

# EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 1950 A HOY

Por  
FERNANDO GARRIDO FALLA

**SUMARIO:** I. LOS COMIENZOS.—II. EL RENACIMIENTO.—III. LA REFORMA.—IV. LA CONTRAREFORMA.—V. LA SITUACIÓN ACTUAL: 1. *Las novedades: incorporación de principios orientadores.* 2. *La regulación del silencio administrativo y la obligación de resolver.* 3. *Especial referencia a la certificación del acto presunto.* 4. *La revisión de los actos administrativos.* 5. *La responsabilidad patrimonial del Estado:* A) Evolución del Derecho español. B) Un repaso a la jurisprudencia. C) La reacción crítica. D) La ocasión desaprovechada. E) Un acierto evidente: la unidad jurisdiccional.

## I. LOS COMIENZOS

1) No se ha puesto suficientemente de relieve la peculiaridad que significa, desde el punto de vista del Derecho comparado, la circunstancia de que entre nosotros el procedimiento administrativo sea una materia legalmente regulada desde hace más de un siglo. En un trabajo publicado en la «Revue Internationale des Sciences Administratives» en 1956 (es decir, dos años antes de que se promulgase nuestra Ley de 1958), G. LANGROD realizó un estudio comparativo de las diferentes soluciones legislativas que se han dado a este problema y distingue tres grupos de países: 1.º Países sin Derecho administrativo procedimental, el prototipo de los cuales está representado por Francia, donde la noción de acto administrativo «ha llegado a absorber y a nublar todo el proceso de su creación progresiva, todas esas operaciones preparatorias que deben precederle fatalmente para que tome cuerpo». 2.º Países que han adoptado soluciones intermedias, entre los que se encuentra Inglaterra (con su sistema de *administrative justice* en manos de Tribunales administrativos) y ciertos países continentales como España, Portugal, Suecia e Italia. 3.º Países donde existe un Derecho administrativo procedimental, a la cabeza de los cuales se encuentra Austria, cuya Ley de Procedimiento Administrativo de 22 de octubre de 1925 (que incluye tanto el procedimiento administrativo general como el de ejecución y el disciplinario) influyó en su tiempo decididamente en los países vecinos,

como Checoslovaquia (Reglamento de 13 de enero de 1928 y Reglamento de 22 de marzo de 1955), Polonia (Reglamento de 22 de marzo de 1928 y nueva Ley de 14 de junio de 1960) y Yugoslavia (Ley de 9 de noviembre de 1930). Asimismo, debe incluirse en este grupo (por lo demás, hoy obsoleto) el caso de Norteamérica después de la *Federal Administrative Procedure Act* de 1 de junio de 1946.

Es discutible la opinión de LANGROD al no incluir a España en el tercero de los grupos citados. Desde la Ley de 19 de octubre de 1889 (y adviértase la primacía cronológica respecto a las demás fechas que antes hemos citado) están promulgadas en España las bases del procedimiento administrativo. Para su desarrollo se han dictado numerosos Reglamentos, aplicables en particular a los diversos Departamentos ministeriales, que, en su conjunto, constituyeron un auténtico Derecho codificado.

Nótese, en cualquier caso, que la legislación sobre procedimiento administrativo implica un doble intento: de una parte, racionalizar la actuación administrativa, estableciendo las reglas (instrucciones) a las que deben ajustarse los funcionarios públicos para despachar y tramitar los expedientes que, de oficio o a petición de particular, preparan o ejecutan las resoluciones de las autoridades administrativas; de otra, el procedimiento constituye una garantía para los administrados.

El primer objetivo, el racionalizador, es fácil de entender porque responde a elementales principios de organización administrativa. Toda gran organización, pública o privada, debe tener sus propias reglas de funcionamiento si quiere actuar con eficacia.

El segundo, en cambio, es el producto de una sucesiva etapa en la construcción del Estado de Derecho. Fue la doctrina italiana la pionera en el estudio de una *teoria giuridica dell'organizzazione amministrativa* (por todos, la obra de A. DE VALLÉS), en la que, por cierto, bebimos los españoles: yo mismo (en *Administración indirecta del Estado y Descentralización funcional*, 1950) y GARCÍA-TREVIANO, en sus *Principios Jurídicos de la Organización Judicial* (1957). Las consecuencias jurídicas son radicales: en adelante ya no es jurídicamente indiferente que un acto administrativo sea dictado por uno u otro órgano administrativo (principio de la competencia), o que el expediente se resuelva con audiencia o sin ella del interesado, o prescindiendo del informe de un determinado organismo técnico o jurídico. Ahora, el olvido de estos trámites vicia el acto administrativo final, que, por ende, se convierte en anulable o incluso en nulo de pleno Derecho.

