela, a la luz del artículo 103.1 CE, la noción de mala administración desde la que puede evaluarse la actuación administrativa tanto en el plano jurídico (por el principio de legalidad), como en el plano técnico o material (a través de los principios de eficacia, objetividad e interdicción de la arbitrariedad). Pero incluso actuaciones administrativas jurídica y técnicamente irreprochables pueden ser fuente de daños inevitables, como lo son otras muchas actividades humanas, y también impredecibles e imposibles, por ello mismo, de compensar por vía expropiatoria y sí únicamente, una vez producidos, por vía de responsabilidad. La revisión del planeamiento urbanístico, la actuación de los bomberos, o un coche policial en persecución de un delincuente, por ejemplo,

pueden ser fuente de daños en patrimonios ajenos sin incurrir por ello en el campo propio de la mala administración⁵.

A esta circunstancia obedece el que para proteger la indemnidad patrimonial de los particulares, el artículo 106 CE, dando concreción al genérico principio de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE, declare la responsabilidad de la Administración por todos los daños de origen administrativo sin tomar en consideración el comportamiento seguido por aquélla. Los particulares tendrán derecho, pues, a ser indemnizados por toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Noción esta última, la de servicio público, que tradicionalmente viene considerando nuestra legislación y jurisprudencia (la cursiva es mía)

«como comprensiva de todo “el hacer y actuar de la Administración como acto de gestión pública” —Sentencia de 2 de febrero de 1963—, esto es, de la “gestión administrativa en general, incluso las acciones *u omisiones* puramente materiales o de hecho” —Sentencia de 7 de junio de 1967 (Arz. 3117)—» [STS de 25 de mayo de 1988 (Arz. 3962)]⁶.

E incluso de la que debe hacerse una interpretación extensiva y favorable al administrado lesionado por un comportamiento activo o pasivo de la Administración, por lo que [SSTS de 5 de junio de 1989 (Arz. 4338) y 22 de noviembre (Arz. 8844), por la que se cita]

«debe atribuirse a los conceptos de servicio público y de su funcionamiento el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, lo que supone identificar el servicio público con toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, *incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado*».

Decisión que nos introduce de pleno en el objeto propio de este trabajo: el estudio de la responsabilidad por omisión, pasividad o inac-

⁵ Puede haber responsabilidad, como veremos, incluso cuando la acción originaria del daño «sea ejercida legalmente y aparezca encuadrada al margen de todo funcionamiento irregular» —SSTS de 16 de noviembre de 1974 (Arz. 4636), 12 de marzo de 1975 (Arz. 1798), 9 de junio de 1976 (Arz. 3553) y 25 de mayo de 1988 (Arz. 3962)—.

⁶ Esta sentencia, como las de 14 de septiembre de 1989 (Arz. 6571) y 7 de octubre de 1991 (Arz. 7851), continúa la línea jurisprudencial ya establecida respecto del artículo 40 LRJAE, precedente del artículo 106.2 CE, por las SSTS que ella misma invoca y las de 2 de febrero de 1968 (Arz. 762) y 14 de octubre de 1969 (Arz. 4415).

tividad de la Administración, asunto que ya reclamó la atención de alguno de los autores clásicos del Derecho público ⁷.

Antes que nada, debe destacarse que en nuestra tradición civil, la culpa o negligencia ha sido el fundamento de la responsabilidad *aquiliana* por daños (art. 1.902 CC), lo que explica que en la esfera de la actividad pública la responsabilidad —primero del funcionario, más tarde de la Administración (fuera subsidiaria o directa)— se hallase inicialmente vinculada a la existencia de un funcionamiento administrativo irregular ⁸.

El funcionamiento anormal constituyó, pues, la primera fuente de responsabilidad de la Administración aunque poco después la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 generalizaría y extendería el instituto reparatorio a cualquier daño originado por el funcionamiento regular o irregular de los servicios públicos (tal y como había reclamado el Consejo de Estado en Dictamen de 17 de marzo de 1953). Desde entonces, como es sabido y la Constitución vino a confirmar (art. 106.2), nuestro ordenamiento propugna la responsabilidad directa y objetiva de la Administración por cuantos daños se deriven del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos (art. 139 LRJPAC).

Pero reconocer el carácter objetivo de la responsabilidad y la independencia entre el deber de reparación y la existencia de culpa no impide recurrir a esta noción, y de hecho así lo hace la jurisprudencia, para delimitar un ámbito específico de aquella responsabilidad cual es la del funcionamiento anormal, modalidad o hipótesis de mala administración, que siempre presupone un comportamiento ilegal, tanto da que sea activo o pasivo. La objetivación de la responsabilidad administrativa extiende la cobertura del sistema más allá de los límites propios de la responsabilidad civil subjetiva, por culpa, pero no hace desaparecer ni deja sin sentido esta construcción técnico-jurídica que desde sus orígenes aquilianos fundamenta el instituto de la responsabilidad por daño. De modo que, aun careciendo de interés, ciertamen-

⁷ DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.ª ed., Boccard, París, 1930, tomo III, pp. 372-373.

⁸ Constituye la primera regulación específica de la responsabilidad de la Administración que se aparta de las reglas del CC (arts. 1.902 y 1.903, que conducían en la práctica a la irresponsabilidad estatal), la Ley Municipal de 1935 (que concretaba legalmente el art. 41 de la Constitución de 1931). Se establecía en ella la responsabilidad directa o subsidiaria, según los casos, de los municipios por daños irrogados por la actuación de sus órganos de gobierno o de sus funcionarios en el ámbito de sus respectivas atribuciones (art. 209). Este precepto, que no llegó a tener aplicación efectiva, inspiró a su vez el 405 de la Ley de Régimen Local 1950-1955, al que seguían dos preceptos más (arts. 406 y 409) que especificaban cuándo la responsabilidad era directa y cuándo subsidiaria (de la de sus autoridades, funcionarios o agentes). Así, el deber de reparar los daños deducidos de una falta en el servicio por culpa o negligencia se imputaba directamente al funcionario causante de la misma y subsidiariamente a la Administración, salvo que la falta en el servicio no pudiera ser imputada personalmente a nadie, esto es, se hubiera diluido su causa en el entramado organizativo de la Administración, en cuyo caso, objetivando la culpa, respondía la Administración.

te, el carácter ilícito de la causa (administrativa) eficiente del daño o la individualización de su agente una vez que la imputación a la Administración está asegurada, *ad extra*, por su vinculación al funcionamiento de un servicio público, la culpa puede tener utilidad, por un lado, para delimitar, *ad intra* de la organización administrativa —a efectos de regreso, sobre todo— la responsabilidad personal (penal, disciplinaria o patrimonial) de los funcionarios, agentes o autoridades que provocaron el daño; y por otro, como circunstancia indiciaria del origen administrativo del daño sobre el que fundar objetivamente la responsabilidad desplazando otros factores o concausas determinantes de aquél. Ante la dificultad de precisar el origen del daño, el anormal funcionamiento puede, en efecto, servir de fundamento a la presunción de la existencia de una relación de causalidad directa entre aquél y la conducta administrativa, presunción tanto más firme cuanto mayor sea la probabilidad de evitar el daño mediando un funcionamiento regular⁹. En presencia de éste, por el contrario, sin excluir que también de él puedan derivarse daños, la presunción ha de invertirse por cuanto parece más probable que la causa eficiente del daño radique fuera del ámbito administrativo¹⁰.

⁹ La función indiciaria de la culpa (y del funcionamiento anormal) en la determinación de una relación de causalidad directa entre el daño y la conducta administrativa puede observarse, por ejemplo, en la STS de 29 de julio de 1986 (Arz. 6908), que, en relación con el fallecimiento de un hospitalizado, excluye la existencia de fuerza mayor y otorga una indemnización porque del conjunto de la prueba resultaban manifiestas, «efectivas y auténticas deficiencias en el funcionamiento de los servicios del Hospital en que los hechos acaecieron, de por sí aptas para la producción del resultado lesivo cuya reparación se pretende, ya que, por más que no pueda decirse que fueran la causa única del resultado —pues, incluso, pudieron ser irrelevantes, dada la extrema gravedad (del enfermo) al ser hospitalizado—, sí que ciertamente bastaba la simple imprevisión del riesgo de que la muerte se produjera si no se prestaba debida y rápidamente la asistencia requerida, y la omisión de la actividad exigible para intentar evitarla con una eficiente e inmediata prestación del servicio, precisamente cuando la mayor eficacia y oportuna coordinación de todos los componentes del mismo es necesaria ante la también siempre previsible —y aquí no prevista— gravedad con que cualquier enfermo puede ser ingresado...». Esto es, si bien el fallecimiento podía ser inevitable aunque se hubieran dispuesto los medios adecuados, era tanto más cierto que en ausencia de éstos había de aumentar la probabilidad de un resultado fatal, lo que permitió al Tribunal poner el fallecimiento en directa relación causal con el funcionamiento anormal.

De similar argumento parece servirse la STS de 28 de octubre de 1986 (Arz. 6635) para condenar a la Administración a indemnizar los daños ocasionados en un equipo de megafonía con ocasión de una manifestación a causa de la ausencia policial. Y es que si los alborotadores podían haber dañado el equipo aun en presencia de fuerzas policiales, resulta evidente que, en ausencia de éstas pese a haberse reclamado anticipadamente su presencia, dicha probabilidad gana certeza, hasta el punto de poder considerarse como causa eficiente del daño la conducta deficiente de la Administración y no el comportamiento agresivo de los contramanifestantes.

Razonamientos análogos pueden entrecerse, aunque con menor fuerza argumental, en las SSTS de 12 de junio de 1979 (Arz. 2940), 8 de junio de 1982 (Arz. 4773) y 4 de junio de 1992 (Arz. 4928).

¹⁰ Así, la STS de 15 de marzo de 1982 (Arz. 2121) negó la obligación de un Ayuntamiento de reparar los perjuicios ocasionados a una central lechera por la venta ilegal de leche a granel toda vez que la persistencia de esta actividad ilegal no podía achacarse a un funcionamiento anormal de la Administración que había ordenado su cese y regularmente inspeccionaba y sancionaba dicha venta ilegal.

Por cierto, la noción de culpa que ha de manejarse, aunque sólo sea con el referido valor indiciario, al atribuir la condición de causa eficiente del daño a un funcionamiento anormal es muy laxa, de modo que tanto alcanza al ilícito de autoría individualizable *ad intra* (culpa subjetiva), como al que se difumina o diluye en la propia organización administrativa (culpa objetiva) ¹¹.

Entre las hipótesis de funcionamiento anormal, como conducta ilícita, se halla incluida, lógicamente, la inactividad administrativa. Su antijuridicidad se comunica a las situaciones o efectos que suscita y, en tanto que perjudiciales, permite considerarlos como daño a efectos indemnizatorios. Que la inactividad constituye una fuente de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos y que en la determinación de ésta no es posible prescindir de la idea de culpabilidad o ilicitud de la Administración parece, pues, fuera de duda. Y es que, en realidad, cuando se trata de pasividad, omisiones o inactividad, no es admisible la nota de objetividad que, con carácter general, se predica de la responsabilidad administrativa. Ante la pasividad o inercia de la Administración, la responsabilidad no puede ser objetiva, al menos si la objetividad supone admitirla al margen de toda ilicitud o culpabilidad administrativa, incluso sin mediar falta alguna en el servicio. Si el carácter objetivo supone que puede haber responsabilidad aun por funcionamiento normal, debe negarse dicho carácter a la responsabilidad cuando el perjuicio dimana de la pasividad de la Administración. En el apartado siguiente intento explicar por qué.

3. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN Y FUNCIONAMIENTO NORMAL. UNA CONTRADICCIÓN INSALVABLE QUE IMPIDE OBJETIVAR LA RESPONSABILIDAD

Anteriormente se ha dejado claro que la inactividad representa un comportamiento antijurídico y constituye una fuente de responsabilidad por el funcionamiento anormal del servicio público. Ahora bien, al margen de la inactividad, ¿cabe otra responsabilidad por la mera pasividad o inercia de la Administración?, ¿debe ésta reparar los perjuicios asociados a su pasividad aun cuando no exista un deber de obrar? O lo que es lo mismo, ante un funcionamiento normal, ¿cabe una responsabilidad por omisión?

Y la STS de 14 de septiembre de 1989 (Arz. 6571) denegó indemnización por el atropello de un peatón con ocasión de la celebración de una prueba ciclista porque, entre otros motivos, estando acreditada la adopción de las medidas de seguridad propias de un funcionamiento normal, dicho resultado hubo de tener como causa eficiente el comportamiento de la propia víctima, lo que exoneraba a la Corporación de cualquier responsabilidad.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E./FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 390.

Teniendo el daño origen en una omisión administrativa, la responsabilidad por omisión es siempre una responsabilidad subjetiva. En materia de perjuicios causados por omisión administrativa la antijuridicidad del daño no es distinguible o separable de la idea de culpa, a pesar de que, con carácter general, el sistema español de responsabilidad sea de carácter objetivo. Sólo en hipótesis, en efecto, cabe plantear una responsabilidad objetiva, por omisiones administrativas lícitas, inherentes al funcionamiento normal, sin infracción del deber de diligencia funcional. Ello se debe a que la causa del daño, una omisión, sólo puede concretarse previa contemplación de un deber de actuar ante una situación dada que permite aislar y diferenciar, como hecho omisivo dañoso, la pasividad de la Administración en un momento dado ¹². Quiere decirse que, a diferencia de la acción que constituye un hecho positivo y por sí sola revela su existencia, sea o no lícita, la omisión sólo puede concretarse por relación a una situación dada y un obrar necesario asociado a ésta. La mera actitud pasiva de un sujeto sólo constituye un hecho omisivo cuando puede ser identificada con la ausencia de una actuación concreta que resulta debida con referencia a una determinada situación objetiva o subjetiva. Por eso, la responsabilidad por omisión es siempre una responsabilidad por inactividad, por infracción de un deber legal de obrar establecido en interés ajeno. Esta vinculación legal es la que permite distinguir la omisión dañosa de cualquier no hacer administrativo al que pretendiera imputarse un resultado perjudicial. Y esa vinculación presume la idea de culpabilidad en la omisión para que surja la responsabilidad.

Por otra parte, cuando se recurre al carácter objetivo de la responsabilidad, ésta se funda sobre la producción de perjuicios antijurídicos. Antijuridicidad que alude a la inexistencia de una obligación legal de soportar un determinado perjuicio. Pues bien, cuando el perjuicio resulta de la actitud pasiva de la Administración, si no existe obligación de soportarlo, si es ilegal, es porque la Administración tiene el deber de evitarlo, actuando. O lo que es lo mismo, la antijuridicidad del daño se identifica con la antijuridicidad de la omisión, con la culpa en el comportamiento administrativo.

Recuérdese, por último, que la objetivación de la responsabilidad no es más que la ampliación de ésta a los perjuicios ocasionados por actos legales o funcionamiento anormal superando los límites tradicionales de responsabilidad subjetiva o por culpa. Por tanto, reconocer dicho carácter objetivo no impide admitir que determinadas hipótesis de responsabilidad por daños tengan un fundamento exclusivamente

¹² Recuérdese cómo la STS de 22 de noviembre de 1991 (Arz. 8844), al efecto de declarar la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, identificaba éste «incluso con la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado».

subjetivo. Este al menos es el caso de los daños por omisión debido a la imposibilidad ontológica de incluir en el funcionamiento normal la omisión o la inactividad. No es posible admitir, pues, la responsabilidad administrativa por omisiones que no sean ilegales o constitutivas de un funcionamiento anormal, máxime cuando la autonomía de la voluntad de la Administración es muy limitada y ésta sólo puede hacer aquello que le autoriza la ley, lo que impediría reconocer en dicha conducta pasiva una auténtica omisión.

Por la razón apuntada, determinados perjuicios relacionados con la falta de actividad o incapacidad de la Administración, que, en sentido estricto, no pueden considerarse fruto de una omisión administrativa ni quedan cubiertos por la cláusula general de responsabilidad, han de ser indemnizados mediante actuaciones legislativas específicas. Así ocurre, por ejemplo, con los daños ocasionados por actuaciones terroristas cuya producción puede ponerse en relación con la falta de prevención del delito y el genérico deber de garantizar la seguridad de las personas, pero que no podrán atribuirse a la omisión o inactividad de la Administración si ésta atiende dichos deberes hasta el límite material normal y legalmente exigible.

A menos que quiera convertirse a la Administración en una organización de aseguramiento global frente a cualquier clase de riesgo, la responsabilidad por omisión debe limitarse a los supuestos antijurídicos, de inactividad. Aun admitiendo genéricamente su carácter objetivo, los límites de la responsabilidad, por lo que se refiere a la inacción de la Administración, se encuentran en la propia esfera de competencia administrativa, allí donde quepa deducir un deber de obrar de cuya infracción pueda inferirse el carácter antijurídico o dañoso de un eventual perjuicio. Por lo tanto, la ilicitud o culpabilidad del comportamiento administrativo omisivo, con independencia de su posible individualización subjetiva *ad intra* de la organización administrativa, es el único criterio que permite deducir la antijuridicidad de los perjuicios asociados a la falta de actuación, de modo que, aun constituyendo la antijuridicidad del daño condición y límite de la responsabilidad administrativa en un sistema objetivo, tampoco sería posible prescindir de la nota de la culpabilidad administrativa.

II. LA RESPONSABILIDAD ANTE LAS CLASES DIVERSAS DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Sentado que la responsabilidad por inactividad parte siempre de la infracción, por omisión, de un deber legal de obrar cuya concreción constituye presupuesto peculiar de aquélla que añadir a los tradicionales del instituto indemnizatorio (efectividad del daño, posibilidad de

individualizar y evaluar éste, imputabilidad a la Administración, relación de causalidad, reclamación en plazo), no queda sino examinar en qué términos viene admitiéndose esta responsabilidad en nuestro ordenamiento. Examen que, por razones de espacio, voy a limitar a los aspectos más destacados o significativos de esta problemática, con especial atención a los que cuentan con algún precedente jurisprudencial.

1. INACTIVIDAD FORMAL REGLAMENTARIA

No parece haberse alcanzado entre nosotros, a diferencia, por ejemplo, del caso francés o alemán¹³, un alto grado de teorización sobre la obligatoriedad de ejercitar la potestad reglamentaria, tampoco sobre la inactividad administrativa a este respecto y mucho menos sobre la reparación de sus consecuencias dañosas. Aun a falta de estudios estadísticos sobre la dimensión real de esta conducta administrativa, sospecho que dicho yermo doctrinal¹⁴ no obedece al carácter excepcional o la magnitud despreciable de la omisión reglamentaria que pudiera colegirse de la voluminosa producción reglamentaria y de la escasa repercusión jurisprudencial del tema. Por el contrario, a poco que se indague, se cuentan por decenas los ejemplos de inactividad reglamentaria y no faltan las denuncias sobre su habitualidad¹⁵,

¹³ Véase para el caso francés, BARTHÉLÉMY, J., «De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'exécution», *Revue du Droit Public*, 1907, pp. 296 y ss.; MONTANÉ DE LA ROQUE, *La inertie des pouvoirs publics*, Dalloz, París, 1950; AUBY, J. M., «L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois», *La semaine juridique*, Jurisclasseur Administratif, 1953, márg. 1080, sin página; LAVROFF, nota comentario al *arrêt CdE Doublet de 23 de octubre de 1959*, Dalloz, 1960, márg. 191; DOUENCE, J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1968; GUIBAL, M., «Le retard des textes d'application des lois», *Revue du Droit public et de la Science politique*, 1974-4 (tomo XC), pp. 1039 a 1078; HANICOTTE, R., «Le juge face au retard des textes d'application», *Revue du Droit public et de la Science politique*, noviembre-diciembre 1986, pp. 1667 a 1696.

Y para el alemán, MONTORO CHINER, M. J., «La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 110, mayo-agosto 1986, pp. 263 y ss.; LEIBHOLZ, G., y RINCH, H.-J., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Köln, 1989, nota 7 al artículo 80 GG; MAUNZ, T.; DURIG, G.; HERZOG, R., y SCHOLZ, R., *Kommentar zum Grundgesetz*, tomo II, Munich, 1989, nota 4 al artículo 80 GG. Estos últimos se citan por cortesía del prof. Klaus Volmich, de la Universidad de Bochum.

¹⁴ Reverdecido por algunas destacadas excepciones: COCA VITA, E., «Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 17, abril-junio 1978, pp. 290 a 300 (en especial, p. 295 y nota 7 al pie); NIETO GARCÍA, A., «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», *Documentación Administrativa*, núm. 208, abril-diciembre 1986, pp. 55 a 62.

¹⁵ «La inactividad reglamentaria es un estado habitual en la vida española, puesto que buena parte de los reglamentos anunciados, y hasta ordenados en las leyes, no llegan a aprobarse» (NIETO, A., «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», cit., p. 60).

incluso de voces tan autorizadas como la del Defensor del Pueblo ¹⁶.

La existencia de deberes jurídicos que vinculan la actividad normativa de la Administración se pone de manifiesto al menos en una triple dimensión: primero, y de manera fundamental, en el plano ejecutivo que definen las relaciones entre la ley y el reglamento, en el que éste aparece como instrumento para el desarrollo y aplicación de aquélla; segundo, en el plano de la articulación territorial del Estado y de las reglas de asignación y delimitación competencial entre las diversas instancias político-territoriales; y tercero, en el plano supranacional de la Unión Europea cuyos objetivos y normativa corresponde ejecutar a las autoridades nacionales.

Desde los tres frentes apuntados es posible constatar deberes administrativos de dictar reglamentos cuyo incumplimiento por omisión, la inactividad reglamentaria, puede ser causa de daños a particulares, individualizados, económicamente evaluables y susceptibles de reparación a través del instituto de la responsabilidad, además de otros perjuicios no indemnizables.

A) *Inactividad en casos de remisión normativa de las leyes*

Es normal que las leyes impongan expresamente a la Administración el deber de dictar reglamentos. La ley remite a una normación ulterior, cuya elaboración y aprobación se encomienda a la Administración, la regulación de determinados aspectos, sustantivos o formales, que complementan las determinaciones de aquélla. Y aun no es extraño que en estas remisiones normativas el legislador señale el plazo dentro del cual deberá dictarse un reglamento ¹⁷, resultando casi igualmente frecuente que la Administración incumpla el plazo o término legal fijado. Que este término, por lo general, no tenga carácter esencial y que su infracción no constituya más que una mera irregularidad formal no invalidante ¹⁸ no significa que esté desprovisto de fuerza obli-

¹⁶ Véanse, por ejemplo, los Informes de 1983 y 1984 (*Defensor del Pueblo. Informe a las Cortes Generales*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, respectivamente, 1984, pp. 60-70, y 1985, p. 62).

¹⁷ Entre otros muchos ejemplos: DF 2.ª LEF, DF 1.ª, 3, LPA, artículo 100 LAU, DF 1.ª LRRL, DF 2.ª Ley 5/1984, de 26 de marzo, sobre derecho de asilo; DF Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria; DT 2.ª LPHE, DF 2.ª Ley de Costas, DA 3.ª LRJPAC, etc.

¹⁸ Recuérdese que el Derecho administrativo es un ordenamiento escasamente formalista en el que «las ilegalidades de forma no tienen fuerza invalidante más que en los supuestos en que su infracción impida alcanzar el fin que el ordenamiento pretendía alcanzar a través de esa concreta formalidad» (BELADÍEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 152; en general, sobre el valor de la forma en el Derecho administrativo, pp. 97 a 160, con amplio soporte bibliográfico), como se deduce claramente del artículo 62

gatoria. El establecimiento del plazo vincula la actuación administrativa con la fuerza de un deber legal cuya inobservancia, por omisión, no sólo pone a la Administración en situación ilegal, de mora, sino que también puede determinar la responsabilidad de los funcionarios o autoridades causantes de la demora (nada parece oponerse a la aplicación del art. 41 LRJPAC al procedimiento de elaboración de los reglamentos) y la de la propia Administración. Esto es, si el plazo puede ser irrelevante en cuanto al ejercicio tardío o extemporáneo de la potestad reglamentaria, puede no serlo, en cambio, desde la óptica del control de la inactividad reglamentaria y la reparación de los daños que pueda haber provocado.

Quizás con un ejemplo se comprenda mejor lo que quiero decir. Si la ley reconoce un derecho o ventaja individual cuya efectividad depende de la emisión de una norma reglamentaria pero ésta no resulta hasta transcurrido un determinado plazo, puede entenderse que el referido derecho se encuentra sometido a una condición suspensiva hasta dicho término. Pero sobrevenido ese momento, la falta de efectividad del derecho sólo puede imputarse a la pasividad de la Administración, al funcionamiento anormal del servicio público, lo que conforme a la Constitución (art. 121 CE) y las leyes (art. 139 LRJPAC) es causa de responsabilidad administrativa.

Hipótesis que, por lo demás, pueda ya constatarse en la jurisprudencia, aunque las condenas indemnizatorias sean mucho menos frecuentes que las condenas a dictar reglamentos (que van en paulatino incremento a medida que la jurisdicción contencioso-administrativa va asumiendo el control plenario de la Administración que la Constitución le asigna y deshaciéndose de los prejuicios tradicionalmente derivados del principio de separación de poderes). La escasez de condenas indemnizatorias obedece a la dificultad de concretar la existencia de un «daño», como lesión antijurídica e individualizable. De una parte, la potestad reglamentaria tiene finalidad normativa o reguladora, con alcance general e indeterminado, de modo que no toda desventaja o perjuicio resultante de aquélla, por acción o por omisión, constituye una lesión antijurídica en el sentido de que no exista un deber legal de soportarla. De otra parte, puede ser difícil establecer la relación de causalidad entre el daño y la omisión reglamentaria. Y a esto se suma, por último, el carácter «*evaluable económicamente e individualizable*» del daño (art. 139.2 LRJPAC) que hará difícil individualizar los perjuicios de las omisiones reglamentarias, habida cuenta de la proyección difusa, general e indeterminada de la actividad reglamentaria.

LRJPAC, cuyo apartado 3.º contiene incluso una referencia expresa a la extemporaneidad como mera irregularidad no invalidante.

Ello no obstante, en relación con el supuesto analizado de la inactividad reglamentaria ante remisiones legislativas expresas y sujetas a término puede citarse la STS de 8 de mayo de 1985 (Arz. 2339). Este fallo trae causa de un recurso interpuesto contra la desestimación, por silencio, de una petición dirigida a la adopción de una medida reglamentaria. La DA 1.ª de la Ley 41/1979, de 10 de diciembre, ordenaba que «por el Gobierno, conforme a la legislación vigente y en el plazo máximo de seis meses», se procediera «a la creación de las escalas o plazas y fijación de las plantillas correspondientes del Organismo autónomo Aeropuertos Nacionales, *regulándose* la forma de integración o derechos de concurso-oposición restringida del personal que venga ejerciendo... similares funciones a las de las referidas escalas o plazas...». Ante la inactividad gubernamental, algunos miembros de este personal solicitaron el cumplimiento de la previsión legal y, ante el silencio de la Administración, recurrieron jurisdiccionalmente. El TS falló a su favor declarando la obligación gubernamental de dar inmediato cumplimiento a lo establecido en la norma legal y regular la integración del personal afectado en la función pública. Y también admitió la indemnizabilidad de los daños derivados de la inactividad reglamentaria, aunque no concedió indemnización alguna por entender que los recurrentes no habían ofrecido prueba alguna de su realidad y este trámite, no así la determinación de la cuantía del daño una vez acreditado éste, no podía ser remitido al momento procesal posterior de la ejecución de sentencia.

B) *Inactividad reglamentaria en el Estado descentralizado*

El problema de la inactividad reglamentaria puede también plantearse con respecto a las CCAA y a las entidades locales, a quienes se reconocen poderes normativos de diferente alcance.

En cuanto a las primeras, es sabido que cuentan con potestad legislativa y que ésta se articula con la estatal a través de diferentes técnicas de compartición y exclusión competencial. Por ello, la inactividad normativa tanto alcanza al plano reglamentario de la ejecución legislativa (de leyes regionales o estatales), como al plano legislativo en cuanto por ley deban aprobarse instrumentos normativos en desarrollo o complemento de legislación estatal (tal es el caso, por ejemplo, de la articulación competencial mediante la técnica legislación básica estatal-legislación de desarrollo autonómica). Desde la primera perspectiva, la problemática de la responsabilidad ya ha sido estudiada en el apartado anterior; desde la segunda, en cambio, observamos una responsabilidad por omisión o inactividad *legislativa* que queda fuera de los límites del presente estudio.

Los entes locales, por su parte, tienen también reconocida una potestad normativa reglamentaria, tanto de alcance organizativo como externo, a través de la cual expresan su autonomía sobre las materias que les afecten con subordinación, claro, a las leyes estatales y autonómicas. De éstas y, más genéricamente, del principio de legalidad (juridicidad) administrativa surgen también deberes de reglamentación cuyo incumplimiento por omisión puede dar lugar a daños susceptibles de reparación. Tal es el caso que contempla, por ejemplo, la STS de 10 de mayo de 1988 (Arz. 3741), en la que, haciendo suyos los fundamentos de la Sala *a quo*, se admite la posibilidad de exigir a un Ayuntamiento responsabilidad civil por los daños deducidos de su inactividad reglamentaria consistente en la falta de redacción de un Plan Parcial, lo que impedía cumplir las previsiones del Plan General y frustraba las expectativas de edificación generadas por éste.

Y también puede citarse la STS de 13 de septiembre de 1991 (Arz. 6597) que declara la responsabilidad del Ayuntamiento de Sevilla por las lesiones provocadas a causa de un incendio en la Feria de Abril, ya que, aun cumplida la reglamentación existente sobre instalación de casetas en la feria, la Sala considera dicha reglamentación insuficiente (omisión relativa) por no contemplar mayores medidas para la prevención y extinción de incendios, mediante toldos ignífugos u otros medios, en orden al mantenimiento de la seguridad e integridad física de los participantes en el festejo, lo que constituye una competencia indeclinable de la Corporación Local.

C) *Inactividad reglamentaria y Derecho comunitario*

La inactividad reglamentaria también puede alcanzar a la ejecución del Derecho comunitario y venir asociada, en relación con este ordenamiento, a la producción de un daño que constituya a la Administración en el deber de responder patrimonialmente. A la responsabilidad de la Administración por daños deducidos de omisiones reglamentarias se puede llegar, según se ha dicho, a través de las reglas nacionales. Pero también el ordenamiento comunitario obliga a los Estados a indemnizar cuantos daños se hubieran producido, por acción u omisión, con violación del Derecho comunitario (STJCE *Granaria*, de 13 de febrero de 1979). Incluso se ha contemplado la posibilidad de reclamar ante las instituciones comunitarias cuando el ordenamiento nacional carece de las vías reaccionales oportunas para exigir la responsabilidad (en relación, claro está, con la aplicación del ordenamiento comunitario: STJCE *Krohn*, de 26 de marzo de 1986).

Concretar la responsabilidad administrativa no resulta muy difícil si se tiene en cuenta que las normas comunitarias pueden gozar de efi-

cacia directa, aun a falta de la necesaria transposición nacional por causa de la inactividad normativa de un Estado. De la norma comunitaria pueden así deducirse directamente derechos cuyo buen fin se perjudique a causa de la inactividad reglamentaria. Ello indudablemente constituye una lesión, un daño antijurídico e individualizable meritorio de reparación y, por tanto, fuente de la responsabilidad administrativa. Debe advertirse, en todo caso, que si se trata de una directiva comunitaria, los derechos eventualmente reconocidos estarán sometidos a condición suspensiva hasta el final del término previsto para la adaptación o transposición nacional; de modo que sólo llegado este momento aquellos derechos pueden considerarse efectivos y exigibles y, por tanto, susceptibles de constituir el objeto de una lesión a efectos indemnizatorios.

Encontramos un ejemplo de responsabilidad al respecto de la inejecución de la normativa comunitaria en la STJCE *Francovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991, invocable tanto ante la inactividad reglamentaria como legislativa (si por ley hubiera de hacerse, conforme a las reglas nacionales de competencia, la transposición de la norma comunitaria). La Directiva del Consejo 80/1987, de 29 de octubre, obligaba a los Estados a crear instituciones o fondos de garantía salarial que asegurasen el pago de los salarios a los trabajadores en situaciones de quiebra o insolvencia de sus empresas. En Italia, a falta de transposición nacional de la Directiva mencionada, dichos fondos no se constituyeron, de modo que, al quebrar sus respectivas empresas y resultar impagados sus salarios, los empleados *Francovich* y *Bonifaci* reclamaron los salarios, a los que según el ordenamiento comunitario tenían derecho, del Estado italiano, a cuya inactividad normativa podía atribuirse la inexistencia de los fondos de garantía exigidos. Y así el Estado italiano fue condenado a indemnizar a estos trabajadores¹⁹.

La responsabilidad por inejecución o incumplimiento de la normativa comunitaria puede conducirnos, por cierto, al problema de una eventual responsabilidad concurrente de diferentes Administraciones a consecuencia del modelo de administración indirecta de que se sirve el ordenamiento europeo²⁰.

¹⁹ Las SSTJCE *Wagner Miret*, de 16 de diciembre de 1993, y *Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994, han continuado esta línea jurisprudencial de afirmación del principio de responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario en relación con omisiones normativas. Un comentario de las mismas puede verse en COBREROS MENDAZONA, E., *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994.

²⁰ Problema que me veo obligado a dejar simplemente apuntado. Al respecto puede verse MUÑOZ MACHADO, S., *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 56 y ss.; también los comentarios al artículo 140 LRJPAC de LEGUINA VILLA, J., «La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio», en la obra colectiva dirigida por él mismo y M. SÁNCHEZ MORÓN *La nueva Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 398.

2. INACTIVIDAD FORMAL SINGULAR

La Administración está obligada (art. 42.1 LRJPAC) a dictar resolución expresa sobre toda solicitud que se formule y en todos los procedimientos que, iniciados de oficio, afecten a los ciudadanos. Esta obligación de resolver también alcanza, como es lógico, a los actos de impulso y tramitación que en cada procedimiento son previos a la resolución o terminación de éste. El plazo máximo para resolver varía en función de las normas específicas de cada procedimiento, en defecto de las cuales la LRJPAC sienta como plazo general o común el de tres meses. Transcurrido el plazo que corresponda, la falta de resolución expresa, se hayan o no completado los trámites previos, constituye un incumplimiento, por omisión, del deber de resolver, situación a que apela esta modalidad de funcionamiento anormal: la inactividad singular o procedimental de la Administración.

Pero esta categoría de inactividad no sólo se refiere a la falta de tramitación o resolución de un procedimiento incoado, de oficio o por solicitud de parte, sino también a la ausencia misma de incoación que suponga la falta de ejercicio de una potestad administrativa cuya actuación resulte legalmente debida (no digo exigible por las dificultades procesales, de legitimación básicamente, para controlar buena parte de los deberes de hacer que la ley pone a cargo de la Administración)²¹. Ya anteriormente he apuntado el dato de que todas las potestades conferidas a la Administración tienen naturaleza funcional y que, por tratarse de poderes fiduciarios, la Administración nunca es titular de situaciones jurídicas *exclusivamente activas*: por el contrario, se encuentra siempre inmersa en situaciones jurídicas mixtas de poder-deber, de medios y fines, que conforman la función legal asignada. Esta sirve de parámetro para determinar la existencia de un deber legal de ejercitar la potestad y controlar la discrecionalidad administrativa en la que suele escudarse la Administración inactiva. Sin dejar de reconocer la necesariedad y utilidad de estos márgenes de discreción administrativa, no debe olvidarse que la discrecionalidad es una facultad propicia a la arbitrariedad cuya interdicción, junto a la objetividad de la actividad administrativa, exige la Constitución (arts. 9.3, 103.1). Por eso, cuando la falta de ejercicio de una potestad no viene justificada por razones objetivas (imposibilidad material o técnica, por ejemplo) puede ser arbitraria, cuando no discriminatoria, y rebasar no sólo el límite de la legalidad administrativa sino también merecer reproche

²¹ Véanse, por ejemplo, las SSTS de 2 de junio de 1986 (Arz. 4608) (sobre el deber de incoar un expediente sancionador) y 25 de mayo de 1982 (Arz. 4132) (que ordena la apertura de un expediente sancionador).

penal. La no actuación de los poderes de inspección-sanción, la tolerancia administrativa o el ejercicio selectivo de la potestad sancionadora cuando no es materialmente posible hacerla recaer sobre todos los infractores pueden servir de ejemplo: si no se siguen reglas objetivas y predeterminadas (el azar, la denuncia particular previa, etc.), la imposición de sanciones puede ser discriminatoria o cuando menos arbitraria respecto de quienes se ven libres de ellas ²².

Una vez delimitado el concepto de inactividad formal singular o procedimental, examinaremos el alcance de esta conducta administrativa desde el punto de vista de los daños y de la responsabilidad administrativa a que puede dar lugar, cuestión en la que puede considerarse ya superada la doctrina tradicional según la cual la demora en la tramitación de expedientes sólo podía ser causa de responsabilidad patrimonial directa cuando una ley anudaba expresamente esta consecuencia [STS de 10 de diciembre de 1971 (Arz. 4874)]. Para ello voy a estudiar por separado los procedimientos que tienen origen en una solicitud administrativa y los incoados de oficio, atendiendo al diferente tratamiento jurídico que recibe la inactividad administrativa en uno y otro caso. En el primero, en efecto, la inactividad pone en marcha el mecanismo corrector del silencio administrativo. En el segundo, en cambio, puede dar lugar a la perención o terminación del procedimiento (por caducidad imputable a la Administración). En ambos casos, sin embargo, pueden llegar a concretarse daños para el interés público y daños individualizables susceptibles de reparación a través del instituto de la responsabilidad de la Administración, así como la eventual responsabilidad personal de los funcionarios o autoridades a quienes pueda imputarse la inactividad administrativa.

²² Aunque el Tribunal Constitucional ha declarado que el principio de igualdad se ostenta ante la ley, no en la ilegalidad, descartando que pueda existir discriminación en el ejercicio desigual de la potestad sancionatoria (véase al respecto ALONSO GARCÍA, E., «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, vol. I, pp. 25 a 28). Creo que esta conclusión no es muy acertada por cuanto la igualdad constitucional ante la ley debe entenderse referida a la integridad del ordenamiento jurídico y el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo mismo que ha de sujetarse a un procedimiento formal específico, debe respetar los fines propios de ésta y los principios rectores de toda actividad administrativa, entre los que están el de objetividad, el de interdicción de la arbitrariedad y el de no discriminación, máxime cuando éstos tienen rango constitucional. En este sentido, véase la STS de 23 de mayo de 1985 (Arz. 2383), sobre el deber de dirigir expediente sancionador contra *todos* los infractores, si hay más de uno, para no vulnerar el principio de igualdad.