2) Quienes entramos al servicio de la Administración Pública antes del año 1950 consultamos la vieja Ley de 1889, promulgada para una España que aún conservaba restos de su Imperio colonial, y advertíamos su carácter obsoleto al leer, por ejemplo, los plazos para pedir informe a organismos extrapeninsulares: cuatro meses si se solicitaban de las Antillas y ocho para las Islas Filipinas (base 5.<sup>a</sup>). Plazos que se descontarán del plazo máximo de un año que se fijaba para la resolución de cualquier expediente administrativo (base 8.<sup>a</sup>). Claro está que en el artículo 1.º de la Ley se establecía que «en el término de seis meses desde el día en que se promulgue esta Ley en la *Gaceta* cada Ministerio hará y publicará un Reglamento de procedimiento administrativo para todas las dependencias centrales, provinciales y locales del mismo o uno por cada dependencia o grupo de ellas, si por razón de la diversa índole de su función, fuera más conveniente». Algunos Ministerios se apresuraron a cumplir puntualmente con dicha obligación (así, el Ministerio de Estado —después de Asuntos Exteriores—, que lo elaboró para ser aprobado por RD de 17 abril 1890), mientras que otros entendieron que se trataba de un plazo indefinidamente abierto, lo que permitió que a mediados de siglo hubiese en vigor toda una reglamentación del procedimiento administrativo, fraccionada por Ministerios, pero más ajustada a las exigencias de su tiempo. Como modelo «interministerial» se solía acudir al aprobado para el Ministerio de la Gobernación por Decreto de 31 de enero de 1947 (publicado en el «BO» de 23 mayo).

En la década de los cuarenta las compilaciones legislativas más utilizadas *prêt à porter* (las que los abogados llevaban a las vistas ante los Tribunales y, por supuesto, la que el Profesor OSSORIO llevaba a clase para explicarnos, con su meridiana claridad, el Derecho civil) eran las de MEDINA y MARAÑÓN. Pienso, pues, que puede resultar ilustrativo recordar aquí los comentarios que, en sus notas a pie de página, ponían los recopiladores de las *Leyes administrativas* a la Ley de 1889: «*Existe, indudablemente, un Derecho administrativo procesal contencioso o regulador del procedimiento cuando existen reclamaciones (sin que esto quiera decir que ese procedimiento tenga, en sentido estricto, carácter jurisdiccional) y otro Derecho administrativo procesal no contencioso, que es aquel a que se acomoda la tramitación de los expedientes administrativos que se instruyen de oficio o como consecuencia de una petición. Las bases del procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889, establecen, aun cuando con notoria parquedad, las que son aplicables a estas dos manifestaciones del Derecho procesal administrativo ... Empleamos la expresión procedimiento administrativo en sentido gené-*

*rico, para designar, con el criterio práctico impuesto por las finalidades a que se ha de acomodar una compilación, el conjunto de disposiciones adjetivas que regulan, dentro de la esfera administrativa, aquellas a que se ajusta la Administración pública para ventilar las reclamaciones que se formulen contra sus decisiones; y nos servimos de la expresión procedimiento gubernativo para designar, de manera específica, dentro de los procedimientos administrativos, los que constituyen la vía gubernativa en la que se tramitan y resuelven las reclamaciones relativas a los derechos administrativos...»*

Pienso que el párrafo transcrito es suficientemente significativo en cuanto revela la situación de nuestra doctrina, todavía tributaria de viejos conceptos que recuerdan los orígenes de nuestro contencioso-administrativo y sus sucesivas fases: la distinción entre lo gubernativo y lo contencioso dentro de los propios órganos consultivos de la Administración, la Justicia administrativa delegada en tales órganos consultivos y, en fin, el contencioso-administrativo judicial. Etapas ya recorridas cuando lo anterior se escribe, pues en la propia compilación de MEDINA y MARAÑÓN se recoge la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1894, el Reglamento de Procedimiento del Ministerio de la Gobernación de 1947, cuyo Título 111 se dedicaba a regular minuciosamente los *recursos en vía administrativa* (de reposición o reforma, de alzada, los escritos de queja y el procedimiento de revisión: artículos 150 a 185), e incluso el progresista Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de Trabajo (Decreto de 2 abril 1954), en cuyo artículo 28 se regulaba el silencio administrativo con efectos positivos.

## II. EL RENACIMIENTO

1) Esta era la situación legal a mediados de siglo, y resulta lícito preguntarse si los tiempos que entonces corrían eran los más propicios para que una reforma de nuestro procedimiento administrativo, sobre todo desde la perspectiva de un aumento de la garantía de los derechos de los particulares, con el consiguiente recorte de la discrecionalidad administrativa, se llevase a cabo. Y, sin embargo, este y otros acaecimientos legislativos semejantes tuvieron lugar, paradójicamente, en la década de los cincuenta. A ello, y a lo que en su conjunto he llamado la construcción del *Estado administrativo de Derecho*, me he referido en diversas ocasiones y no es ocioso volver aquí sobre el tema.