A) *El procedimiento a instancia de parte. Responsabilidad y silencio administrativo*

Como es sabido, la falta de expresa resolución en plazo de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, siempre que no sea imputable a éste (sino a la [inactividad de la] Administración)²³, pone en marcha el mecanismo del silencio administrativo, técnica sobre cuya aparición, evolución normativa y efectos no podemos ahora detenernos²⁴. Baste decir que a través del silencio, instituto renovado por la LRJPAC, es posible obtener *ex lege* una resolución presunta del procedimiento que puede ser estimatoria o desestimatoria de la solicitud planteada según los casos (art. 43, apdos. 2 y 5).

No pudiendo ahora exponer con detalle las características de esta técnica reaccional frente a la inactividad, voy a limitarme a examinar qué influencia tienen, el silencio y la existencia de un plazo legal para resolver, en el régimen de la responsabilidad administrativa.

Me pregunto, primero, si la producción de daños guarda relación con el plazo legalmente previsto para resolver o es independiente de éste; esto es, cuándo los perjuicios deducidos de la falta de resolución pueden ser tenidos por daño indemnizable y si el cumplimiento del término excluye la responsabilidad. Y, segundo, si el silencio administrativo, en cuanto permite obtener una resolución presunta y contrarrestar el retraso o falta de resolución, limita el alcance de la responsabilidad administrativa por los perjuicios a que éstos puedan dar lugar.

a) *El plazo para resolver y la existencia del daño como perjuicio antijurídico*

Antes que nada debe señalarse que no todo perjuicio ocasionado por la tardanza de la Administración, incluso superado el término legal, puede ser tenido por daño a efectos indemnizatorios. Según jurisprudencia reiterada, al menos en cuanto a la responsabilidad, el interesado tiene derecho no a que se resuelva en plazo legal, sino a que

²³ La paralización y consecuente falta de resolución de un procedimiento iniciado a solicitud de un interesado por causa imputable a él mismo da lugar a la terminación de aquél por caducidad (art. 92.1 LRJPAC).

²⁴ Con carácter general, véase GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990. Sobre los cambios operados por la LRJPAC, véase, del mismo autor, *El silencio administrativo en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1994; y también SAINZ MORENO, F., «Obligación de resolver y actos presuntos», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 126 a 151.

se resuelva en un «plazo razonable»²⁵, expresión jurídica indeterminada cuya apreciación exige una valoración o ponderación de las circunstancias del caso concreto y que, de un lado, confiere a la Administración un cierto margen de apreciación; y, de otro, permite al juez administrativo fiscalizar o controlar la regularidad de la actividad administrativa, definiendo con sus pronunciamientos los límites temporales del deber de resolver a tenor de las circunstancias del caso concreto.

Pero es cierto que la superación del término legal constituye un indicio de irrazonabilidad a menos que otras circunstancias (la dificultad del expediente, la necesidad de recabar múltiples informes o realizar trámites diversos, la propia conducta dilatoria del interesado)²⁶ permitan excluir ésta y concluir la imposibilidad material de cumplir en el término legal, imposibilidad ante la que el Derecho ha de rendirse²⁷.

Así, por ejemplo, no hay daño ni responsabilidad cuando la dilación es provocada por el mismo interesado como sucedió en el caso resuelto por la STS de 30 de marzo de 1981 (Arz. 1431). Se reclamaban entonces los perjuicios por el retraso en el otorgamiento de una licencia urbanística cuya emisión dependía de la previa presentación por el interesado de un proyecto de reparcelación conforme al cual debía acordarse aquélla. El Ayuntamiento autorizó e instó repetidamente al solicitante de la licencia a que formulase el proyecto de reparcelación conforme al cual, una vez aprobado, podría otorgarse aquélla. Ante la pasividad del interesado, el Ayuntamiento acordó incoar de oficio por sí mismo el referido proyecto, a lo que aquél se opuso inter-

²⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo en el Derecho español*, cit., p. 229. La alusión al «plazo razonable» en relación con el proceso jurisdiccional está contemplada en el artículo 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, donde se establece que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable...»; y también el artículo 24.2 CE proclama el derecho a un proceso sin «dilaciones indebidas», expresión equiparable a la de «plazos razonables» (véase MARÍN Y CASTÁN, M. L., «La polémica determinación del plazo razonable en la Administración de Justicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, enero-abril 1984, pp. 215 a 228). La simple demora o incumplimiento de los plazos legales no comporta una vulneración automática del artículo 24.2 CE, sino que habrá que estar a las circunstancias de cada caso (SSTC 24/1981, de 14 de julio; 18/1983, de 14 de marzo; 36/1984, de 14 de marzo; 5/1985, de 23 de enero, y el ATC 1126/1987, de 23 de septiembre). No obstante venir referidos a la tutela judicial, estos principios procedimentales son aplicables, tanto por su afinidad con la vía judicial como por su carácter previo a ésta, al procedimiento administrativo. Véase también DIEZ SÁNCHEZ, J. J., *El procedimiento administrativo y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 322 y ss.

²⁶ Circunstancias que baraja el TEDH para ponderar la razonabilidad de la dilación en la tramitación de procedimientos (STEDH *König*, de 23 de abril de 1977). También puede verse MUÑOZ MACHADO, S., «El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos: las indemnizaciones debidas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, abril-junio 1980, pp. 310 a 318.

²⁷ Sin embargo, algún fallo considera únicamente el transcurso del plazo legal para admitir el carácter dañoso y la indemnizabilidad de los perjuicios [así, STS de 25 de junio de 1973 (Arz. 2877)].

poniendo recurso contencioso-administrativo y provocando la paralización del expediente y, con ésta, haciendo imposible y demorando el otorgamiento de la licencia pretendida. Retraso por cuyos perjuicios pretendió más tarde ser indemnizado, lo que rechazó el TS declarando que no existe obligación de indemnizar

«en todos los casos en que se produzca un retraso en la tramitación del expediente administrativo, pues tal obligación no nace, al menos, cuando en ese retraso o paralización interviene fuerza mayor o conducta del propio administrado que se interpone o rompe el nexo causal entre el daño supuestamente producido y el funcionamiento del servicio público...».

Y respecto de la tramitación del expediente, debe entenderse que no justifica la inobservancia de los plazos previstos la solicitud por la Administración al interesado de documentos o informes superfluos o innecesarios cuyo único objeto sea el aplazar el momento de la resolución, pues la STS de 12 de noviembre de 1982 (Arz. 7264) tiene declarado que dicha práctica es contraria a la seguridad jurídica y al derecho de los administrados.

Esta idea del «plazo razonable» se halla latente, por ejemplo, en una pionera sentencia que condenó a la Administración a indemnizar los daños provocados por un largo retraso —más de cuatro años— en la tramitación y resolución de un recurso de alzada. Se fundaba la responsabilidad, en efecto, en el funcionamiento anormal conectando éste no al retraso en sí, no a la mera infracción de los términos legales, sino a la irrazonabilidad de la demora [al «inexplicable e inexplicado... retraso», dice la STS de 10 de junio de 1985 (Arz. 320, de 1986)]. Y en esta misma dirección, subordinando la responsabilidad a la irrazonabilidad o falta de justificación de la demora, pueden mencionarse las SSTs de 2 de octubre de 1985 (Arz. 4535), 14 de diciembre de 1988 (Arz. 9958, FJ 5.º) y 21 de marzo de 1991 (Arz. 2404).

El recurso a una razonabilidad media está presente también en la doctrina del Consejo de Estado según la cual «para que se genere responsabilidad de la Administración, el retraso debe ser injustificado, habida cuenta de que en otro caso el evento dañoso no le sería imputable [Dictamen de 19 de noviembre de 1987 (núm. 51149)]. Y es que —declara el DCdE de 15 de diciembre de 1988 (núm. 51838) ²⁸—

²⁸ Y con igual sentido los DDCdE de 18 de marzo de 1982 (núm. 44042), 14 de mayo de 1987 (núm. 49573), 8 de febrero de 1990 (núm. 53832), 27 de septiembre de 1990 (núm. 55170) y 31 de octubre de 1991 (núm. 1236/91).

«... los reclamantes tienen derecho a que su reclamación se resuelva en un tiempo razonable que, evidentemente, no es aquí el invertido en la sustanciación del procedimiento económico-administrativo, que no sólo ha superado la duración máxima que, al respecto, establece el art. 70 del Reglamento, sino que ha traspasado los límites de lo razonable, lo que no se justifica en ningún caso, ni por la complejidad de la cuestión debatida ni por el estándar medio admisible en este tipo de reclamaciones. Es esta dilación indebida la que opera como desencadenante de la responsabilidad».

El criterio del «plazo razonable», como se ve, permite excluir la responsabilidad por los eventuales perjuicios de la inactividad aun superado el plazo o término legal. Pero ¿permite también sustentar una pretensión indemnizatoria por los perjuicios deducidos de la tardanza administrativa aun dentro del referido término? Esto es, el «plazo razonable» a que se tiene derecho ¿puede ser inferior al legalmente establecido?

Aunque éste es un problema sobre el que no parece haberse detenido la jurisprudencia ni la doctrina, no creo arriesgado aventurar una respuesta afirmativa de acuerdo con las ideas que voy a exponer.

He mantenido como tesis central de este trabajo que la responsabilidad por omisión es siempre una responsabilidad subjetiva que no puede prescindir de la idea de culpa o ilicitud administrativa (aunque ésta, *ad intra*, no sea individualizable en una persona determinada), que se trata siempre de una responsabilidad por funcionamiento anormal. Y el criterio del «plazo razonable» a que se ha hecho referencia no viene sino a refrendar dicha afirmación. Dicho criterio, en efecto, excluye la responsabilidad porque, a tenor de las circunstancias, permite descartar que exista un funcionamiento anormal, aun cuando se haya infringido o rebasado el término legal. El Derecho debe ceder, pues, ante la realidad, ante la imposibilidad material, ante la fuerza normativa de lo fáctico que incide sobre la actividad administrativa y resta fuerza al término legal. Con la regla del «plazo razonable» se viene a distinguir o separar, cuando las circunstancias fácticas así lo exigen, el funcionamiento normal/anormal del cumplimiento/incumplimiento de los términos legales. El funcionamiento anormal, según esto, puede no depender tanto de la falta de resolución en plazo, cuanto de la falta de adecuación de la actividad administrativa a las circunstancias específicas del caso. De lo dicho puede concluirse que, por lo que respecta a la responsabilidad, las nociones de funcionamiento anormal y resolución tardía no han de ser necesariamente coincidentes y pueden tener una existencia independiente.

Si se acepta lo que acaba de decirse, no sería difícil admitir una responsabilidad por omisión o falta de resolución administrativa, aun in-

concluido el plazo legal para resolver, siempre que circunstancias de urgencia o necesidad de las que la Administración tuviera constancia hicieran exigible una mayor celeridad en la resolución y ésta fuera materialmente posible según una razonabilidad media. La mera resolución en plazo no ha de excluir automáticamente un funcionamiento anormal, ni tampoco la responsabilidad, si la respuesta administrativa se retrasa más allá del plazo que resulte razonable conforme a las circunstancias específicas del caso y ello es causa de perjuicios que con mayor celeridad y diligencia pudieran haberse evitado.

El funcionamiento anormal y el daño serían, por tanto, independientes de la infracción del término legal. Aunque la superación de éste pueda ser indiciaria de la existencia de un funcionamiento anormal, esta noción puede ser independiente de aquél. De donde resulta que, a efectos de determinar la responsabilidad por omisión de una resolución, no es el término legal, sino las circunstancias propias de cada caso las que permiten constatar un funcionamiento anormal, único título de imputación de la responsabilidad por omisión. El principio constitucional de eficacia administrativa (art. 103.1 CE), el criterio de celeridad a que está sometido el procedimiento (art. 74 LRJPAC), el carácter *máximo* de los plazos legales (art. 42 LRJPAC), la previsión de una tramitación de urgencia (art. 50 LRJPAC) e incluso la posibilidad de dictar medidas provisionales (art. 72 LRJPAC) son argumentos que evidencian el deber de resolver en el tiempo menor que aconsejen las circunstancias objetivas de cada caso y la obligación de responder patrimonialmente por los perjuicios que una tardanza irrazonable, carente de justificación, pueda provocar. Una dilación carente de justificación, aun dentro de los límites del término legal, puede representar una falta de diligencia funcional y constituir un funcionamiento anormal, siendo fuente de perjuicios que, por superar la media de lo razonablemente exigible en Derecho, habrían de tenerse por antijurídicos y constituirían a la Administración en el deber de repararlos.

b) *El silencio y la responsabilidad administrativa*

Supuesta la falta de justificación o irrazonabilidad del retraso, condición necesaria para que el perjuicio deducido pueda ser tenido por daño indemnizable, cabe preguntarse si el silencio administrativo, en la medida en que permite obtener una resolución presunta y poner fin al retraso, altera los términos de la responsabilidad administrativa.

Pues bien, si el interesado sigue una conducta diligente y pone en marcha el silencio administrativo tan pronto como le es jurídicamente posible, está claro que el retraso o la falta de resolución no le serán en modo alguno imputables, que, de existir un daño, éste trae causa ex-

clusivamente de la inactividad de la Administración, y que ésta ha de ser quien responda de aquel daño.

Pero ¿y si el interesado no se sirve del silencio administrativo? Pudiendo obtener una resolución presunta por silencio administrativo, ¿en todo caso han de ponerse a cargo de la Administración los daños deducidos de la falta de resolución? Al respecto parece posible distinguir situaciones diversas atendiendo a la evitabilidad y previsibilidad del daño.

Así, cuando el resultado dañoso es previsible y puede evitarse mediante la técnica del silencio administrativo, es razonable considerar que aunque existe una relación de causalidad directa entre el daño y la inercia administrativa, dicha relación no es exclusiva en la medida en que a la producción de aquél concurre la conducta pasiva de la víctima. Ante situaciones análogas, la jurisprudencia suele moderar, o incluso excluir, la indemnización a que se tiene derecho en función del grado de participación o concurrencia de la víctima en la producción del daño [entre otras muchas, SSTs de 10 y 17 de febrero de 1989 (Arz. 1101 y 1185)], solución que cabría aplicar a quien, recurriendo a la técnica silencial, pudo evitar o aminorar el daño provocado por la inactividad. Es cierto que contra esta solución puede invocarse la vieja máxima de que quien usa de su derecho a nadie daña y que el interesado, en efecto, tiene derecho a una resolución expresa, por esperar la cual no debería deparársele ningún perjuicio; también puede esgrimirse que la torpeza o negligencia de la Administración jugaría en favor de ésta al limitar su responsabilidad (en contra del principio general *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*). Pero no es menos cierto que, ante la previsibilidad del daño y la simplicidad de la técnica silencial, una mínima diligencia en la defensa de sus derechos le es también exigible al afectado sin que parezca excesiva la carga de evitar o aminorar los daños que provoca la negligencia administrativa mediante el silencio; de otro modo, el titular de los derechos, aun en ejercicio de éstos, se implica por omisión en la producción del evento dañoso y, en perjuicio ajeno (la Administración que habrá de indemnizar), incurriría en abuso de derecho, conducta que no puede amparar el ordenamiento²⁹. Así, por ejemplo, la STS de 9 de julio de 1984 (Arz. 4666) exige una mínima diligencia a la hora de evitar o aminorar los daños consecuencia de una negligencia administrativa porque

«la no resolución en vía administrativa de la petición formulada para que se autorizara al actor el levantamiento de la cosecha ya estropeada no puede servir de fundamento válido para el ejerci-

²⁹ Sobre el deber de la víctima de contribuir a la minoración del daño en el ámbito civil véase DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 845.

cio de la acción de resarcimiento interpuesta, ya que al actor le correspondía asumir una conducta positiva tendente a aminorar los efectos que la supuesta negligencia administrativa le había ocasionado; la censurable actuación administrativa, que no contesta (aunque soslayando su propia responsabilidad) a la petición del recurrente, no es cobertura suficiente, en el plano legal, para imputarla los efectos de un daño que al actor correspondía, en primer término, limitar a lo ya efectivamente producido».

Al planteamiento así esbozado parece responder alguna jurisprudencia que excluye la responsabilidad de la Administración, entre otros motivos, por la pasividad del interesado en orden a la promoción del silencio administrativo que rompería la relación de causalidad entre el daño y la inercia administrativa. Así, la STS de 7 de junio de 1984 (Arz. 3449) declaró no haber lugar a responsabilidad administrativa por los perjuicios asociados a la demora en la tramitación de una licencia, porque

«la referida responsabilidad tampoco puede fundarse en la demora del Ayuntamiento en resolver la petición de licencia en cuanto que la misma encuentra su remedio adecuado en los mecanismos del silencio administrativo que no desconoce el recurrente».

En la misma línea, la STS de 16 de julio de 1990 (Arz. 6599) combina la falta de articulación del silencio por el interesado con la complicación del expediente tramitado para inferir que la paralización y lentitud de éste, provocada por la oposición de un tercero a la concesión de la autorización solicitada, no permitían fundar la responsabilidad de la Administración, máxime cuando el solicitante no había denunciado la mora en la resolución de su petición, ni deducido recurso contra la denegación presunta, ni siquiera presentando reclamación en queja.

Y la STS de 21 de diciembre de 1990 (Arz. 10051) deniega una indemnización por los daños causados por un grave retraso (más de seis meses) en la notificación o entrega de unas licencias o guías para máquinas recreativas porque, además de no haberse acreditado suficientemente la efectividad de los daños, la falta de recepción de las guías a la que dichos daños se imputan

«no es achacable tan sólo a la inactividad de ésta (de la Administración) en notificarle la resolución [favorable]..., sino también a la pasividad del recurrente... al no denunciar la mora ante la falta de notificación de la decisión adoptada por la Administra-

ción de la petición de expedición de guías provisionales de circulación, para la instalación de diez máquinas recreativas por él solicitadas...».

Cuando el daño sea previsible pero no pueda evitarse mediante el silencio administrativo (por ejemplo, porque haya de producirse antes de que la resolución presunta por silencio tenga lugar), la pasividad del interesado en modo alguno afecta a la relación de causalidad entre el daño y la inactividad administrativa. Entonces, esta relación es directa y exclusiva y corresponde a la Administración responder íntegramente del daño.

Y finalmente, cuando el daño que la demora o falta de resolución puede ocasionar es imprevisible, cabe descartar que entre aquél y ésta exista una relación de causalidad directa y exclusiva. En este caso, el daño obedecerá a algún otro factor, aislada o en conjunción con la inercia administrativa, que constituirá la causa eficiente del daño. Por ello, no siendo directamente atribuible el daño a la inercia administrativa, la conducta del interesado en relación con ella es irrelevante y también, por tanto, respecto de la producción del daño. En consecuencia, la responsabilidad habrá de recaer íntegramente sobre la Administración, a menos que se trate de un supuesto de fuerza mayor. A este último respecto, cabe señalar que, ante la inactividad administrativa, la imprevisibilidad del daño sólo puede fundamentar la existencia de fuerza mayor cuando aquél se hubiese producido igualmente de mediar resolución expresa; esto es, cuando la inercia no guarda relación alguna con la producción del mismo (porque de lo contrario, de haberse podido evitar el daño con la resolución, la inactividad sí puede tenerse por causa del daño).

No puedo poner fin a este apartado sin apuntar dos últimas cuestiones relativas al juego del silencio y la responsabilidad:

a') *El silencio administrativo sustitutivo*

En algunas ocasiones, antes de que el silencio haga frente a la falta de resolución formal de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, la competencia resolutoria se traslada a otro órgano o Administración que se subroga en el lugar de la Administración silente. El ejemplo más conocido de esta técnica lo constituye sin duda la sustitución interadministrativa en materia urbanística donde, como es sabido, la Administración autonómica sustituye a los Ayuntamientos ante la inactividad de éstos en la resolución de los expedientes urbanísticos (por ejemplo, aprobación del planeamiento o de proyectos de reparcelación —arts. 118, 121, 122 y 165.2 LS—).

Esta sustitución, sin excluir que la Administración subrogada pueda también guardar silencio, puede plantear dudas en cuanto a la imputación de los daños deducibles de la inactividad de las Administraciones competentes. Pero la cuestión parece estar resuelta por la jurisprudencia en contra de quien ostente la competencia ordinaria o natural para resolver el asunto. La sustitución es un último recurso del ordenamiento para evitar el empleo de la técnica del silencio positivo, pero no altera el centro de imputación de la responsabilidad que se dirige hacia la Administración inicialmente competente que provoca la subrogación. Así, volviendo al ámbito urbanístico, es la inactividad municipal la que pone en marcha el mecanismo subrogatorio y el Ayuntamiento ha de ser, en consecuencia, quien responda de los daños a que la Administración subrogada, por acción o por omisión, pueda dar lugar [STS de 24 de marzo de 1992 (Arz. 3386); también las de 21 de junio y 14 de diciembre de 1988 (Arz. 4408 y 9958)], sin perjuicio, debe entenderse, de la eventual vía de regreso entre las Administraciones implicadas.

También cabría defender, no obstante, la eventual responsabilidad solidaria, ante el afectado, de ambas Administraciones, de acuerdo con el principio general de solidaridad que rige la responsabilidad concurrente según se dispone en el artículo 140 LRJPAC.

b') *El silencio al reclamar la responsabilidad: la omisión de dictamen del Consejo de Estado*

Por exigencia de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (art. 22.13 —y anteriormente del art. 134.3 REF—)³⁰, es preceptiva la consulta a este órgano antes de resolver las reclamaciones por responsabilidad dirigidas contra la Administración estatal, requisito sustancial cuya omisión determina la nulidad de la resolución que pudiera dictarse.

Pues bien, la jurisprudencia ha exigido el cumplimiento de este requisito con un extraordinario rigor, hasta el punto de llevar su aplicación a las resoluciones presuntas por silencio administrativo. Ante una reclamación de indemnización, el silencio de la Administración estatal, previos los trámites oportunos —antes denuncia de mora, hoy solicitud de certificación de actos presuntos—, valía por la desestimación presunta de la pretensión del reclamante. Recurrída ésta, el TS propugnaba la anulación por razones de forma rechazando pronunciarse sobre el fondo del asunto. Esta solución, lejos de procurar una tutela

³⁰ Véase también el artículo 12 del RD 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.

judicial efectiva y sin dilaciones indebidas, como exigirían el artículo 24 CE y el principio de economía procesal, suponía la retroacción de las actuaciones administrativas hasta el punto en que debió solicitarse el dictamen del Consejo de Estado. Lo que representaba un nuevo aplazamiento de la resolución de fondo de la pretensión indemnizatoria y eventualmente a un nuevo recurso contra la resolución expresa, cuando no a un nuevo silencio administrativo.

Son numerosos los fallos de este orden [SSTS de 27 de septiembre de 1984 (Arz. 4612), 10 de junio de 1985 (Arz. 3566), 19 de mayo de 1987 (Arz. 4513), 17 de mayo y 13 de junio de 1988 (Arz. 3790 y 5530) y 29 de mayo de 1989 (Arz. 3916), pese a que ya en S. de 16 de noviembre de 1974 (Arz. 4510) dejó explicado el TS que

«la impugnación de resoluciones presuntas no consiente como solución la nulidad de actuaciones y retroacción del expediente administrativo para que se cumplan los requisitos omitidos, sino que exige el enjuiciamiento de las cuestiones sustantivas (pretensiones de resarcimiento y su cuantificación...).».

Y lo mismo dijo la de 10 de diciembre de 1979 (Arz. 4153):

«no es procedente subsanar el vicio procedimental derivado de la omisión del informe del Consejo de Estado, porque sin desconocer la destacada autoridad doctrinal de este Organismo, al no ser vinculante su informe para la Administración tiene ésta libertad para adoptar una resolución diferente al criterio de aquél, lo que justifica en los casos de silencio administrativo que no se subsane la expresada omisión sustancial, pues la ficción legal que supone la denegación presunta por silencio ha sido establecida para dejar expedita la vía correspondiente a fin de que en ella pueda decidirse la pretensión denegatoria, finalidad que se vería truncada si se acordara la anulación para que la Administración cumpliera los trámites omitidos, lo que implicaría entregar de nuevo al reclamante a otra posible inactividad administrativa, tanto procesal como decisoria, con una pérdida de tiempo y retraso desorbitado en la resolución definitiva...».

Explicación a la que recurre la STS de 12 de junio de 1989 (Arz. 4623), conectándola ya al derecho de todo ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas y, en suma, a la efectividad de la protección judicial, derecho configurado en el Tratado de Roma y recogido en la propia Constitución (art. 24).

En contra de la línea criticada viene también la STS de 25 de octubre de 1989 (Arz. 7243), que desestima la apelación dirigida contra

la SAN de 18 de febrero de 1986 y respalda la argumentación de ésta conforme a la cual

«... en cuanto al hecho de no haber emitido dictamen el Consejo de Estado (tal como, en petición de daños y perjuicios, exige el artículo 22.13 de la LO 3/1980, de 22 de abril), no puede ser motivo para la anulación meramente formal del acto que se recurre, ya que, siendo éste presunto, es decir, emitido por puro silencio de la Administración, por principio ha de resultar que la Administración no sólo ha obviado ese trámite, sino todo procedimiento legalmente establecido, y si por ello hubiera de aplicarse la nulidad del artículo 47.1.c) de la LPA, resultaría que el silencio de la Administración, que en principio está establecido en beneficio del Administrado, se convertiría en fuente de perjuicios para éste, dado que el procedimiento administrativo habría de comenzar de nuevo con posibilidad de que la Administración volviera a no pronunciarse expresamente, llegándose por ese camino, quizá, a una violación del derecho constitucional a una obtención de una resolución judicial sustantiva —art. 24.1 CE—. Por lo cual debe entrarse en el fondo material del problema, tal como propugna para estos casos de silencio administrativo la STS de 14 de septiembre de 1983 (Arz. 5713), que excepciona sólo los casos en que se haya omitido la audiencia de terceros interesados, lo que no ocurre en el caso de autos».

La fuerza y claridad de estos últimos pronunciamientos hacen innecesario cualquier comentario adicional y sólo resta desear que encuentren la debida continuidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa [así, STS de 15 de octubre de 1990 (Arz. 8126)]³¹.

B) *El procedimiento de oficio*

La Administración está obligada (art. 42.1 LRJPAC) a dictar resolución expresa no sólo en relación con las solicitudes que se le formulen, sino también en todos los procedimientos que, iniciados de oficio, afecten a los ciudadanos, obligación de resolver que también alcanza, como es lógico, a los previos actos de impulso y tramitación. Más aún, la Administración puede estar obligada a incoar un expediente cuan-

³¹ A este fallo han seguido hasta 1992 más de medio centenar de sentencias, pero son todas idénticas o muy similares y referidas al mismo supuesto de hecho (rebaja reglamentaria del margen comercial de los productos farmacéuticos), por lo que carecen de interés a la hora de comprobar la evolución de esta línea jurisprudencial. Por otra parte, no me consta la existencia de sentencias posteriores de la línea criticada, por lo que quizás pueda tenerse por extinguida.

do resulte legalmente debido el ejercicio de una potestad administrativa. A este respecto nos es ya conocido el ejemplo de la potestad reglamentaria, aunque ahora nos referimos a la inactividad singular, esto es, al ejercicio de potestades distintas a la reglamentaria que dan lugar a actos administrativos *sensu strictu*.

Como antes dije, el carácter funcional y fiduciario de las potestades administrativas condiciona positiva y negativamente su ejercicio. Por ello, sin dejar de reconocer la eventual discrecionalidad de la Administración, no debe olvidarse que, frente a ella, la subordinación al ordenamiento jurídico en su conjunto, la interdicción de la arbitrariedad y la objetividad de la actividad administrativa constituyen una exigencia constitucional insoslayable. Principios en cuya garantía vienen las técnicas ordinarias de control de la discrecionalidad entre las que juegan un papel clave el recurso a la finalidad y función de las potestades administrativas.

Dicho esto, veamos en qué estado se halla la cuestión de la responsabilidad por los daños deducidos, primero, de la falta de incoación de un expediente administrativo y, segundo, de la paralización o lentitud de la tramitación de éstos.

a) *La falta de incoación del procedimiento*

La no incoación de un expediente con dejación de ejercicio de una potestad administrativa puede ocasionar perjuicios, de producción instantánea o continuada, tanto para el interés público como para los intereses privados. A este último respecto, los intereses efectivamente dañados, estén o no en concurrencia con otros de carácter público, si son individualizables y económicamente evaluables constituyen una fuente de responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración.

A título de ejemplo, la STS de 17 de abril de 1980 (Arz. 2556) afirma la posibilidad de exigir de la Administración el cumplimiento de la legalidad urbanística mediante el ejercicio de sus potestades de disciplina urbanística. Petición que,

«por ser potestades —deber exigible—, no cabe desestimar sin que el acto desestimatorio sea ilegítimo; de ahí que también en este caso el ejercicio de las facultades de la Administración para lograr la observancia de la Ley del Suelo y los Planes le sean exigibles y deba pronunciarse su obligación de actuar frente al particular infractor la ejecución de las obras (incluso realizándolas por sí en su caso)...

... [siendo] evidente que los particulares afectados podrían en su caso articular una acción de indemnización contra la Corporación...».

En este mismo sentido, la STS de 25 de mayo de 1988 (Arz. 3962) conecta el deber administrativo de reparar los daños causados por un vertedero ilegal a la falta de clausura de éste, con omisión o dejación de sus facultades inspectoras y sancionadoras respecto de dicha actividad molesta.

Igualmente puede invocarse la STS de 22 de noviembre de 1989 (Arz. 8354), aunque mediase una negativa expresa a ejercitar la potestad y el fallo rechazase la pretensión indemnizatoria (que el Tribunal *a quo* sí había reconocido) por estimar insuficientemente probada la efectividad de los daños. Esta decisión traía causa del recurso interpuesto por una sociedad constructora contra la decisión de un municipio de no ejercitar, de un lado, la potestad de recuperación de oficio de sus bienes, contemplada en los artículos 4.d) y 82.b) LRBRL, respecto de unos terrenos públicos destinados a calle que se hallaban ocupados ilegalmente por chabolas y colindaban con el solar donde la recurrente construía unas viviendas; y de otro, la potestad de disciplina urbanística para defender la legalidad urbanística. Como puede adivinarse, la existencia de las chabolas perjudicaba los intereses económicos de la constructora que concurrían con el interés público relativo a la protección de los bienes demaniales y a la legalidad urbanística. Intereses de una u otra especie que resultaban afectados por la negativa municipal a incoar el procedimiento correspondiente. El TS, si bien rechazó la viabilidad de la recuperación de oficio y, por tanto, la obligatoriedad de ejercitar esta potestad (el carácter interdictal de ésta limita su utilidad a usurpaciones recientes o de fácil comprobación e impide subvertir un estado posesorio consolidado), admitió el deber municipal de actuar sus poderes de disciplina urbanística. El FJ 2.º señalaba:

«... Es de toda evidencia, y así lo dice la sentencia de instancia, que el Ayuntamiento ha mostrado una actitud de pasividad ante la ocupación de la vía pública por chabolas cuyos titulares, identificados o no, carecían de toda licencia o permiso para ocupar la calle. El artículo 178 LS exige la debida licencia de los particulares para sus actos de edificación y uso del suelo en terrenos de dominio público. Tanto si los barracones o casetas no fueron en su totalidad edificados por las personas que los ocupaban, como si lo fueron en parte, está admitido que los utilizaron sin autorización alguna. La LRBRL de 1985 señala, como competencias del municipio, entre otras, en su artículo 25.2.d) la ordena-

ción, gestión, ejecución y disciplina urbanística, en una clara remisión a los artículos 5.2 y 214 LS, en relación con los 184 y 185, en los respectivos casos que contemplan. El ejercicio de estas competencias no es potestativo sino obligado para preservar la normativa urbanística; finalidad para la que la LS establece el ejercicio de la acción pública en su artículo 235.»

A diferencia de la Sala de instancia, el TS no reconoció, sin embargo, el derecho a indemnización del recurrente porque éste no llegó a proponer ni practicar prueba alguna sobre la efectividad de los daños.

Y la STS de 27 de septiembre de 1991 (Arz. 8038) declaró la responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en unas fincas a consecuencias de obras ejecutadas en el cauce de un río por una entidad privada sin autorización ni licencia, daños que la Administración podría haber evitado de atender a las reiteradas denuncias de los afectados. Daños provocados, dice la sentencia,

«por dejación de las potestades correspondientes a la Administración que tenía conocimiento de su realización (de las obras), a través de las correspondientes denuncias han puesto de relieve la conducta displicente, omisiva, de la Administración perfectamente enmarcable en el supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos, en cuanto que conociendo la singular conducta y proceder del consorcio no paralizó las obras que se ejecutaban con clara infracción de las normas y del respeto debido a los bienes de dominio público —ríos y cauces—, y ha sido con ese dejar de hacer, sin control, como se ha causado el daño, pues no puede olvidarse la trilogía de atribuciones que se asigna a la Administración por la Ley de Aguas de 1879, referente a su acción tutelar; protección de las aguas, los cauces..., y otros beneficiarios...».

Sobre el derecho a exigir de la Administración que ponga en marcha un procedimiento sancionador y la eventual responsabilidad de no hacerlo, puede verse también, en relación con la inactividad de un concesionario de un servicio público, el DCdE de 27 de octubre de 1982 (núm. 44505).

Además, las potestades administrativas pueden estar sometidas a un plazo perentorio transcurrido el cual decae la posibilidad de ejercitarlas, lo que desde el punto de vista del interés público puede ser aún más grave. Así sucede, por ejemplo, respecto de la potestad sancionadora: la falta de incoación del expediente puede llevar a la prescripción de la infracción o a la caducidad de la acción para perseguirla. La preclusión de las potestades administrativas, justificada normal-

mente en el principio de seguridad jurídica, puede entrañar perjuicios para los intereses que la potestad estaba llamada a garantizar. Y éstos tanto pueden ser públicos como privados, por lo que, de ser individualizables y evaluables económicamente, los daños a que la preclusión de la potestad administrativa pueda dar lugar han de ser también indemnizables.

b) *Responsabilidad por demora en la resolución del procedimiento*

En los procedimientos iniciados de oficio, la paralización del expediente y la falta de resolución no encuentran respuesta en la técnica del silencio administrativo, sino que entran en juego otras como la prescripción, la caducidad y la perención, cuyo tratamiento legislativo, doctrinal y jurisprudencial ha dejado siempre bastante que desear³² y cuyo estudio hemos de soslayar en este momento.

Interesados en la responsabilidad de la Administración, escaso interés tienen para nosotros las situaciones en que la paralización lesiva no tenga origen en la conducta de la Administración, sino en la del afectado o en la de un tercero. Entonces quedará rota la relación de causalidad y liberada la Administración del deber de reparar el daño.

Donde sí tenemos que detenernos, en cambio, es en la paralización del procedimiento, iniciado de oficio, por causa de la propia Administración. En este caso, no siendo susceptible de producir actos favorables, el procedimiento se entenderá perimido («caducado», según la expresión literal del art. 42.4 LRJPAC); esto es, tendrá lugar la perención del expediente iniciado que vale tanto como su terminación. Dicho lo cual, advertido queda que no por tratarse de procedimientos de gravamen puede descartarse, *a priori*, la existencia de terceros interesados en la resolución del expediente que pudieran verse perjudicados, siquiera sea en sus expectativas, por la perención (por ejemplo, la declaración de ruina de un inmueble incoada de oficio puede no interesar por igual al propietario que a los inquilinos). En este caso, si pudieran concretarse daños efectivos, individualizados y evaluables económicamente también habría lugar a responsabilidad de la Administración. Si el procedimiento es susceptible de producir actos favorables, la LRJPAC no señala qué consecuencias se siguen de la paralización. Pero si la perención parece quedar excluida por el citado artículo 42.4 y legalmente no está previsto un «desistimiento» adminis-

³² Al profesor y magistrado GONZÁLEZ NAVARRO, F., se deben los esfuerzos más relevantes por distinguir dichos conceptos [así, *Derecho Administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1988, tomo II, pp. 461 a 486 —y la STS de 20 de diciembre de 1988 (Arz. 9988), de la que fue ponente—]. Véase también, junto a GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1993.

trativo, quizás pueda admitirse —y, como luego se verá, algún apoyo jurisprudencial existe— que dicha paralización equivale a una revocación tácita, por motivos de oportunidad, del acto de iniciación o incoación del expediente. Y si de ella cupiera deducir alguna clase de perjuicio antijurídico (a tenor, por ejemplo, de expectativas fundadas en la incoación) ningún inconveniente habría para admitir la responsabilidad de la Administración.

Por el carácter revocatorio de la paralización indefinida parece al menos inclinarse la STS de 25 de octubre de 1982 (Arz. 6036). Este fallo además de declarar la nulidad de la declaración de urgencia de una expropiación que nunca llegó a hacerse efectiva, reconoce el deber de la Administración de reparar los daños suscitados por la iniciación del procedimiento expropiatorio y su ulterior paralización *sine die*. En el caso examinado, la Administración acordó la expropiación urgente pero se limitó a levantar el acta previa a la ocupación sin proseguir los trámites sucesivos (formalización de las hojas de depósito previo y fijación de los daños por inmediata ocupación, pago de estas cantidades, ocupación...). El procedimiento expropiatorio quedaba así truncado y, con el paso del tiempo, se incrementaba la inseguridad jurídica al no existir certeza sobre su continuidad o el eventual «desistimiento»³³ o revocación por parte de la Administración que cabía concluir tácitamente de la inactividad administrativa. Por esta última solución optó el TS: la pasividad de la Administración ante una expropiación que había sido declarada urgente permitía suponer que había decaído el interés tanto respecto de la rapidez, como respecto de la expropiación y que, por tanto, la expropiación debía entenderse revocada. Revocación asociada a la paralización del expediente que, aun no habiéndose llegado siquiera a la ocupación real de los bienes, engendrará daños cuya reparación había de ponerse a cargo de la Administración. Y ello porque

«... la iniciación del procedimiento de expropiación y su ulterior paralización, sin llegar a producir la ocupación o desposesión del bien expropiado, bien por revocación expresa, bien, como aquí ocurre, por tácito desistimiento, ocasionan en el patrimonio del expropiado una merma claramente comprensible, pues si bien aquí el acta previa a la ocupación no priva de la propiedad ni de la posesión al expropiado... se produce una congelación o bloqueo de la libre disponibilidad del inmueble, con la virtual eliminación del tráfico jurídico del mismo, lo que constituye lesión o perjuicio antijurídico que el expropiado no viene obligado a so-

³³ El desistimiento no está contemplado entre las causas de terminación del procedimiento por decisión de la Administración, por lo que debe entenderse prohibido (arts. 87 a 92 LRJPAC).

portar si la Administración expropiante permaneció inactiva, en esta circunstancia, durante más de seis meses, plazo máximo de finalización del expediente con fijación del justiprecio definitivo, y así lo han entendido, en supuestos que guardan analogía con el presente, la Sentencia de la Sala 3.ª de este Tribunal de 12 de marzo de 1979 (Arz. 1916), y la de esta misma Sala de 10 de diciembre del mismo año (Arz. 4153), por lo que no cabe rechazar la existencia de perjuicio cierto o efectivo, siendo éste evaluable económicamente e individualizado..., sin que, finalmente, haya existido culpa del expropiado motivadora del retraso ni fuerza mayor, no pudiendo afirmarse... que la indemnización del daño tiene su cauce en el artículo 56 LEF, pues los intereses de demora allí contemplados juegan sobre un justiprecio fijado a través de la prosecución, más o menos lenta, del expediente, circunstancia que aquí no se da y que es, justamente, la que engendra la lesión indemnizable».