Fueron una serie de circunstancias las que venturosamente tuvieron lugar. Debe recordarse, por lo pronto, el nacimiento de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA en 1950, la lectura de cuyo Consejo de Redacción me parece suficientemente ilustrativa para comprender lo que ha significado para la historia de nuestro Derecho administrativo; años después, la creación de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno. Personas, pues, en no homogénea posición con respecto al régimen entonces vigente y que, al amparo del naciente prestigio de la tecnocracia (incluida la técnica jurídica), iban a alcanzar la sorprendente meta de enredar en las mallas del Derecho a un régimen totalitario.

Por lo demás, la creación del que denomino Estado administrativo de Derecho se ve favorecida por un clima del que, por haberlo vivido desde dentro de la Administración —y especialmente por mi contacto con la «clase política» del régimen en mi condición de Letrado de las Cortes—, me encuentro obligado a dar testimonio personal. Durante la década de los cincuenta y de los sesenta, un buen número de los altos cargos de la Administración estaban ocupados por excelentes juristas que, precisamente por serlo, creían en el Estado de Derecho. Durante el tiempo que fue Ministro de Educación, el Profesor RUIZ JIMÉNEZ tuvo como Subsecretario a Segismundo ROYO-VILLANOVA, quien, a su vez, se rodeó de un gabinete técnico del que formábamos parte el también desaparecido Catedrático de Derecho administrativo SERRANO GUIRADO, el Profesor GONZÁLEZ PÉREZ y quien esto escribe. Puedo asegurar que el número de recursos que se estimaban en vía administrativa en aquel Ministerio representa un porcentaje incomparablemente superior al de los que hoy se estiman en el conjunto de la Administración española.

Y es que estos buenos juristas a que me refiero sentían, en mayor o menor medida, lo que pudiésemos denominar «complejo de ilegitimidad de origen», en relación con el régimen político en el que desarrollaban sus actividades. Pertenece a los arcanos de lo futurible el conocer cuál hubiese sido la actitud de los vencedores si nuestra guerra civil hubiese terminado con la victoria de las fuerzas de la República. Lo que sí constituye parte de nuestra historia es lo que realmente ocurrió tras la victoria de las fuerzas nacionales; los años transcurrían sin que se vislumbrase un restablecimiento de las «libertades políticas» y, en general, de las instituciones democráticas. No es mi propósito emitir un juicio de valor en relación con esta época; sí me atrevo, en cambio, a formular un diagnóstico; pienso que para muchos, a falta de legitimidad en cuanto al origen, había que asegurar, cuando menos, el principio

de legalidad de la actuación administrativa, su sometimiento al Ordenamiento Jurídico *vigente* (y destaco lo de «vigente» para adelantarme a posibles observaciones).

La primera piedra para la construcción del edificio se pone con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, cuyo artículo 121 introduce nada menos que el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Enseguida, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al finalizar el año 1956, clave del Estado de Justicia. Por supuesto, se excluyen de revisión jurisdiccional los «actos políticos del Gobierno» (de los que se hace una enumeración *ad exemplum*), pero con esa y otras restricciones lo cierto es que el artículo 1 está inspirado en el principio de la cláusula general; la jurisdicción conocerá de «los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y de las disposiciones de categoría inferior a la Ley». Bien, y ahora viene el broche del círculo jurídico que va a encerrar en marco legal la total actividad del Poder Ejecutivo. Al año siguiente se promulga la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en cuyo artículo 2 se lee la discutible afirmación de que «los Organos Superiores de la Administración son: el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el Presidente del Gobierno y los Ministros».

¿Que el Jefe del Estado no estaba —como no lo está hoy— en la Administración? Por supuesto. Pero el precepto tenía que ser aprobado, porque ¿quién negaba entonces que el Jefe del Estado era la instancia suprema de todos los poderes del Estado, incluida la Administración? Y las importantes consecuencias que de aquí se derivaron fueron, curiosamente, asumidas sin que los mecanismos del régimen chirriasen; esto hacía posible la anulación (¡nada menos!) de los Decretos acordados en Consejo de Ministros y firmados por el Jefe del Estado, a quien todos los poderes estaban atribuidos.

En resumen: el despegue del Derecho administrativo —y por tanto del procedimiento— durante la década de los cincuenta puede calificarse de sensacional.