Según este fallo, pues, la paralización del expediente expropiatorio puede equipararse a una revocación tácita (o desistimiento) de la expropiación que, como la expresa, puede ser fuente de daños susceptibles de indemnización. A este último respecto, que por mediar un acto expreso de revocación excede de nuestro campo de trabajo (la inactividad formal), puede verse la STS de 10 de diciembre de 1979 (Arz. 4153). Aunque deje de tener lugar una expropiación inicialmente prevista, no hay aquí jurídicamente hablando inactividad de la Administración sino alteración o cambio de los criterios de oportunidad que impulsan su actividad y que son lícitos en cuanto no se opongan al ordenamiento jurídico (arts. 102 a 106 LRJPAC).

Una situación similar a la descrita se produce, por cierto, cuando la Administración decide poner fin a procedimientos iniciados, no ya omitiendo los actos de impulso necesarios, sino acordando expresamente la terminación del mismo aunque no concurren las causas legales de terminación que le permiten adoptar una tal decisión (arts. 87 a 92 LRJPAC). En puridad tampoco hay, en este caso, una inactividad formal por cuanto el acuerdo de terminación, con independencia de su legalidad, eximirá a la Administración del deber de proseguir el expediente incoado, ello sea dicho sin perjuicio de reconocer, como para la revocación, el deber de reparar los daños engendrados por la decisión administrativa de paralizar y dar por terminado el expediente que puede haber generado algunas expectativas dignas de protección.

De ejemplo sirva la STS de 9 de octubre de 1990 (Arz. 7900), por la que se anula la decisión municipal de suspender o interrumpir indefinidamente un expediente de contratación acordando la no apertura de la plica presentada por el único licitante. Aunque incluso des-

pués de abierta dicha plica el concurso hubiera podido declararse desierto de no considerarse adecuada a los pliegos de la contratación, la detención del procedimiento lesionaba las legítimas expectativas del licitante a que su oferta fuera contrastada con los pliegos. La paralización del procedimiento en este punto valía tanto como declarar desierto el concurso aun sin examinar las propuestas presentadas, lo que ponía claramente de manifiesto la voluntad administrativa de no adjudicar el contrato no obstante haber iniciado el expediente de contratación correspondiente. Hay aquí, pues, de alguna manera, una revisión de la decisión administrativa de contratar, una revocación que, con independencia de su ilegalidad (y de hecho el TS la anula), ocasiona daños cuya reparación ha de ponerse a cargo de la Administración causante de los mismos.

Pero no siempre cabe anudar consecuencias de índole extintiva a la paralización del procedimiento. En el ámbito de la expropiación forzosa, a que antes se ha hecho referencia, la legislación contempla diversas situaciones de inactividad para las que dispone mecanismos de reparación específicos³⁴. Así, por ejemplo, el artículo 56 LEF establece una responsabilidad objetiva ante la falta de fijación del justiprecio, de modo que la Administración responde a la demora en todo caso (existan o no daños efectivos), en la cuantía legalmente establecida (cualquiera que sea la cuantía real, mayor o menor de los daños), a partir de los seis meses (y no antes, por lo que el eventual perjuicio debe entenderse comprendido en el justiprecio).

Diferente remedio ante la falta de fijación del justiprecio contempla la LS en relación con las expropiaciones en ejecución de planes urbanísticos que, como es sabido, llevan implícita la declaración de utilidad pública de los bienes y el acuerdo de necesidad de ocupación. El expediente expropiatorio queda iniciado, por tanto, desde la aprobación del plan y corresponde a la Administración continuarlo en los plazos previstos. Pues bien, si no lo hace en el plazo que corresponda, el artículo 202.2 LS³⁵ reconoce al titular de los bienes o sus causahabientes la posibilidad de iniciar por sí mismos el expediente de justiprecio, previa advertencia a la Administración transcurridos dos años desde ésta. Hasta este punto, los perjuicios deducidos de la demora quedarán incorporados al justiprecio, pues la valoración de éste debe referirse al momento de iniciación de dicho expediente. Y a partir de aquí rige la regla general del artículo 56 LEF, conforme a la cual, si no se alcanza una resolución definitiva en el plazo de seis meses, el jus-

³⁴ La LEF contempla diversas situaciones de inactividad: formal, como la paralización del expediente expropiatorio por falta de fijación del justiprecio (art. 56); o material, como el impago de éste (arts. 57 y 58) o la inejecución de la obra o falta de establecimiento del servicio que motivó la expropiación (art. 54).

³⁵ Cuyos precedentes pueden encontrarse en los artículos 153 de la Ley de Régimen Local de 1950, 56 de la LS de 1956 y 69 LS de 1976.

tiprecio devengará, con efecto retroactivo, el interés legal hasta el momento en que se dicte.

Y, dicho sea de paso, ante la insuficiencia de la técnica correctora del artículo 56 LEF para reparar en su integridad los perjuicios económicos deducibles de la demora en la fijación del justiprecio, algún autor ha propuesto la aplicación analógica a este supuesto de la técnica contenida en el artículo 58 LEF, la retasación, para hacer frente a los perjuicios deducibles de la falta de pago (supuesto de inactividad material)³⁶, a la que, al fin y al cabo, conduce la falta de fijación del justiprecio. Tesis ésta que ha sido aceptada por algunas sentencias del TS [SS de 14 de octubre de 1977 (Arz. 3883), 22 de febrero de 1978 (Arz. 411) y 10 de octubre de 1981 (Arz. 4127)]³⁷, aunque buena parte de la jurisprudencia se muestra reticente al respecto [SSTS de 7 y 21 de diciembre de 1981 (Arz. 4840, 4881), 14 y 28 de mayo y 5 de noviembre de 1982 (Arz. 3028, 2933, 6583)].

Al margen del supuesto expropiatorio, el Consejo de Estado ha reconocido en alguna ocasión la retasación como técnica indemnizatoria ante las demoras en la tramitación de expedientes indemnizatorios [Dictamen de 13 de diciembre de 1990 (núm. 55414)]:

«En los casos en que la instrucción del expediente se demore injustificadamente por motivos no imputables al interesado, debe procederse a actualizar la indemnización procedente, aplicándole, desde la fecha de producción del hecho lesivo, el índice de precios al consumo oficialmente establecido.»

C) *La falta de notificación*

En ocasiones no es la falta de resolución de un expediente la que ocasiona un daño, sino la ausencia de notificación. Aunque los actos administrativos son eficaces desde la fecha en que se dictan (art. 57.1 LRJPAC), dicha eficacia puede estar supeditada a la notificación del mismo, lo que puede acontecer tanto respecto de actos de gravamen como de actos favorables.

En el primer caso, la tardanza o retraso en la notificación demora la eficacia perjudicial del acto, lo que, por constituir una ventaja, normalmente excluye la existencia de un daño indemnizable. Pero no siem-

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E./FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, cit., p. 317.

³⁷ Sobre la posibilidad de practicar la retasación al momento de dictar el fallo en sede jurisdiccional, aun fuera del ámbito de la expropiación, véase la STS de 25 de septiembre de 1984 (Arz. 4685) que apela a las de 28 de junio de 1977 (Arz. 3000), 2 de febrero de 1980 (Arz. 743), 4 de marzo y 5 de junio de 1981 (Arz. 894 y 2550) y 14 de diciembre de 1983 (Arz. 6341).

pre ha de ser así. La falta de notificación de un acto de gravamen conlleva cierta inseguridad jurídica y, desde el punto de vista del afectado, es equiparable a la falta de resolución misma, a la que, como se ha visto, puede seguir la perención del expediente o una eventual responsabilidad. Me remito, pues, al apartado anterior.

Lo mismo puede decirse en relación con los actos favorables, a cuya falta de notificación se hace extensible el régimen del silencio si se trata de procedimientos iniciados a instancia de parte [véase la STS de 21 de diciembre de 1990 (Arz. 10051)]. En los iniciados de oficio, en cambio, a la falta de notificación no sigue el instituto silencio, ni tampoco puede seguir la caducidad: de un lado, porque ya existe resolución; de otro, porque la falta de notificación es imputable a la Administración, lo que no puede perjudicar al interesado. Supeditada la eficacia favorable del acto a la notificación, la demora por inactividad de la Administración priva al beneficiario de las ventajas de aquél, lo que constituye un perjuicio que no hay obligación de soportar y, por tanto, indemnizable. Ahora bien, ¿desde qué momento? A tenor del artículo 58.2 LRJPAC, puede establecerse como punto de partida que los perjuicios que ocasiona la falta de notificación deben soportarse dentro del plazo ordinario de diez días previsto para practicar la notificación. Pero como antes se advirtió para los plazos de resolución de los expedientes, dicho plazo legal establece un estándar de legalidad o normalidad que, de acuerdo con las circunstancias del caso, puede ser rebasado por exceso o por defecto. Esto es, también aquí parece de aplicación el criterio del «plazo razonable» a efectos de determinar la responsabilidad, sirviendo el plazo de diez días como indicio legal de normalidad para este trámite, pero sin que dicho término haya de representar necesariamente el límite entre el funcionamiento normal y el anormal, ni por exceso ni por defecto. De modo que, según qué circunstancias, tanto cabría admitir un retraso irrazonable antes del referido término legal (por la perentoriedad del objeto o contenido del acto o la singularidad del expediente, por ejemplo), como rechazar su existencia y la indemnizabilidad de los perjuicios, aun superado con creces dicho término (por la dificultad para practicar la notificación o tratarse de un acto-masa, por ejemplo).

Ejemplo de cómo la falta de notificación puede ocasionar perjuicios indemnizables nos lo ofrece la STS de 5 de junio de 1972 (Arz. 2769) que versa sobre la rehabilitación de un maestro que había sido separado del servicio por depuración política. Su rehabilitación se dispuso, de oficio, por una Orden de 12 de marzo de 1963 que le fue notificada casi cinco años después (el 15 de enero de 1968). Como se comprende, la falta de notificación demoró durante el referido lapso temporal su incorporación al servicio, privando de eficacia el derecho de readmisión que le había sido reconocido. Por lo que el maestro

solicitó indemnización por los emolumentos dejados de percibir durante la dilación notficatoria, a lo que accedió la Sala jurisdiccional frente a la negativa de la Administración.

3. INACTIVIDAD MATERIAL

Es sabido que las declaraciones jurídicas no bastan para transformar la realidad y ordenarla conforme a la voluntad que resulta de las normas jurídicas. La aplicación de éstas y la ejecución de los actos administrativos requiere una actividad técnica o material que la Administración debe llevar a cabo, cuando no corresponda hacerlo a otros sujetos o ante la pasividad de éstos, a través de sus órganos dotados con medios personales y técnicos.

Ahora bien, no toda la actividad material que se lleva a cabo en el seno de una organización administrativa es imputable a la Administración en cuanto sujeto de Derecho, como tampoco lo son algunas omisiones. Así, la actividad material o técnica de los órganos o agentes administrativos no es, en sentido estricto, actividad material *de la Administración* más que cuando tiene repercusión externa, *ad extra*; esto es, cuando la actividad de los órganos recae sobre otros sujetos jurídicos, individual o colectivamente considerados. Sólo entonces puede ser imputada *subjetivamente* a la Administración. En los demás casos, la actividad material repercute sobre la propia organización administrativa y en ella agota su eficacia, lo que, a falta de trascendencia externa, excluye su imputabilidad a la Administración en cuanto sujeto jurídico. Definida la inactividad como un comportamiento *subjetivo de la Administración*, las omisiones internas quedan fuera del concepto. Cuando hablo de inactividad material me refiero a la omisión ilegal de actuaciones materiales, físicas o intelectuales, de alcance externo, sin naturaleza jurídica que constituyen la prestación de un servicio o realizan la voluntad administrativa u otros objetivos e intereses públicos.

La inactividad orgánica o doméstica, en tanto que fenómeno interno, no resulta imputable a la Administración porque no la trasciende, porque se circunscribe a ella. Puede tener que ver con la producción de situaciones de inactividad administrativa, formal o material, pero no se identifica con esta última. Puede suceder, en efecto, que una deficiente gestión de los recursos organizativos, materiales y de personal, no conduzca necesariamente a situaciones de inactividad *ad extra*. Como es frecuente, por el contrario, que los medios dispuestos para un servicio no basten para afrontar sus necesidades de forma que, aun mediando una intensa actividad orgánica, pueda tenerse a la Administración por pasiva o inactiva en cuanto no atiende las exigencias de aquél. El de la inactividad interna u organizativa es, pues, un proble-

ma de racionalización de la gestión administrativa, de eficiencia y eficacia en la gestión o administración de los recursos personales y técnicos de la Administración; problema cuyo análisis corresponde a la Ciencia de la Administración³⁸ antes que al Derecho administrativo, aunque éste también pueda tener algo que decir (en la ordenación de la actividad interna, en el marco de las relaciones especiales de sujeción y el régimen disciplinario, por ejemplo), y que puede ser un factor determinante, desde el punto de vista fáctico, en la aparición de las situaciones jurídicas de inactividad³⁹.

La inactividad material consiste en la infracción, por omisión, de un deber legal de obrar, de contenido material o técnico que no sea materialmente imposible. Siempre que se omita o no tiene lugar la actividad técnica o material exigida, tanto da que la Administración no haya actuado en absoluto, como que haya actuado de modo insuficiente o incompleto, se da esta clase de inactividad.

Los deberes de hacer pueden ser de resultado o de medios, aunque ésta es una distinción más teórica que real, pues normalmente no se encuentran en estado puro. En el primer caso, existe inactividad siempre que no se alcance el resultado apetecido (de esta clase es, por ejemplo, el deber impuesto por la Ley 49/1978, de 3 de noviembre, sobre enterramientos en cementerios municipales, de derribar las tapias o muros que separaban los denominados cementerios civiles)⁴⁰. En el segundo, cuando no se desarrolle una actividad predeterminada o se pongan los medios legalmente exigidos, con independencia de que se alcance el objetivo o resultado apetecido.

A este último respecto debe recordarse que el establecimiento de deberes de medios es la única alternativa para atender determinados objetivos cuya realización puede ser incierta y que sólo pueden prevenerse como tendencia (la prevención o tratamiento de enfermedades, la supresión de la delincuencia, etc.). En determinados ámbitos, impo-

³⁸ Y que se encuentra en auge en los últimos años como lo acredita la literatura administrativa: así, son varios los monográficos de la revista *Documentación Administrativa*: «Administración y Constitución: el principio de eficacia», en los núms. 214, abril-junio 1988, y 218-219, abril-septiembre 1989; «Técnicas gerenciales en la Administración Pública», en el núm. 223, julio-septiembre 1990; «Políticas públicas y organización administrativa», *Documentación Administrativa*, núms. 224-225, octubre 1990-marzo 1991; por su amplia repercusión y difusión también resulta obligada la cita de SUBIRATS HUMET, J., *Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1989.

³⁹ Ejemplos de la influencia de problemas organizativos o internos en la producción de situaciones de inactividad *ad extra* encontramos en las SSTs de 29 de enero de 1974 (Arz. 657) (graves negligencias funcionariales) y 14 de diciembre de 1988 (Arz. 9958) (paralización de la actividad de un órgano a causa de su reestructuración interna).

⁴⁰ La DT 1.ª de la Ley 49/1978, de 3 de noviembre, sobre enterramientos en cementerios municipales, disponía:

«En el plazo de un año a partir de la vigencia de la presente Ley deberá procederse, en aquellos cementerios municipales donde hubiera lugares separados destinados a los que hasta ahora se denominaban cementerios civiles, a restablecer la comunicación con el resto del cementerio.»

ner deberes de resultado iría contra la propia naturaleza de las cosas y carecería de toda racionalidad. Pero tiene sentido, en cambio, asignar a la Administración el desarrollo de una actividad cuya concreción constituye un problema clave que el legislador puede resolver por sí mismo o remitir a la Administración, ya otorgándole un margen de apreciación dentro de unos principios o directrices objetivos (conceptos jurídicos indeterminados, máximas de experiencia), bien dejándola decidir con libertad siempre que no incurra en arbitrariedad ni rebase los límites de la objetividad y racionalidad que inspiran la actividad administrativa (arts. 9.3, 103.1 CE). Estos límites, aquellas directrices o la regulación detallada no hacen sino normalizar o protocolizar, someter a estándares más o menos precisos la actividad administrativa. Estándares desde los que, por su incumplimiento, puede deducirse la inactividad administrativa y cuya declaración, en última instancia, en tanto que constituyen auténticas reglas jurídicas, corresponde a los tribunales, titulares de la función jurisdiccional.

A la fijación de estos estándares de servicio administrativo ha contribuido de forma importante la jurisprudencia de la responsabilidad administrativa. Si los efectos perjudiciales de una omisión administrativa constituyen un daño, un resultado antijurídico que no hay obligación legal de soportar, es porque la omisión es ilegal, esto es, porque existe inactividad. Y existe inactividad cuando no se alcanza el umbral de actividad exigida por un estándar legal. Así, la declaración de un daño ante una situación dada determina, para ese caso, el umbral de actividad exigible y un caso con otro se van perfilando los contornos del nivel o estándar de actividad que ha de respetar la Administración.

Por encima de éste, los perjuicios deducidos de la falta de actividad administrativa no son daños antijurídicos ni su reparación puede ponerse a cargo de la Administración porque no hay una auténtica omisión imputable a ésta. Recuérdese que, a diferencia de las acciones, cuya existencia se revela por sí sola, sea o no lícita, las omisiones sólo pueden constatarse por referencia a una situación dada y un obrar que se le asocia legalmente. Esto es, la simple falta de actividad sólo constituye omisión cuando puede ser contrastada con una actuación concreta y debida; o sea, cuando jurídicamente constituye inactividad. Por esta razón, superado el estándar de actividad exigible, dentro ya del funcionamiento normal, no sólo es imposible hablar de inactividad, por no haber antijuridicidad, es que ni siquiera la falta de actividad administrativa tiene entidad o concreción real. Esto es, no tiene ni existencia virtual, no constituye un hecho omisivo al que pueda atribuirse, jurídicamente hablando (otra cosa será en el plano político o económico, por ejemplo), la producción de una situación de perjuicio o desventaja patrimonial. Más claro, tratándose de omisiones adminis-

trativas, no puede haber una responsabilidad por funcionamiento normal ⁴¹.

Por debajo del estándar nace, pues, el daño y, con éste, la responsabilidad que presupone siempre la inactividad, esto es, el funcionamiento anormal de los servicios públicos. A este respecto, la jurisprudencia juega un doble papel al declarar la responsabilidad: de un lado, procura una reparación individual al afectado; de otro, denuncia la ausencia o insuficiencia de la actividad administrativa exigida y precisa, atendiendo a las *regulae artis*, al nivel de progreso tecnológico y a la coyuntura económica, a las demandas sociales y a la realidad, al fin y al cabo, del momento en que la ley ha de ser aplicada, el estándar de actuación material o técnico que ésta exige de la Administración. Contribuye así a *normalizar* la actividad administrativa, lo que representa un aspecto importantísimo de la función jurisdiccional y de control de la legalidad administrativa, cuya gravedad y riesgos, por los excesos que puedan cometerse, no son mayores ni menores que los que puedan darse en otras esferas de la actividad judicial. Los ejemplos de esta normalización jurisprudencial son abundantes, como luego se verá.

Para examinar en qué estado se encuentra la responsabilidad por inactividad material en nuestro ordenamiento creo aconsejable distinguir tres tipos de situaciones: las relativas a la ejecución material de actos administrativos concretos, las que tienen lugar en relación con el establecimiento y prestación de servicios públicos y las que tienen como antecedente una condena judicial (esto es, la inejecución de sentencias de condena a la Administración cuyo contenido es un hacer material).

A) *Inactividad en la ejecución de los actos administrativos*

La Administración debe garantizar la ejecución de sus propias resoluciones, sea que el cumplimiento de las mismas le competa a ella misma (abonar una indemnización reconocida, por ejemplo), o al destinatario particular del acto administrativo. En este último caso, la Administración dispone de poderes específicos, de medios de ejecución forzosa, para procurar el cumplimiento frente al administrado rebelde. Nótese que la inejecución de un acto administrativo constituye por sí sola un supuesto de inactividad material (de resultado), pero que a esta situación puede llegarse no sólo por la falta de disposición de los me-

⁴¹ Como dije más atrás, es razonable dudar de la admisibilidad fáctica de la responsabilidad administrativa por conductas pasivas que no sean ilegales o constitutivas de un funcionamiento anormal, máxime cuando la autonomía de la voluntad de la Administración es muy limitada y ésta sólo puede hacer aquello que le autoriza la ley, lo que impediría reconocer en dicha conducta pasiva una auténtica omisión.

dios técnicos o materiales precisos para adecuar la realidad fáctica al contenido de la resolución jurídica, esto es, no sólo por omisiones materiales, sino también a causa de omisiones formales, cuando no se incoan los procedimientos administrativos previstos para compeler al cumplimiento de los actos (por ejemplo, el apremio sobre el patrimonio o la imposición de multas coercitivas).

En cualquier caso, por lo que ahora interesa, parece claro que la falta de ejecución de los actos administrativos puede ser fuente productora de daños susceptibles de indemnización. Sin embargo, estudiada la jurisprudencia en materia de responsabilidad de la última década, no aparecen ejemplos dignos de mención en los que se haya reconocido la responsabilidad administrativa por la inejecución material de actos administrativos. Ello no obstante, habida cuenta de los indicios que ofrece la problemática sobre la ejecución de sentencias a que luego se aludirá, me resisto a creer que la inactividad material en este orden sea despreciable o que no cause perjuicios dignos de reparación.

La hipótesis más frecuente de responsabilidad por inejecución material de los actos administrativos que aparece en la jurisprudencia es la falta de pago por la Administración de sus obligaciones pecuniarias, surgidas tanto de relaciones contractuales, como de actos administrativos unilaterales, supuesto específico de la responsabilidad extracontractual a que se refiere este trabajo. Pero el de la demora de la Administración en el pago de sus obligaciones pecuniarias es un tema ya conocido y estudiado por la doctrina científica sobre el que, por lo tanto, no parece obligado detenerse ahora ⁴².

Un último apunte debe hacerse en este apartado en relación con las actuaciones materiales destinadas a restablecer la legalidad objetiva, que suelen constituir ejecución de previas órdenes administrativas desoídas por los infractores. La inactividad administrativa en este orden de asuntos también puede ser causa de responsabilidad frente a eventuales perjudicados por la tolerancia administrativa. Así lo admite la STS de 17 de abril de 1980 (Arz. 2556) que condena a la Administración no sólo a conminar la ejecución de unas obras de urbanización, sino también a ejecutarlas por sí misma ante la resistencia del obligado, y deja a salvo la acción indemnizatoria que los eventuales afec-

⁴² Véase GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Responsabilidad por demora en la Ley de Expropiación Forzosa», *Revista de Administración Pública*, núm. 33, septiembre-diciembre 1960, pp. 11 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Expropiación forzosa y devaluación monetaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 80, mayo-agosto de 1976, pp. 9 y ss.; y también, con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pp. 320 y ss.; CARBAJO VASCO, «Interés legal del dinero e interés de demora», *Crónica Tributaria*, núm. 53, pp. 40 y ss.; y, especialmente, CALVO SÁNCHEZ, L.; «La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre intereses legales por demora de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 125, mayo-agosto 1991, pp. 343 a 387.

tados pudieran dirigir contra la Administración caso de persistir la infracción urbanística.

B) *Inactividad prestacional*

Las leyes no se limitan a crear un orden jurídico, sino que intentan una transformación de las condiciones físicas, económicas, de la realidad, lo que ha de hacerse a través de actividad material o técnica de la Administración, esto es, de la prestación de servicios públicos que se establecen tanto en interés de la colectividad como de los ciudadanos subjetivamente considerados que serán los usuarios de aquéllos. Piénsese, por ejemplo, en los servicios que potestativa u obligatoriamente han de prestar las Corporaciones Locales (arts. 25 y 26 LRRL) o en otros que la legislación sectorial encomienda a la Administración y que por su volumen y especialización han hecho necesaria la descentralización funcional de la Administración, mediante la creación de entes instrumentales especializados.

La naturaleza y contenido de esta actividad prestacional es, pues, muy extensa y variopinta, como lo son también los deberes de hacer de cuya omisión trata la inactividad. Es más, la falta de prestación de estos servicios públicos de carácter material o técnico representa el grueso más importante de la inactividad material.

A la hora de estudiar esta inactividad, encontramos, lógicamente, que son muy diversos los sectores en los que tiene lugar y muy grande el casuismo de la jurisprudencia. Por ello, sin perjuicio de hacer luego una breve reseña de los servicios donde mayormente abunda la jurisprudencia de la responsabilidad por inactividad administrativa, interesa más buscar algunas reglas comunes a todos ellos a la hora de comprobar y declarar ésta. Reglas que aluden a los elementos tradicionales de la responsabilidad y también, lógicamente, a la fijación del estándar de actividad mínima exigible a que antes se ha hecho referencia, pues de él parte la inactividad o funcionamiento anormal cuya antijuridicidad se comunica a una desventaja o perjuicio patrimonial y permite reconocer en ésta un daño cuya reparación, siendo efectivo, individualizable y evaluable económicamente, ha de correr a cargo de la Administración.

a) *Sobre el daño*

Respecto del daño cabe decir, en primer lugar, que la efectividad del perjuicio tanto puede referirse a su existencia real, cuanto al coste de la actividad que la víctima se haya visto obligada a desarrollar para

evitar el perjuicio que se le venía encima, aminorarlo o ponerlo fin. En este sentido, es de destacar que, ante un daño continuado y denunciado que persiste a causa de la inactividad de la Administración, el afectado, siempre que ello no exceda de la esfera de su poder de disposición, puede suplir la falta de actividad administrativa adoptando las medidas que sean pertinentes a su defensa con derecho al reintegro de los gastos que se le causen, sin perjuicio de la reparación de los daños ya causados [véanse al respecto las SSTS de 10 de noviembre de 1981 (Arz. 5052) y 17 de mayo de 1989 (Arz. 3937)].

En segundo lugar, que el daño sea individualizable con relación a una persona o grupo de personas no significa que éstas hayan de ser necesariamente usuarios del servicio afectado por la omisión. Los servicios públicos se proyectan en interés de los potenciales usuarios pero también de la colectividad y, por ello, junto con deberes de hacer establecidos en interés de los usuarios (obligaciones subjetivas) concurren deberes formulados en interés de la colectividad cuya infracción puede producir daños individualizados no sólo a los usuarios sino también a terceros. La falta de adopción, por ejemplo, de las medidas de seguridad reglamentarias puede provocar un resultado (una explosión de gas, un escape radiológico, la fuga de un enfermo mental muy peligroso...) cuyo alcance dañoso no tiene por qué limitarse al ánimo subjetivo de los usuarios del servicio en el que se origina. Conforme a la cláusula general de responsabilidad, la Administración corre con los daños provocados en toda clase de bienes que puedan resultar afectados por el servicio; en este caso, por una omisión de la actividad debida en el desarrollo del servicio. En este sentido, la responsabilidad por inactividad prestacional no se refiere únicamente a la omisión de una prestación subjetiva e individualizada que ha de tener lugar en interés de un usuario, sino a todo daño individualizable provocado por una falta u omisión en el desarrollo de un servicio con independencia de que la víctima sea o no usuaria del servicio.

Y en tercer lugar, cabe señalar que sin perjuicio de la evaluabilidad económica del daño, el de la inactividad prestacional suele ser, por el carácter material o técnico de la actividad omitida y del perjuicio, un ámbito idóneo para las reparaciones *in natura*, aunque las condenas de esta clase no se hallen todavía muy extendidas.

b) *Sobre el funcionamiento anormal por inactividad*

Como antes se ha dicho, la inactividad u omisión parte de la necesidad de observar una determinada conducta u obrar ante una situación dada, obrar cuyo contenido material o técnico es posible deducir del ordenamiento jurídico y que constituye lo que se ha denominado

estándar de actividad mínima exigible. Recuérdese que dicho estándar puede hallarse expresamente formulado en las leyes o reglamentos propios del servicio, pero que éstos también pueden atribuir a la Administración márgenes de libre decisión en la definición del contenido o actividad propios del servicio. En este caso, determinar si la Administración ha cumplido con el estándar de actividad exigible ante una situación dada, al efecto de imputar una eventual responsabilidad, exige una actividad interpretativa y de control de la discrecionalidad que corresponde realizar en última instancia a los jueces, lo que confiere a la jurisprudencia un importante papel en la configuración real de los servicios públicos.

A este respecto debe señalarse, primero, que las *regulae artis* de cada tipo de actividad constituyen un criterio fundamental para evaluar la suficiencia del obrar material de la Administración. Tarea que exige también una cuidadosa comprobación de los hechos, que puede verse dificultada por la complejidad técnica de éstos, lo que atribuye a la prueba procesal, que el órgano juzgador ha de resolver conforme a las reglas de la sana crítica [SSTS de 2 de junio de 1981 (Arz. 2501), 11 de abril y 14 de julio de 1986 (Arz. 2633 y 5072)], un valor determinante en la resolución final de las pretensiones indemnizatorias.

Un segundo punto a destacar se infiere del hecho de que toda actividad técnica entraña un peligro potencial, un riesgo de intensidad variable en cuanto a la producción de daño, lo que obliga a introducir dispositivos de seguridad o medidas de vigilancia que han de considerarse inherentes al servicio, integradas en el desarrollo de la actividad propia del mismo. Ahora bien, so pena de constituir un fin en sí misma (lo que en ocasiones también puede darse), el deber de seguridad y vigilancia no puede extenderse más allá de los eventos que sean razonablemente previsibles en el desarrollo del servicio [DCdE de 28 de julio de 1988 (núm. 52272)]. La imprevisibilidad expulsa del ámbito de influencia del servicio el riesgo de que se trate e impide conectar al servicio los daños a que eventualmente pueda dar lugar. En este sentido, la imprevisibilidad es equiparable a la fuerza mayor, circunstancia que, al menos en relación con el servicio —supuesta la inexistencia de otras causas externas que por diferente título permitan imputar el daño—, exonera de responsabilidad a la Administración⁴³. El deber de vigilancia recae sobre la Administración tanto cuando presta directamente el servicio, como cuando se sirve de intermediarios, pues la gestión indirecta no priva a la Administración de su poder de dirección, vigilancia y control. Poderes a cuya falta de ejercicio se ha aso-

⁴³ En efecto, la jurisprudencia contempla la fuerza mayor «como aquel suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable» [STS de 8 de junio de 1982 (Arz. 5376), entre otras muchas].

ciado en alguna ocasión la producción de daños y la responsabilidad de la Administración [SSTS de 27 de septiembre de 1991 (Arz. 8038) y 25 de enero de 1992 (Arz. 1343)], no obstante constituir regla general la de que el concesionario asuma la reparación de los daños ocasionados por el servicio ⁴⁴.

La responsabilidad *in vigilando*, según lo dicho, no alcanza más que a los eventos dañosos razonablemente previsibles en el desarrollo del servicio. Pero esta previsibilidad razonable no es de términos medios, sino máximos. Esto es, no se refiere sólo a los eventos normales u ordinarios, más o menos habituales o frecuentes, sino también a los eventos de carácter excepcional o extraordinario que sean conocidos o previsibles. Un colector de aguas, por ejemplo, debe tener capacidad para albergar no sólo el caudal propio de la pluviosidad media, sino también el que puedan provocar lluvias torrenciales más excepcionales o infrecuentes, pero conocidas y previsibles [véase la STS de 30 de noviembre de 1981 (Arz. 4200)]. De no ser así, la Administración habría de responder de los daños que provoque la inundación que no podrían considerarse de fuerza mayor, pues, aun excepcionales y anormales, no carecerían de precedente y siendo conocidos y previsibles quedarían cubiertos por el deber de vigilancia y diligencia propios del servicio ⁴⁵.

En este sentido, el Consejo de Estado considera que la fuerza mayor se reserva «a los acontecimientos extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad, según su propia naturaleza, y *no comprende aquellos hechos que, aunque insólitos, tengan lugar dentro de las virtualidades propias*» de la actividad; hechos insólitos sobre los que, en consecuencia, recae también el deber de vigilancia y una eventual responsabilidad *in omittendo* por no disponer las adecuadas me-

⁴⁴ Sobre el derecho a exigir de la Administración que ponga en marcha un procedimiento sancionador y la eventual responsabilidad de no hacerlo, puede verse también, en relación con la inactividad de un concesionario de un servicio público, el DCdE de 27 de octubre de 1982 (núm. 44505).

En general, sobre la problemática de la imputación respecto de los daños en servicios concedidos, véase GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, mayo-diciembre 1976, pp. 215 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R., «Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, pp. 397 a 406; PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 56 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L., «La responsabilidad patrimonial de la Administración Local», en el *Tratado de Derecho Municipal*, dirigido por S. MUÑOZ MACHADO, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, p. 619; DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos concedidos», *Actualidad Administrativa*, núm. 17, 1990, pp. 197 a 213.

⁴⁵ Otro tanto sucede, por ejemplo, con la vigilancia y conservación de los árboles de los jardines públicos. Sus ramas deben poder soportar vientos que aun siendo extraordinarios sean previsibles, de modo que no puedan tenerse como de fuerza mayor los daños causados por ramas derribadas que debían haberse cortado [STS de 3 de noviembre de 1988 (Arz. 8628)].

didadas de seguridad [Dictámenes de 22 de julio de 1982 (núm. 44931) y 30 de junio de 1983 (núm. 45366)].

Por ello, el deber de vigilancia parece cumplir una finalidad tuitiva ligada a la máxima diligencia exigible que alcanza incluso a la producción de daños fortuitos surgidos de «eventos internos, intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste, con causa desconocida». Daños de los que también responde la Administración y a cuya minoración sirve la vigilancia e inspección continuada de los elementos integrantes del servicio [STS de 8 de julio de 1982 (Arz. 5376)].

La vigilancia puede constituir, en tercer y último lugar, un fin en sí misma, esto es, la actividad legalmente exigida. Como es sabido, cada vez son más los sectores de la actividad privada intervenidos por la acción de los poderes públicos. En esta línea, la Administración puede tener asignadas determinadas funciones de vigilancia o supervisión sobre ciertas actividades de contenido económico que constituyen una garantía de la regularidad del tráfico entre particulares. El Decreto 2584/1973, de 19 de octubre (sobre publicidad de las entidades financieras); la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Seguro Privado; la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de Planes y Fondos de Pensiones; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por ejemplo, imponen a las operadores privados determinadas obligaciones documentales e informativas sobre las que se sustenta una actividad administrativa de control preventivo de la legalidad de la actividad intervenida.

Pues bien, parece lógico pensar que si por error o inactividad la Administración consiente el desarrollo por particulares de alguna actividad ilegal y a causa de ésta se producen daños, aquélla debe tener alguna responsabilidad al respecto, aunque el legislador parece querer excluir o limitar dicha responsabilidad. Así, por ejemplo, el citado Decreto 2584/1973 subrayaba que la autorización administrativa de la actividad publicitaria no implicaría «una garantía de la Administración frente a los inversionistas respecto a la rentabilidad, plusvalía, seguridad, liquidez o buen fin de la inversión». El art. 22 de la Ley del Seguro Privado dispone, por su parte, que

«el ejercicio de las facultades de control no constituirá a la Administración del Estado en responsable por las actividades y operaciones de las entidades sujetas a control, salvo que el daño producido sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos de conformidad con lo dispuesto en la legislación general».

Y en cuanto a la autorización de Planes y Fondos de Pensiones, la ley reguladora de este producto financiero puntualiza que su «otorgamiento no podrá ser título que cause la responsabilidad de la Administración del Estado» (art. 11.3). En el mismo sentido la Ley del Mercado de Valores (art. 92 *in fine*) dispone que

«la incorporación a los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los informes de auditoría de cuentas y de los folletos informativos sólo implicará el reconocimiento de que aquéllos contienen toda la información requerida por las normas que fijen su contenido y en ningún caso determinará la responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la falta de veracidad de la información en ellos contenida».

Ahora bien, estas previsiones no constituyen excepción alguna a la cláusula general de responsabilidad contemplada en el artículo 106.2 CE. So pena de incurrir en inconstitucionalidad, no es posible negar que la Administración asume una posición de garante cuando realiza funciones de policía y que si por falta de ejercicio de los poderes de inspección y control propios de esta función se ocasiona un daño el deber de reparar también le alcanzará, sin perjuicio de la eventual vía de regreso contra los demás sujetos responsables⁴⁶. La función de las referidas expresiones legales es bien otra. Tiene que ver con la concreción de los deberes administrativos de cuya omisión pueda resultar el daño. Para que exista éste es necesario, en efecto, que el perjuicio se produzca a causa de la omisión administrativa. O lo que es lo mismo, que de desplegarse la actividad administrativa *debida*, lo que alude al contenido técnico de la actividad de intervención, no hubiera tenido lugar el resultado perjudicial. En este sentido, las referidas previsiones legales no pretenden limitar la responsabilidad, sino delimitar el alcance y contenido de la función de policía o supervisión en cada una de las actividades sujetas a intervención. Delimitación del hacer exigible a partir del cual pueda comprobarse la virtualidad de una omisión y su trascendencia perjudicial o dañosa. Lo que, por cierto, vuelve a poner de manifiesto que en materia de responsabilidad por omisión no son escindibles la culpa y la antijuridicidad del daño. O lo que es lo mismo, que funcionamiento normal y responsabilidad por omisión son ideas conceptualmente contrapuestas.