Como ha observado R. DE MENDIZÁBAL Y ALLENDE (en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, mayo 1999), en la cúpula de la rotonda del Tribunal Supremo, pintada al fresco por José GARNELO, en 1925, figuran con su nombre los distintos sectores jurídicos (incluido el Derecho canónico)... pero falta el Derecho administrativo, a pesar de que en esa fecha llevaba funcionando veinte años la Sala Tercera del TS como

cabeza de la jurisdicción contencioso-administrativa. La razón no es otra —nos sigue diciendo— que la inmadurez de esa rama jurídica «cuya mayoría de edad alcanzó en España con la irrupción insólita e impredecible de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Hacía falta que irrumpiera en el escenario una generación entera, tan joven como clarividente, y se entregase gozosa a la tarea de construir el Derecho Administrativo con los más heterogéneos materiales, indígenas y foráneos, sin despreciar nada que pudiera ser de utilidad para el empeño. Fue la generación gloriosa de quienes hoy son maestros, cuyas firmas de oro esmaltan los primeros años de esa REVISTA señera».

2) Dicho esto, no debe extrañar que 1958 fuese una fecha adecuada para culminar, con la aprobación de la Ley de 17 de julio de ese año, una labor que pacientemente se venía realizando para elaborar una moderna Ley de Procedimiento Administrativo que, sistematizando algunos de los viejos e indispensables principios de la Ley de Bases de 1889, acabase con la dispersión que se produjo con la multiplicidad de Reglamentos que, en desarrollo de dicha Ley, se habían dictado para los distintos Ministerios. Un fenómeno, por cierto, que —por razones distintas— ha venido a propiciar la Ley 30/1992, para demostrar, una vez más, que la Historia nunca avanza en línea recta.

Hay, pues, en la Ley, en primer lugar, un afán unificador. Procura reunir en un texto único las normas procedimentales aplicables a todos los Departamentos ministeriales (excluidos los militares), aunque respetando las peculiaridades de determinadas materias administrativas que postulan un procedimiento distinto del ordinario, y con respecto a las cuales la Ley tendrá carácter supletorio. Lo más sorprendente que se puede decir en relación con tal propósito —y vistas desafortunadas experiencias posteriores— es que se *cumplió*. Aparte del siempre intocable procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas (en relación con el cual la Ley se limitó a decir en su Disposición final tercera que por la Presidencia del Gobierno y el Ministerio de Hacienda «se redactará y propondrá a la aprobación del Consejo de Ministros, en plazo de un año, un nuevo Reglamento de las reclamaciones económico-administrativas...»), se ordenó al Gobierno que, en el plazo de tres meses, determinase «cuáles son los procedimientos especiales que, por razón de su materia, continuarán vigentes». Y, en efecto, por Decreto de 10 de octubre de 1958 se publicó la lista de los 26 procedimientos (el primero el de expropiación forzosa y el último el de desahucio administrativo) que continuaron en vigor.

Aun así, el principio unificador quedaba salvado, como garantía jurídica de los particulares, en estas dos materias de singular importancia: el silencio administrativo y el sistema de recursos en vía administrativa (art. 1.º.3).

En segundo lugar, debe subrayarse la finalidad *codificadora* que animó a los redactores de la Ley. Se incorpora, en efecto, toda una teoría del régimen jurídico de los actos administrativos: motivación, eficacia jurídica e invalidez. La distinción de los supuestos de anulabilidad de los de nulidad absoluta (cuya enumeración, cuando menos con carácter de mínimo exigible, se formula en el artículo 47) constituye una auténtica novedad desde el punto de vista del Derecho comparado. Para mí constituyó una gozosa noticia ver en las páginas del «Boletín Oficial del Estado», literalmente copiada, la lista de las nulidades absolutas propuesta en mi entonces reciente monografía *Régimen de impugnación de los actos administrativos* (ed. por el Instituto de Estudios Políticos en 1956). Evidentemente, esto no es procedimiento administrativo en sentido estricto; por eso, la Ley se cree en la necesidad de explicarlo en su Exposición de Motivos, pues «es más que conveniente, aun sacrificando a veces criterios técnicos más o menos aceptables, reunir en lo posible nuestra compleja legislación administrativa y ofrecer a funcionarios y administrados un texto del contenido más amplio posible».

Lo curioso, empero, es que la Ley va más lejos todavía. La teoría de la organización, que ya contaba en España con un razonable desarrollo, es incorporada a la Ley desde su Título 1; así es que por primera vez se va a tener claro a quién corresponde la competencia para crear los diversos órganos administrativos (arts. 2 y 3), así como los principios jurídicos (en nuestro caso, legales) que rigen el ejercicio de la competencia (inderogable pero, al mismo tiempo, delegable y avocable) y el funcionamiento de los órganos colegiados. La Ley, en fin, acoge los principios que inspiran la «teoría de la organización administrativa» cuando proclama en su artículo 29: «La actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia.» Principio éste de la eficacia que ha sido expresamente recogido en el artículo 103.1 de la Constitución y que abre la innecesaria discusión acerca de si se trata de una auténtica norma jurídica, cuya violación (por cierto, ¿cómo se probaría?) produciría efectos jurídicos (por cierto, ¿cuáles?); pues de lo que se trata es de conciliar la necesidad de contar con una Administración eficiente que, al mismo tiempo, respete los derechos e intereses de los ciudadanos.

No siendo nuestro objetivo explicar aquí el contenido de la Ley, quede dicho y subrayado el importante paso que, para la construc-

ción sistemática de nuestro Ordenamiento positivo, supuso. Cuando, después de una pequeña estancia en Roma, me traje a España los tres gruesos volúmenes que, bajo el título *Stato dei labori per la Riforma della Pubblica Amministrazione*, había preparado el organismo dirigido por el Profesor G. CATALDI (que, por supuesto, incluía un proyecto articulado de procedimiento administrativo), nadie pensó que aquí lo haríamos antes. Así sucedió, sin embargo, ante el asombro del propio CATALDI.

Añádase a esto que, como nos recuerda GONZÁLEZ PÉREZ (en sus *Comentarios* a la Ley 30/1992), ha influido más o menos directamente en la legislación sobre la materia de los países americanos de lengua española: en la Ley nacional de Procedimiento Administrativo de Argentina de 1972, así como en sus distintas Leyes provinciales; en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica de 1978; en la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo de Venezuela de 1982; en el Libro dedicado al Procedimiento administrativo que se introdujo en la Ley de lo Contencioso-Administrativo de Colombia, en 1984; en el Decreto uruguayo 500/1991, sobre normas de actuación administrativa, y, en fin, en los proyectos que sobre procedimiento administrativo se tramitan en Chile y en Méjico. Si nuestros Gobiernos se preocupasen por establecer un «premio a la exportación jurídico-cultural» (al menos con la misma afición reformista que manifiestan), he aquí —junto con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (por cierto, también recientemente reformada)— una excelente candidata para obtenerlo.

### III. LA REFORMA

¿Fue necesaria la reforma del procedimiento y del régimen jurídico de 1992? Puesto que ya he manifestado mi opinión sobre la Ley 30/1992 en anteriores publicaciones, séame permitido recordar cuanto tengo dicho. Por supuesto, el positivo valor técnico que nos merece la legislación de los años cincuenta no puede servir de argumento suficiente para declararla intocable, como si de textos sagrados se tratase. Por el contrario, la promulgación de la Constitución de 1978 se convierte de suyo en un inevitable punto de referencia para exigir una relectura de la legislación anterior y comprobar posibles desajustes que exijan modificaciones; ya hemos visto que así ha ocurrido con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por otra parte, está el simple transcurso del tiempo, inexorable con las personas y con las instituciones. Personalmente, soy mode-

radamente escéptico con respecto a lo que pudiésemos llamar «el progreso ético de la Humanidad». Cuando la Convención de Ginebra parecía haber introducido el Derecho —aunque tímidamente— nada menos que en la guerra (que es la negación del Derecho), vienen la bomba atómica o la guerra de Yugoslavia a disipar ilusiones. Como lo diría el maestro HAURIOU, la naturaleza del hombre es desfalleciente y sus instituciones reflejan, en cierto modo, su carácter; toda organización política incorpora una parte de la idea de justicia y deja otra parte por incorporar. En torno a este dato elemental giran, por cierto, las ideologías. El conservador defiende la parte incorporada; el progresista aspira a la que queda por incorporar. Y entre ambos extremos toda una gama de posiciones intermedias, desde el involucionismo a la utopía.

Sirva este excursus para explicar mi punto de vista ante la reforma que nos trae la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Incluso desde el punto de vista del perfeccionamiento del Estado de Derecho existían zonas por incorporar, como la utopía del silencio administrativo positivo, que, si se consigue que funcione, constituye —junto con la ejecución de sentencias contra la Administración— uno de los grandes retos a encarar. En relación con otros temas, vaya por delante mi desacuerdo. La supresión del recurso de reposición, por ejemplo, creo que constituyó un craso error. Por supuesto que la doctrina criticaba, casi unánimemente, que no servía para nada; pero eso, que puede decirlo la doctrina, no puede decirlo la Administración (como nos decían algunos de sus representantes cuando se les preguntaba sobre la necesidad de tal reforma), porque supone tanto como reconocer el incumplimiento del *deber que tiene de estimar* los recursos que están ajustados a Derecho. Lo que se postula no es que exista como trámite previo obligado para el acceso al contencioso-administrativo, sino cabalmente que se desprezie este económico y fácil remedio jurídico para defensa de los propios derechos sin tener que afrontar los gastos y riesgos de tal contencioso-administrativo. La solución propuesta —también casi por unanimidad— era la de convertirlo en potestativo; la Ley 30/1992 desaprovechó la ocasión de aceptar esta propuesta que, en muchos casos, hubiese significado aliviar a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa de la avalancha de recursos que se le ha venido encima. (Claro está, si se estimasen los que debieran ser estimados.)