En contra de lo que acaba de exponerse, la STS de 25 de abril de 1988 (Arz. 3203) dictada sobre el otrora célebre *affaire* Sofico excluyó

⁴⁶ Véase GARCÍA-ALVAREZ, G., «La responsabilidad civil extracontractual de las Administraciones Públicas», en BERMEJO VERA, J. (dr.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 972.

la responsabilidad de la Administración por los perjuicios sufridos por los inversionistas a causa de la suspensión de pagos del referido grupo de empresas. La pretensión indemnizatoria venía fundada en la confianza generada por la publicidad hecha por el grupo Sofico, sujeta a intervención y autorización administrativa conforme al antes citado Decreto 2584/1973. Pues bien, la Sala rechazó la pretensión porque en el caso de autos la publicidad se hizo sin el previo control y autorización administrativos y porque, aun existentes, la responsabilidad administrativa venía excluida por la norma invocada. Ahora bien, sin perjuicio de reconocer que la negligencia de los inversionistas al no comprobar la existencia de autorización administrativa podía constituir causa suficiente para excluir la responsabilidad (por interferir dicha conducta en la relación de causalidad que ha de ser directa y exclusiva), es muy discutible el otro argumento esgrimido por la Sala: la exclusión general de la responsabilidad por imperativo de la norma reglamentaria. El régimen de intervención administrativa sobre este tipo de operaciones financieras implicaba también competencias de vigilancia o inspección e incluso sancionadoras, en cuyo ejercicio podía haberse prohibido una operación desautorizada que no pudo pasar desapercibida para la Administración, habida cuenta de la intensa campaña publicitaria en que se apoyó, incluso desde la televisión (por aquel entonces ente público). Siendo esto así, ¿cómo no admitir la existencia de un funcionamiento anormal del servicio público? Y a tenor de la legislación entonces existente y hoy de la Constitución, ¿cómo rechazar la responsabilidad administrativa por más que una norma reglamentaria la excluya con carácter general? Es más, la jurisprudencia viene aceptando que la falta de ejercicio de las facultades de inspección y sanción puede ser fuente de daños indemnizables [SSTS de 12 de febrero de 1980 (Arz. 707) —no clausura de un vertedero ilegal— y 25 de mayo de 1988 (Arz. 3962) —inejercicio de las facultades de policía frente a infracciones urbanísticas—]. Por ello, el único argumento aceptable, aunque parezca un tanto insuficiente, para excluir la responsabilidad administrativa en el caso Sofico sería la apuntada negligencia de los inversionistas por no comprobar que la operación financiera anunciada carecía de la autorización oportuna.

c) *Sobre la relación de causalidad*

La relación de causalidad entre el daño y la omisión administrativa ha de ser directa, inmediata y exclusiva.

Pero al respecto debe decirse, en primer lugar, que la actividad prestacional es la que con mayor frecuencia se halla entregada a fórmulas de gestión indirecta —concesional normalmente—, lo que in-

introduce entre la titularidad del servicio origen de los daños y la producción de éstos la conducta activa u omisiva de un tercero. Por ello, como señalé en otro lugar, el legislador pone a cargo del concesionario los daños ocasionados por el funcionamiento del servicio (a menos que tengan causa directa en una orden administrativa), aunque la Administración conserva la titularidad formal del mismo en atención a la cual alguna jurisprudencia ha declarado su responsabilidad, por falta de ejercicio de los poderes de dirección y supervisión inherentes a dicha titularidad; o, si se prefiere, por *culpa in vigilando* (vid. *infra* p. 187).

Por otro lado, la intervención o participación de un tercero o de la propia víctima en la producción del evento dañoso no siempre excluye la responsabilidad de la Administración aunque puede ponderarla o disminuirla en función del grado de coparticipación o intervención en la producción del daño. Dice la STS de 17 de febrero de 1989 (Arz. 1185) que

«la nota de “exclusividad”, no obstante, debe ser entendida en sentido relativo y no absoluto, pues si esta nota puede exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal, en los anormales el hecho de la intervención de un tercero o concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación o de atemperar la indemnización a las características concretas del supuesto examinado (Sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1964, 11 de abril de 1986, 10 de febrero de 1989, etc.)».

Cuando sí queda rota por completo la relación de causalidad es en presencia de fuerza mayor, entendida ésta «como aquel suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable» [STS de 8 de julio de 1982 (Arz. 5376)]. A este último respecto, debe señalarse que la fuerza mayor pierde su carácter eximente cuando la fuerza externa e irresistible que podría tenerse por tal concurre con una falta u omisión en el funcionamiento del servicio, de modo que no quepa atribuir a dicha fuerza a ciencia cierta la producción del daño, por existir indicios racionales que manifiesten alguna probabilidad de eludir el daño de haber existido un funcionamiento regular. La muerte de un enfermo o la causación de daños por manifestantes pueden ser resultados ineludibles para la Administración aun cuando disponga todos los medios exigibles para evitarlos, pero a falta de éstos también cabe presumir una relación de causalidad entre la omisión administrativa y el perjuicio [SSTS de 29 de julio y 28 de octubre de 1986 (Arz. 6908 y 6635)], mientras no se acredite que el daño tiene otro origen, como, por ejemplo, la fuerza mayor.

Entre las causas de fuerza mayor debe incluirse la huelga de los empleados públicos. Aunque en relación con servicios concedidos alguna sentencia negó la condición de fuerza mayor a la huelga de empleados [así, STS de 21 de enero de 1983 (Arz. 279)], por regla general viene aceptándose como tal [STS de 30 de junio de 1987 (Arz. 6602)]. Y si exime de responsabilidad al concesionario por falta de prestación del servicio, no vemos por qué razón no habría de constituir causa de exoneración de responsabilidad cuando es la Administración quien presta directamente el servicio y sus empleados los que ejercitan su derecho a la huelga. En este caso, la Administración se ve liberada del deber de prestación regular del servicio y la inactividad no tiene lugar en cuanto tal, como omisión antijurídica, ni los perjuicios pueden, en consecuencia, tenerse por daño a efectos indemnizatorios.

A este respecto, el DCdE de 13 de noviembre de 1986 (núm. 49545), emitido en relación con la reclamación de indemnización por daños ocasionados a causa de una huelga de controladores aéreos, dice que

«ejercitándose la huelga dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico y adoptadas por la Administración las medidas necesarias para el mantenimiento de un servicio esencial..., las consecuencias eventualmente lesivas del ejercicio del derecho de huelga han de ser soportadas por todos, sin que en tal caso haya lugar a la indemnización a cargo de la Administración responsable de ese servicio. El daño patrimonial, aun siendo cierto y estando acreditado..., no puede ser imputado a la Administración sino que debe ser soportado por todos aquellos que resulten afectados. No es daño antijurídico, entendida esta expresión en el sentido en que viene haciéndolo la jurisprudencia, como equivalente a una lesión patrimonial que no deba ser soportada o asumida por los afectados».

Ahora bien, el TC tiene establecido que el interés público que preside la prestación de los servicios públicos prima sobre el derecho a la huelga reconocido en la Constitución, puesto que en nuestro ordenamiento no existen derechos absolutos, sino recíprocamente limitados por la concurrencia e interacción de otros derechos fundamentales (STC 110/1984, de 26 de noviembre). En este sentido, a componer este conflicto viene la profusa normativa sobre servicios mínimos que se inspira en la antedicha superioridad del interés público al servicio («asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», dice el art. 28.2 CE) respecto del derecho de huelga. Pues bien, en los servicios mínimos que se establezcan habrá que buscar el nuevo estándar de actividad administrativa desde el cual habrá de compro-

barse si la no prestación del servicio constituye una omisión o inactividad administrativa que pueda ser fuente de responsabilidad. Y aquí, en la determinación de los servicios mínimos, vuelve a jugar la jurisprudencia un papel fundamental. De un lado, porque los decretos que señalen los servicios mínimos pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y controlados por ésta con carácter preventivo; de otro, porque, aun no impugnada la declaración de servicios mínimos y respetándose éstos, decide el juzgador, ante una pretensión indemnizatoria, que la gravedad del perjuicio causado excede a las exigencias del derecho a la huelga. De donde resultaría que el daño sería imputable a la Administración no por faltar al estándar de actividad exigible resultante de la declaración de servicios mínimos, sino por la insuficiencia de esta declaración, causa última de la antijuridicidad del daño.

d) *Algunos ejemplos sectoriales*

Como se ve, al margen de las generales del instituto de la responsabilidad, no son numerosas ni relevantes las notas o reglas comunes de la inactividad prestacional, hipótesis caracterizada por un acentuado casuismo jurisprudencial. Por eso me parece oportuno, sin ánimo exhaustivo, traer a colación algunos ejemplos de los sectores de la actividad material de la Administración donde con mayor frecuencia se producen daños a causa de su inactividad. En algún caso, por la abundancia de fallos, es incluso posible precisar genéricamente los límites del estándar administrativo exigido por la jurisprudencia. En nota al pie incluyo también, para cada apartado, una reseña de las sentencias o dictámenes más significativos.

— Si hemos de fiarnos del número de asuntos que llegan ante el TS, el *servicio público del agua* (cursos hidrológicos, recolección, tratamiento y distribución) es, con diferencia, el sector que con mayor frecuencia compromete la responsabilidad de las Administraciones públicas. En general, los daños suelen proceder bien del deficiente encauzamiento de los cursos de agua y del mal estado o insuficiencia de las conducciones de distribución y recolección de las aguas que da lugar a fugas e inundaciones, bien de la interrupción del suministro. Los supuestos fácticos son muy variados y no es posible extraer reglas especiales de interés ⁴⁷.

⁴⁷ Véase, por ejemplo:

— STS de 2 de junio de 1981 (Arz. 2501): daños por filtración de aguas de la red pública; recurso a las reglas de la sana crítica.

— El defectuoso estado o mantenimiento de las *vías públicas* es otra importante fuente de responsabilidad administrativa a causa de los accidentes a que da lugar (supuesto, por cierto, no carente de solera doctrinal ⁴⁸). El estándar exigible a tenor de la jurisprudencia dictada en este campo parte de la necesidad de que dichas vías se hallen expeditas para la circulación y desprovistas de baches, piedras, grasa u otros obstáculos que la dificulten, o al menos que estas contingencias se hallen debidamente señalizadas. A falta de señalización que limite la circulación de determinados vehículos, el firme de la calzada (no así el de los arcenes o cunetas) debe soportar su peso. Y la relación de causalidad, por último, puede romperse por la conducta de la

— STS de 30 de noviembre de 1981 (Arz. 4200): daños por inundación a causa de desbordamiento de un cauce y mal estado de desagües; inexistencia de fuerza mayor.

— STS de 8 de julio de 1982 (Arz. 5376): daños por inundación a causa de rotura de la red de distribución; inexistencia de fuerza mayor; caso fortuito; la indemnización alcanza al daño emergente y al lucro cesante.

— STS de 20 de septiembre de 1982 (Arz. 4881): daños por irregularidades en la conducción y suministro de agua ...; culpa *in vigilando*.

— STS de 25 de septiembre de 1984 (Arz. 4685): daños por filtración de aguas de la red pública.

— STS de 11 de abril de 1986 (Arz. 2633): daños por inundación a causa de insuficiencia de un colector; concurrencia de causas.

— STS de 23 de mayo de 1986 (Arz. 4455): daños por inundación a causa de obstrucción de un colector.

— STS de 29 de mayo de 1987 (Arz. 5899): daños por inundación a causa de la no apertura de compuertas en un río.

— STS de 7 de marzo de 1988 (Arz. 1787): daños por inundación a causa de rotura de tuberías y bocas de riesgo y por la falta de restablecimiento del servicio.

— STS de 28 de febrero de 1989 (Arz. 1373): daños por inundación a causa de ruptura de colector inadecuado o defectuoso; inexistencia de fuerza mayor.

— STS de 17 de mayo de 1989 (Arz. 3937): daños por filtraciones a causa de la falta de adopción de medidas necesarias que hubieron de ser tomadas por el afectado.

— STS de 7 de julio de 1989 (Arz. 5590): daños por falta de ejercicio de las potestades de policía de aguas.

— STS de 23 de marzo de 1990 (Arz. 2218): daños por filtración de agua de acequia; relación de causalidad.

— STS de 23 de octubre de 1990 (Arz. 8260): daños por filtración de aguas de la red pública; culpa *in vigilando* del titular; recurso a las reglas de la sana crítica.

— STS de 12 de febrero de 1991 (Arz. 942): daños por inundación a causa de rotura de una boca de riego; culpa *in vigilando*; desatención a las denuncias sobre la producción del siniestro.

— STS de 27 de septiembre de 1991 (Arz. 8038): daños por inundación a causa de desbordamiento de un cauce en mal estado; culpa *in vigilando*.

— STS de 7 de octubre de 1991 (Arz. 7851): daño por filtración de aguas de la red pública.

— STS de 22 de enero de 1993 (Arz. 459): daños por inundación a causa de deficiente pavimentación de la calzada e insuficiencia del sistema de evacuación.

— STS de 17 de marzo de 1993 (Arz. 2037): daños por inundación a causa de obstrucción de un torrente; culpa *in vigilando*.

— DCdE de 22 de diciembre de 1983 (núm. 45929): daños por inundación a causa de encañamiento de una alcantarilla; deber de mantener limpia la red colectora de aguas.

— DCdE de 12 de noviembre de 1987 (núm. 50889): daños por desbordamiento de un curso de agua; continuada falta de conservación de los márgenes del cauce.

⁴⁸ Véase DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, cit., pp. 372-373.

víctima (excesiva velocidad del vehículo o conducción inadecuada a las circunstancias específicas de cada vía) o fuerza mayor en la que deben incluirse los eventos imprevisibles, extraordinarios e inevitables. Ante este último tipo de eventos, el transcurso del tiempo parece jugar, sin embargo, un papel importante en contra de la Administración. Así, lo que inicialmente puede constituir una fuerza mayor —un árbol derribado por un rayo que cae sobre la carretera—, puede devenir título de imputación de la responsabilidad administrativa por la inactividad de ésta —deber de examinar el estado de la vía y reacondicionarla o, al menos, de señalizarla— por el transcurso del tiempo razonable para eliminar la situación de riesgo. Y viceversa, queda rota la relación de causalidad y no pueden imputarse a la Administración los daños por eventos cuya producción no ha tenido posibilidad material de evitar —el derrapaje de un vehículo a causa de una mancha de aceite que deja un camión que le precede—⁴⁹.

⁴⁹ Véase, por ejemplo:

- STS de 12 de julio de 1960 (Arz. 2734): accidente por mal estado de la calzada (baches).
- STS de 13 de febrero de 1965 (Arz. 554): accidente por mal estado de la calzada (baches).
- STS de 9 de mayo de 1967 (Arz. 2266): accidente por falta de señalización de un puente.
- STS de 25 de noviembre de 1967 (Arz. 4317): accidente por falta de señalización.
- STS de 10 de octubre de 1972, Sala Civil (Arz. 3941): accidente por mal estado de la calzada (bache).
- STS de 28 de enero de 1972 (Arz. 351): las carreteras no deben tener baches peligrosos o al menos deben estar señalizados.
- STS de 8 de febrero de 1973 (Arz. 622): las carreteras no deben tener baches peligrosos o al menos deben estar señalizados (véase referencia de ella en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Responsabilidad patrimonial de la Diputación por accidente causado por mal estado de una carretera provincial», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1, abril-junio 1974, pp. 124 a 125).
- STS de 16 de noviembre de 1974 (Arz. 4636): accidente por mal estado de la calzada (socavón).
- STS de 3 de marzo de 1977 (Arz. 868): accidente por mal estado de la calzada (mancha de alquitrán líquido).
- STS de 17 de noviembre de 1977 (Arz. 4122): árbol derribado en la calzada a consecuencia de un huracán del día anterior.
- STS de 10 de marzo de 1978 (Arz. 1031): accidente a causa de la confusa señalización y balizamiento de la calzada.
- STS de 9 de mayo de 1978 (Arz. 1996): accidente por hundimiento del firme.
- STS de 2 de abril de 1979 (Arz. 1938): accidente por mal estado de la calzada (tapa de alcantarilla sobresaliente).
- STS de 12 de noviembre de 1981 (Arz. 4173): accidente por hundimiento de arcén prohibido al tráfico; inexistencia de responsabilidad.
- STS de 30 de septiembre de 1982 (Arz. 5531): accidente en tramo peligroso sin la señalización debida.
- STS de 15 de mayo de 1984 (Arz. 2890): accidente por mal estado de la calzada (baches) existiendo señalización; la relación de causalidad queda rota por la excesiva velocidad del vehículo.
- STS de 8 de octubre de 1986 (Arz. 5663): accidente por mal estado de la calzada (grasa); inexistencia de culpa *in vigilando*; exoneración de la Administración por mediar un funcionamiento normal y ser materialmente imposible el evitar o prever dicha contingencia.
- STS de 11 de febrero de 1987 (Arz. 535): accidente por mal estado de la calzada (grasa); inexistencia de culpa *in vigilando*; exoneración de la Administración por mediar un funcionamiento normal y ser materialmente imposible el evitar o prever dicha contingencia.

— De acuerdo con la jurisprudencia de responsabilidad, los *establecimientos públicos* (prisiones, hospitales, colegios, piscinas) han de contar con instalaciones en buen estado de uso, de manera que éste no constituya un riesgo para la integridad física de los usuarios. Parece también posible afirmar que la integridad física de los internos debe garantizarse frente a eventuales ataques de otros internos —en el caso de las prisiones, por ejemplo— o incluso de la propia víctima, pero en este caso sólo cuando no se halle en pleno uso de sus facultades mentales —un deficiente mental— o padezca algún otro estado anímico o enfermedad mental conocido o susceptible de serlo por la Administración ⁵⁰.

— STS de 7 de octubre de 1989 (Arz. 7331): accidente por mal estado de vía pública abierta al tránsito y sin señalizar.

— STS de 25 de octubre de 1989 (Arz. 7423): accidente por mal estado de la calzada y falta de señalización.

— STS de 17 de noviembre de 1990 (Arz. 9172): accidente por mal estado de la calzada; la indemnización alcanza tanto al daño emergente como al lucro cesante.

— STS de 20 de noviembre de 1990 (Arz. 9174): accidente por mal estado de la calzada y falta de señalización.

— DCdE de 22 de abril de 1982 (núm. 44139): daños por desprendimiento de talud sobre la calzada; la mera señalización del riesgo no excluye la responsabilidad.

— DCdE de 22 de julio de 1982 (núm. 44391): daños por desprendimiento de talud sobre la calzada.

— DCdE de 25 de febrero de 1988 (núm. 51550): daños por desprendimiento de talud sobre la calzada; la mera señalización del riesgo no excluye la responsabilidad.

— DCdE de 21 de julio de 1988 (núm. 51962): daños por desprendimiento de talud sobre la calzada.

— DCdE de 27 de julio de 1989 (núm. 53623): accidente por mal estado de la calzada (salto brusco del asfaltado).

— DCdE de 3 de diciembre de 1981 (núm. 43881): accidente por mal estado de la calzada (obras); no hay suficiente seguridad vial cuando el usuario sigue las precauciones indicadas y ello no sirve de nada.