Por lo demás, ¿quién nos aseguraba que el recién «asesinado» recurso de reposición no retornase —puro o bajo otro ropaje— al amparo del sorprendente artículo 107.2 de la Ley, que permitía la

sustitución del recurso ordinario «por otros procedimientos de impugnación o reclamación»?

Por esta y otras razones, lo cierto es que la nueva Ley 30/1992 no fue bien acogida por la doctrina. Como botón de muestra me bastará recordar dos opiniones «de urgencia» altamente calificadas. F. C. SAINZ DE ROBLES (en una nota sobre *La Motivación de las Decisiones del Poder*, en «TAPIA», enero-febrero 1993) se refiere a «la magnífica Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, a punto de ser sustituida por otra de muy inferior porte (cuando no ínfimo)...», y, por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA (con el título de *Más errores que aciertos*, en la revista «Otrosí», del Colegio de Abogados de Madrid, febrero 1993) dice: «Resulta claro que no se ha meditado lo suficiente en esos y otros graves problemas que una regulación general del procedimiento administrativo plantea. Como no parece razonable esperar a que se hagan gravemente patentes las insuficiencias de la Ley, me parece oportuno postular la urgencia inmediata de una Ley de modificación parcial de la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas... que, salvando sus aciertos positivos, corrija inmediatamente sus desaciertos más patentes y graves.»

Y en un trabajo posterior («REDA», núm. 80, 1993), comentando el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria, afirma la «nulidad radical del Reglamento y la desintegración general del nuevo sistema legal».

Hay que subrayar —y hay que lamentar— el efecto descodificador que la Ley 30/1992 ha producido en nuestro Ordenamiento positivo. Digamos, para empezar, que, al no haberse producido una derogación de las Leyes que se vienen a sustituir (Ley de Régimen Jurídico de 1957 y Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), ahora el aplicador de la Ley se veía en la necesidad de consultar nada menos que tres textos legislativos (los dos citados, y presuntamente derogados, junto a la nueva Ley) para buscar el precepto aplicable. Pero, sobre todo, añadamos —y esto es grave— que quedó abierta una auténtica «invitación a la dispersión».

En efecto, de acuerdo con el artículo 43.5, «cada Administración, para mejor conocimiento de los ciudadanos, podrá publicar de acuerdo con el régimen de actos presuntos previstos en la presente Ley una relación de procedimientos en que la falta de resolución expresa produce efectos estimatorios y de aquellos en que los produce desestimatorios». Hay que suponer —pues se trataría de una coincidencia bastante improbable— que «cada Administración», en el uso de estas facultades, publicaría relaciones no siem-

pre coincidentes con las publicadas por otras Administraciones. Con lo que el desconcierto del ciudadano quedaba servido.

Por su parte, la Disposición adicional tercera de la Ley, sobre «adecuación de procedimientos», establecería:

«Reglamentariamente en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, *cualquiera que sea su rango*, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca.»

¿Se quiso con la redacción dada a la Disposición adicional tercera de la Ley *deslegalizar* toda la materia procedimental, a los efectos de que por vía reglamentaria se estableciesen las nuevas listas de procedimientos con acto presunto estimatorio y procedimientos con *silencio administrativo desestimatorio*? Si esta «habilitación deslegalizadora» se hubiese entendido como una atribución de facultades a la Administración del Estado (puesto que estamos tratando de materia de competencia exclusiva estatal, artículo 149.1.18.ª de la Constitución) para que se publicase una escueta relación unificada de procedimientos en los que el silencio administrativo o acto presunto produzca efectos estimatorios o desestimatorios, nada habría que objetar. Pero, claro está, la Disposición adicional ha de interpretarse de acuerdo con lo que la Ley dispone en el ya citado artículo 43.5, cuya correcta interpretación conduce a la que se acaba de proponer (simple relación de efectos estimatorios y desestimatorios de los distintos procedimientos administrativos y unidad de solución, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992); pero, al mismo tiempo, la peligrosa referencia a «cada Administración» ha significado en la práctica no sólo dar protagonismo a las distintas Administraciones territoriales personificadas (del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las propias Entidades Locales), sino que ha abierto la puerta para que cada Ministerio (aunque con la complacencia formal del Consejo de Ministros, puesto que las disposiciones se han aprobado en forma de Reales Decretos) subraye la vigencia sectorial de sus específicas normativas y el reconocimiento de la «independencia» de sus propios Reglamentos.

Resulta difícil encontrar una Ley que haya obtenido una tan unánime crítica negativa, por encima de *escuelas*, desde el punto de vista estrictamente técnico. La falaz defensa que a veces se ha

querido oponer contra los detractores —es decir, contra la doctrina mayoritaria—, tachándola de retrógrada o nostálgica, apenas ha sido tomada en serio. Se reclamaba una urgente reforma de la joven Ley y, tras algunos borradores y —también hay que decirlo— unas elecciones legislativas, tuvimos nueva Ley.

Diré, al hilo de mis recuerdos personales, que cuando, recién publicada la Ley 30/1992 —y publicadas las primeras críticas—, queríamos «investigar su paternidad», el objetivo resultaba inalcanzable: nadie quería asumir la condición de «padre de la criatura». Esto me recuerda la ingeniosa teoría de la «ley expósita» que nos contaba Manuel BALLBÉ, allá por los años cincuenta, cuando venía a Madrid a resolver alguno de sus asuntos profesionales (y, ¡cómo no!, a reunirse con los buenos amigos que aquí tenía, entre los que me cupo el honor de figurar). Un día, mientras entrábamos por la puerta principal del Ministerio de Educación Nacional (que así se llamaba entonces), nos dice, señalando su cartera de mano: «Suponed que yo sacase ahora de aquí un proyecto de ley redactado por mí en mi despacho; que le dijese a alguno de estos ujieres: mire, esto entréguelo en el Registro para que se tramite. Estoy seguro de que, unos meses después, al abrir el “Boletín Oficial del Estado” nos quedaríamos sorprendidos al ver publicada la ley entregada. El misterioso engranaje de la burocracia consigue cosas así, como una *ley expósita*.»

Lo cierto es que algunos textos legales de los que de vez en cuando aparecen en el «BOE» nos dan esa impresión de leyes sin padres conocidos, de *leyes expósitas*.

#### IV. LA CONTRARREFORMA

En plena infancia —antes, pues, de cumplir los siete años de edad, en la que, según se dice, se adquiere el uso de razón— se publica en el «BOE» (de 14 enero 1999) la «Ley 4/1999, de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (según la denominación que literalmente copiamos del «BOE» y que, contra costumbre, omite la fecha de la Ley reformadora). Por ahora, éste es nuestro Derecho vigente: la Ley 30/1992 con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999. La pregunta que debemos hacernos es la siguiente, a saber: ¿en qué medida volvemos a la Ley de 1958?; ¿qué pesan más, los preceptos reformados o los que permanecen? Creo que plantear esta cues-

tión es pertinente por la elemental razón —entre otras— de que muchos de los preceptos de la Ley 30/1992 no reformados son pura repetición de los que ya estaban en la Ley de 1958. Admitamos, en fin, que la Ley 4/1999 no sólo es rectificadora, sino que también ha querido ser innovadora. Así es que vayamos por partes.

Es la propia Ley en su Exposición de Motivos la que nos cuenta sus propósitos: «Sobre estos presupuestos, el objeto de la presente Ley de reforma se circunscribe a modificar los aspectos más problemáticos de la Ley 30/1992, según la opinión de la doctrina y de los aplicadores del Derecho: fundamentalmente, la regulación del silencio administrativo —suprimiendo la certificación del acto presunto—, el sistema de revisión de actos, la responsabilidad patrimonial y la regulación de la suspensión del acto administrativo.» A lo que habremos de añadir, pues no tiene menor importancia, la resurrección del recurso de reposición, aunque sobre este tema ya he manifestado mi opinión.

## V. LA SITUACIÓN ACTUAL

Examinemos, pues, algunas de estas cuestiones.

### 1. *Las novedades: incorporación de principios orientadores*

En su Título Preliminar introduce la Ley dos principios de actuación de las Administraciones Públicas derivados del constitucionalmente consagrado (art. 9.3 CE) de *seguridad jurídica*. Son, a saber: en primer lugar, el *principio de buena fe*, ya aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Código civil en la reforma de 1974; en segundo lugar, el *principio de la confianza legítima*, bien conocido en el Derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Baste con citar, como botón de muestra, lo que se nos dice, por ejemplo y en relación con la infracción de estos principios como motivo para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración, en la STS de 6 marzo 1998 (Sala 3.ª, Sección 6.ª) y en las Sentencias en ella citadas:

«La Sentencia de 5 marzo 1993 (RJ 1993/1623) de esta misma Sala, cuya doctrina ha sido seguida por la

de 27 junio 1994 (RJ 1994/4981), aun reconociendo que la eliminación de los cupos de pesca exentos de derechos arancelarios derivado del Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea podía considerarse producido “incluso, y más propiamente, como consecuencia de las determinaciones del poder legislativo”, reconoció en el caso allí enjuiciado la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones —que se vieron frustradas— *fundados en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban*, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas.