— DCdE de 20 de febrero de 1986 (núm. 48821): accidente por mal estado de la calzada (grava y aceite) y falta de señalización.

— DCdE de 8 de mayo de 1986 (núm. 48850): accidente por mal estado de la calzada (filtraciones de agua bajo el firme) y falta de señalización.

— DCdE de 25 de febrero de 1988 (núm. 51663): daños por presencia de animales en autopista; caso fortuito (*sic*) que exime a la Administración de responsabilidad [véanse también los Dictámenes de 8 de mayo de 1986 (núm. 41159), 29 de julio de 1986 (núm. 41414) y 26 de febrero de 1987 (núm. 50224)]. Es impropia la alusión a la idea de caso fortuito (que se refiere a eventos indeterminados, pero internos, del servicio) que no exime de responsabilidad, cuando la incursión de animales, según estos dictámenes, se considera un evento externo o extraño al servicio e inevitable o irresistible, características de la fuerza mayor que sí constituye causa de exención de la responsabilidad administrativa.

⁵⁰ Véase, por ejemplo:

— STS de 4 de julio de 1979 (Arz. 3047): lesiones de enfermo psiquiátrico; culpa *in vigilando*.

— STS de 12 de marzo de 1984 (Arz. 2508): muerte de recluso por accidente a causa del mal estado de una peladora eléctrica; deber de garantizar la seguridad e integridad física de los reclusos.

— STS de 15 de julio de 1988 (Arz. 5896): muerte de recluso a manos de otros reos; deber de garantizar la seguridad e integridad física de los reclusos.

— STS de 22 de julio de 1988 (Arz. 6095): muerte de recluso a manos de otros reos; deber de garantizar la seguridad e integridad física de los reclusos.

—La producción, transporte y distribución de *energía* (electricidad, gas) exige, por los graves riesgos que entraña esta actividad, una especial atención al tendido de las instalaciones y una vigilancia y control continuados del estado de mantenimiento de las mismas, tanto da que sean públicas como privadas. No por venir ocasionados los daños por una instalación privada queda libre la Administración de su responsabilidad si se acredita el deficiente funcionamiento de los servicios de inspección. Tampoco queda exenta de responsabilidad cuando a la producción del siniestro concurre la conducta de la víctima o de un tercero, si dicha conducta estuviera dentro de lo previsible o el riesgo no estuviera debidamente señalado y aislado o ubicado fuera del alcance normal de las personas —cuando se deja un cable de alta tensión por el suelo, por ejemplo—⁵¹.

— Algunas actividades de la Administración con respecto al *transporte* son también, junto a la que se infiera del estado de las carreteras, causa de responsabilidad por omisión. Por la diversidad de los supuestos, no es posible aquí trazar un patrón o estándar de actividad a partir del cual pueda comprobarse genéricamente la inactividad administrativa. Los siniestros debidos a la inactividad pueden tener lugar tanto en relación con la navegación [el caso más célebre seguramente es el del buque *Urquiola* que se fue a pique a causa de una aguja marítima no señalada en las cartas de navegación —SSTS de 18 de julio

— STS de 21 de noviembre de 1988 (Arz. 9015): muerte de reclusos a causa de fuego provocado por ellos mismos; relación de causalidad quebrada por la conducta de la víctima.

— STS de 13 de marzo de 1989 (Arz. 1986): muerte de recluso a manos de otros reos; deber de garantizar la seguridad e integridad física de los reclusos.

— STS de 4 de enero de 1991 (Arz. 500): muerte de recluso a manos de otros reos; deber de garantizar la seguridad e integridad física de los reclusos.

— STS de 15 de julio de 1991 (Arz. 6167): muerte de enfermo psiquiátrico por autolesión; culpa *in vigilando*.

— STS de 4 de junio de 1992 (Arz. 4928): muerte de disminuido físico en una piscina; concurrencia de causas: insuficiente número de bañeros y negligencia del padre de la víctima.

— DCdE de 15 de diciembre de 1988 (núm. 52693): daños por caída en centro hospitalario; deber de mantener unas instalaciones sanitarias adecuadas.

— DCdE de 15 de noviembre de 1990 (núm. 54725): muerte de recluso en centro penitenciario; deber de mantener a los presos en condiciones de dignidad y seguridad.

⁵¹ Véase, por ejemplo:

— STS de 23 de octubre de 1975, Sala Civil (Arz. 3740): electrocución por una farola en mal estado.

— STS de 4 de diciembre de 1980 (Arz. 4962): muerte de menor por electrocución al usar grifo público de agua potable.

— STS de 7 de diciembre de 1981 (Arz. 5370): descarga eléctrica de una farola de alumbrado público.

— STS de 23 de mayo de 1984 (Arz. 4600): intoxicación por pérdida en la conducción del gas; culpa *in vigilando* en concurrencia con otras causas.

— STS de 15 de abril de 1988 (Arz. 3072): muerte por descarga eléctrica de cables desnudos de alta tensión.

— STS de 25 de enero de 1992 (Arz. 1343): daños por explosión de gas en la cocina de un restaurante; culpa *in vigilando*.

de 1983 (Arz. 4065) y 6 de marzo de 1985 (Arz. 2807)—], como con las operaciones de aproximación, entrada y salida de puertos y aeropuertos y de embarque y desembarque de pasaje o mercancías que competan a la Administración⁵², habida cuenta del carácter público de los entes que gestionan los ferrocarriles, puertos y aeropuertos⁵³.

— Son los daños *médicos*, si cabe, los que por la probabilidad e inevitabilidad del fracaso y la incertidumbre en que puede moverse la decisión sobre la actividad a desarrollar ante una situación dada, mayor dificultad ofrecen a la hora de determinar, *ex post*, una posible omisión o funcionamiento deficiente del servicio sanitario. En este sentido, la omisión parece circunscribirse a la falta de disposición de los medios técnicos y humanos razonablemente exigibles según la categoría del centro de que se trate —por ejemplo, la ausencia de facultativos en el servicio de urgencias de un centro hospitalario—; dicha razonabilidad es de carácter técnico, esto es, obedece a las reglamentaciones específicas existentes para cada categoría de centro y ha de complementarse con el juego de la *lex artis* —por ejemplo, para decidir o no el traslado del enfermo a un centro con los recursos idóneos—. A partir de la presencia de los medios exigibles, la eventual producción de un resultado lesivo que pueda tenerse por daño no obedecerá ya la inactividad administrativa sino al error en que, por acción u omisión, puedan incurrir los facultativos, donde de nuevo entran en juego las *regulae artis* de la Medicina [así, deben indemnizarse las operaciones quirúrgicas defectuosas —STS de 7 de febrero de 1973 (Arz. 407)—]⁵⁴.

— En fin, con simple afán descriptivo reseño en nota al pie algunos ejemplos más de responsabilidad por inactividad administrativa en

⁵² En este último caso, para el transporte aéreo, han de tenerse presente las limitaciones de responsabilidad que establece la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960.

⁵³ Véase, por ejemplo:

— STS de 2 de febrero de 1982 (Arz. 536): daños por falta de desestiba de un buque en día festivo.

— STS de 12 de mayo de 1982 (Arz. 3326): daños por deficiente estado del firme del área de estacionamiento de aeronaves de un aeropuerto.

— STS de 14 de marzo de 1987 (Arz. 1941): daños por falta de limpieza de las naves-depósito de mercancías de un puerto.

⁵⁴ Véase, por ejemplo:

— STS de 29 de julio de 1986 (Arz. 6908): falta de servicios médicos de urgencia adecuados.

— STS de 22 de noviembre de 1992 (Arz. 8844): falta de advertencia de las contraindicaciones de un medicamento (éste es más un supuesto de error médico que de inactividad, aunque la sentencia hable de omisión).

— DCdE de 28 de enero de 1982 (núm. 43662): daños por tratamiento médico inadecuado; sólo es exigible a la Administración que actúe de acuerdo con los *standards* médicos alcanzados en cada momento.

— DCdE de 18 de febrero de 1988 (núm. 51132): daños por tratamiento médico inadecuado: falta de *diligentia artis*.

relación con la prestación de servicios públicos de contenido material⁵⁵.

C) *Inactividad en la ejecución de sentencias*

Tratamiento aparte debe darse, por último, al problema de la inactividad material en relación con la falta de cumplimiento de las sentencias condenatorias de dar o hacer dictadas contra la Administración.

Frente a la inactividad de la Administración, la garantía de la legalidad depende de la posibilidad de dictar sentencias condenatorias que declaren o establezcan una obligación o deber legal de hacer, ya sea de actividad o medios, ya de objetivos o resultado. Puede considerarse válida la afirmación de que, desde 1956, nuestro ordenamiento admite las sentencias de condena contra la Administración, aunque debido al peso del tradicional principio de separación de poderes se haya hecho un uso muy restringido de esa facultad judicial de sustitución. En cualquier caso, las sentencias condenatorias son hoy una realidad habitual en materia de responsabilidad, precisamente, expropiación, sanciones o tributos (en este último caso, expresamente contemplada incluso respecto de la actividad reglamentaria —art. 85 LJ—)⁵⁶, como no podía

⁵⁵ Véase, por ejemplo:

— STS de 18 de abril de 1977, Sala Civil (Arz. 1657): daños por caída en un pozo de terrenos públicos carente de toda señalización o alumbrado.

— STS de 27 de octubre de 1982, Sala Civil (Arz. 5577): deterioro de cosecha de tomates con ocasión de una explanación por no adoptar las medidas de precaución demandadas por la víctima.

— STS de 25 de septiembre de 1984 (Arz. 4685): deficiente estado de colector de aguas fecales.

— STS de 25 de mayo de 1988 (Arz. 3962): daños a causa de vertedero incontrolado; falta de ejercicio de potestades de policía sanitaria.

— STS de 5 de junio de 1990 (Arz. 5373): daños por falta total de alumbrado o señalización de un dique o muro en su parte final.

— STS de 27 de octubre de 1990 (Arz. 8390): daños por desprendimiento de peñascal; omisión del deber de conservación de los bienes en buen estado.

— STS de 1 de julio de 1991 (Arz. 5968): daños por desprendimiento de peñascal; omisión del deber de conservación de los bienes en buen estado.

Algunas sentencias, como se ve, proceden de la jurisdicción civil. Ello es debido a que algunos servicios se gestionan de modo indirecto, a través de particular concesionario, lo que planteaba un problema de dualidad jurisdiccional hoy resuelto por la LRJPAC.

⁵⁶ Véase NIETO, A., «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», cit., pp. 48 a 52.

Bastante menos frecuentes son las sentencias condenatorias de *hacer*, aunque tampoco faltan ejemplos jurisprudenciales tanto frente a situaciones de inactividad formal [SSTS de 6 de marzo de 1978 (Arz. 752) —dictar medidas reglamentarias—, 25 de mayo de 1982 (Arz. 4132) —orden de apertura de expediente sancionador—, 9 de junio de 1988 (Arz. 4558) —orden de convocar un pleno municipal—, 30 de septiembre de 1992 (Arz. 7372) —incluir crédito en un presupuesto municipal—], como de inactividad material [SSTS de 5 de julio de 1976 (Arz. 4519) —intervenir ante ruidos molestos o superiores a lo normal—, 25 de junio y 20 de diciembre de 1977 (Arz. 3415 y 4981) —demoler una construcción ilegal—, 1 de junio de 1979 (Arz. 2617) —im-

ser de otra forma de acuerdo con las cláusulas constitucionales de tutela judicial efectiva y control de la legalidad administrativa (arts. 24 y 106 CE). Es posible admitir, pues, la sustitución judicial declarativa (esto es, al dictar sentencia) como técnica de control y garantía de la legalidad de la actividad administrativa, con independencia de su alcance, las cautelas, límites sustantivos y condiciones a que deba someterse su ejercicio para que la función jurisdiccional no usurpe los ámbitos propios de la función administrativa.

Con todo, la sustitución judicial en fase declarativa, al momento de dictar sentencia, no pone fin a toda clase de inactividad. Sustituir con una declaración judicial la actividad administrativa omitida, lo que no siempre es posible, puede servir para acabar con la inactividad formal, pues la sentencia gozaría de la misma ejecutividad y ejecutoriedad que habría de tener el acto omitido. Pero incluso una sentencia sustitutiva del acto omitido sirve de poco cuando el cumplimiento y la efectividad de la declaración jurídica que contiene requiere una actividad material o física de la Administración y persiste la inactividad de ésta. Ni que decir tiene que la situación es aún más complicada cuando el órgano judicial no puede suplir por sentencia la omisión administrativa a causa del carácter personalísimo de la actividad debida, ya se trate de un acto administrativo (los de contenido discrecional, básicamente), ya de una prestación material (que, por su carácter discrecional, dificultad técnica, naturaleza u otra razón, sólo la Administración esté en disposición de desarrollar). Ante situaciones de esta clase el juzgador habrá de limitarse a condenar a la Administración a que actúe.

Pero a pesar de existir un deber constitucional de respeto y cumplimiento de las resoluciones judiciales (art. 118 CE), no es infrecuente que la Administración no se aquiete al contenido de las sentencias y se mantenga pasiva en orden al cumplimiento de lo resuelto, siendo preciso entonces acudir a la ejecución forzosa. Tradicionalmente, el principio de separación de poderes venía justificando la retención de la ejecución de Sentencias entre los cometidos propios de la función administrativa. Sin embargo, tras la Constitución de 1978, «hacer ejecutar lo juzgado» es cometido propio de la función jurisdiccional que corresponde a jueces y tribunales (art. 117.3 CE), lo que además constituye una condición ineludible para la efectividad de la tutela judicial y del control plenario de la actividad administrativa (arts. 24 y 106.1 CE).

plantar un ramal de alcantarillado—, 14 de abril de 1983, 22 de diciembre de 1984 y 9 de mayo de 1985 (Arz. 2088, 6723 y 2903) —derecho a la prestación de un servicio público—, 9 de mayo de 1986 (Arz. 4396) —obras de acondicionamiento del medio urbano para facilitar el acceso de minusválidos—, 25 de abril de 1989 (Arz. 3233) —instalar una depuradora de aguas residuales—, 31 de enero de 1991 (Arz. 1478) —incluir en un presupuesto municipal la subvención necesaria para el mantenimiento de un centro hospitalario—].

Pues bien, no pretendo ahora abordar la compleja problemática de la ejecución de sentencias contra la Administración⁵⁷, sino llamar la atención sobre cómo la inactividad administrativa en relación con el incumplimiento de los fallos judiciales puede ser fuente de responsabilidad. Y es que, en efecto, cuando la ejecución de la sentencia no puede llevarse a efecto en sus propios términos, *in natura*, cabe una ejecución sustitutoria de carácter indemnizatorio. El artículo 18.2 LOPJ establece, en efecto, que

«las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización».

Este precepto tiene un marcado carácter subjetivo en tanto que, guardando coherencia con el artículo 84 LJ, que restringe las sentencias indemnizatorias o de condena al reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, se refiere únicamente a la expropiación de *derechos* reconocidos por sentencias, desconociendo que a la luz del nuevo marco constitucional éstas (a través, por ejemplo, del ejercicio de acciones públicas) también pueden condenar a la Administración a un hacer deducido de deberes objetivos sin relación directa con situaciones subjetivas de interés. Cabe preguntarse, por tanto, si en este último caso es aplicable dicho precepto, pues, no existiendo una situa-

⁵⁷ Véanse los trabajos del monográfico de *Documentación Administrativa*, núm. 209, enero-abril 1987, «La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración», y también, entre otros, CANO MATA, A., «Ejecución judicial de las resoluciones contencioso-administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 70, enero-abril 1973, pp. 27 y ss.; íd., «Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la Administración como manifestación del principio de tutela judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 103, enero-abril 1984, pp. 17 y ss.; GONZÁLEZ MARIÑAS, P., *La inejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1975; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 84, septiembre-diciembre 1977, pp. 263 y ss.; FONT I LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, Civitas, Madrid, 1985; BORRAJO INIESTA, I., «Las facultades de los tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 53, enero-marzo 1987, pp. 69 a 98; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1992, y la tesis doctoral de BELTRÁN DE FELIPE, M., *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

ción jurídica individualizada, ¿qué derecho habría de expropiarse? No está claro, en consecuencia, que pueda expropiarse el cumplimiento de la sentencia cuando ésta condena a un deber de hacer de carácter objetivo, establecido en interés de la colectividad. Y aunque esto fuera posible, todavía aparecen dos obstáculos más, cuales son, de un lado, la dificultad para precisar la cuantía indemnizatoria de estos «daños difusos» y, de otro, la dificultad para determinar el beneficiario de la indemnización. Lo que acaba de decirse para la expropiación del cumplimiento vale también para la ejecución forzosa de carácter indemnizatorio que pudiera acordar el juez subsidiariamente ante la imposibilidad de un cumplimiento *in natura*.

La solución contenida en el artículo 18.2 LOPJ sí es viable, en cambio, respecto de situaciones jurídicas subjetivas; esto es, cuando se tiene un auténtico derecho, reconocido por sentencia firme, al hacer de la Administración. La Administración puede optar por cumplir, desarrollando la actividad necesaria, o por expropiar, siempre que acredite la existencia de una causa de utilidad pública o interés social declarada por decreto del Gobierno. Pero si permanece inactiva, desoyendo por lo demás el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales (art. 17.2 LOPJ)⁵⁸, el juez ha de intentar la ejecución forzosa de la sentencia en sus propios términos adoptando las medidas que considere oportunas. Entre éstas cabe admitir, además de las de carácter compulsorio sobre los titulares de los órganos administrativos (la intimación bajo amenaza de responsabilidad penal o disciplinaria), la sustitución judicial ejecutiva siempre que la conducta debida sea fungible. Esto es, siempre que la actividad debida por su contenido, dificultad técnica, naturaleza exclusiva, discrecionalidad u otra razón no tenga un carácter personalísimo de modo que sólo puede llevarse a efecto por la Administración. Si así fuera, ante la inactividad administrativa deviene imposible el cumplimiento *in natura* y entra en juego el instituto de la responsabilidad mediante el reconocimiento judicial del derecho a la oportuna indemnización. En cambio, cuando la actividad debida es fungible, no personalísima, antes cabe la sustitución judicial en ejecución forzosa, acordando, por ejemplo, el cumplimiento por el propio interesado o por tercero, pero a costa de la Administración.

⁵⁸ Este precepto dice así:

«Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, *en su caso*, cumplirán las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes.» La expresión subrayada («en su caso») además de dar un alcance diferente al deber de respeto (que alcanza a todos los sujetos) que al de cumplimiento (limitado a los sujetos afectados por la resolución) hace referencia, precisamente, a la facultad administrativa de eludir el cumplimiento mediante la expropiación.

Con todo, aun reconocido un derecho de crédito indemnizatorio (sea directamente, sea en reintegro de los gastos de cumplimiento por tercero), la pasividad de la Administración puede extenderse al pago, lo que nos lleva al problema de los intereses de demora y a la polémica cuestión de la embargabilidad de los fondos públicos, asuntos que aquí sólo pueden dejarse apuntados ⁵⁹.

⁵⁹ Véase CANO MATA, A., «Ejecución judicial de sentencias contencioso-administrativas. El embargo a la Administración como manifestación del principio de tutela judicial», cit.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, octubre-diciembre 1986, pp. 485 a 508; FERNÁNDEZ FONTECHA, M., «La inembargabilidad de los fondos públicos. Análisis del alcance y límites de los artículos 44 de la LGP y 18 de la LPE», en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 545.