Como enseñan estas sentencias, bajo el régimen anterior a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sólo cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes cuando existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.

Para examinar si esto es así es menester utilizar varios criterios. *Entre ellos reviste singular interés el relacionado con la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones. Estos conceptos, utilizados por las sentencias de esta Sala últimamente citadas, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima —enunciado, como recuerdan las partes, por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas—. La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el*

*marco comunitario, de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias), de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja.»*

Estamos, pues, ante «argumentos jurídicos» que ya son aceptados por los Tribunales y que, cabalmente por eso, tienen valor jurídico-forense (no porque una anterior Ley de Procedimiento los haya proclamado retóricamente, como suele ocurrir con los «principios»). No resulta ocioso, sin embargo, que la Ley 4/1999 los incorpore en el segundo párrafo de su artículo 1.º.1: las Administraciones Públicas «deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima».

Como también resulta oportuno proclamar en el artículo 4.º el principio de «lealtad institucional» que debe presidir las relaciones entre las distintas Administraciones públicas. Tratándose de una ley básica y de la proliferación de leyes procedimentales dictadas por las diferentes Comunidades Autónomas, resulta necesario recordar la necesidad de esta regla fundamental de comportamiento.

## 2. *La regulación del silencio administrativo y la obligación de resolver*

1) La importancia de este tema arranca de los mismos orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tanto en Francia (*privilège de préalable*) como en España, la producción de un acto administrativo *previo* era presupuesto indispensable para que la Administración (es decir, la autora del acto) fuese emplazada ante una jurisdicción revisora; de aquí el carácter revisor que tradicionalmente se predicaba de tal jurisdicción. O, dicho de otra forma: el recurso contencioso-administrativo se ha venido concibiendo —incluso una vez superada la etapa del *proceso al acto*—

como una vía jurídica para corregir ilegalidades cometidas por actos administrativos concretos, no para evitar daños futuros.

Consecuencia inevitable de esta concepción era que quedasen fuera de fiscalización: *a)* los supuestos de inactividad administrativa (incumplimiento de actuar en un determinado sentido preestablecido por la Ley...), y *b)* la no resolución de las peticiones, reclamaciones o recursos administrativos deducidos por los particulares (silencio administrativo). En la búsqueda de remedios frente a estas situaciones se propuso: 1.º establecer la *obligación de resolver*, y 2.º dar efectos jurídicos al *silencio administrativo*. De ambas cuestiones me he ocupado repetidamente (la más reciente en «REDA», núm. 82, 1994) y me permitiré traer aquí algo de lo ya dicho.

2) La obligación de resolver se encontraba ya, por razones obvias, en la LPA de 1958, según la redacción dada por la Ley 164/1963, artículo 94.3: «... la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa. Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse *reclamación en queja*, que servirá también de *recordatorio previo de responsabilidad personal*, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente».

Ahora bien, ¿qué efectos prácticos tenían uno y otro? La experiencia ha demostrado su inoperancia práctica. Todo ha quedado en pura retórica. Sobre todo, no resolvían el problema principal, a saber: posibilitar el acceso del administrado al recurso contencioso-administrativo.

La Ley 30/1992 insiste —también obviamente— en la obligación de resolver. Y —en su art. 42— reduce incluso el plazo máximo para la resolución de un expediente a tres meses (cuando otra cosa no se diga en disposiciones especiales). Y, en fin, el precepto finaliza así: «El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo.»

Precepto que abre varias interrogantes: *a)* ¿remoción sin expediente disciplinario previo?; *b)* ¿y si el responsable es autoridad, no funcionario?; *c)* ¿o es que la remoción se refiere precisamente al supuesto de que sea autoridad? Tantas preguntas por contestar demuestran que estábamos ante solución tan inoperante como la de la LPA. Por eso, la realidad nos remite a la llamada teoría del silencio administrativo.

3) Comencemos por recordar que estamos ante una teoría relativamente moderna (desde la perspectiva de la historia del Dere-

cho administrativo). Releyendo mis propios escritos (en esta REVISTA, núm. 16, 1955; es decir, antes de la promulgación de la LJCA), advierto la fuerza que tenía el dogma del *carácter revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Por supuesto, de las dos valoraciones del silencio (positivo y negativo) se descartaba casi unánimemente la solución de *silencio positivo*, que, por cierto, era ya admitida en alguna de nuestras reglamentaciones administrativas (Reglamento de Procedimiento Administrativo del Ministerio de Trabajo, de 2 de abril de 1954). E incluso se advertían las dificultades que la aplicación del silencio negativo encontraba en aquellos supuestos en los que la inactividad de la Administración significaba la «no construcción del expediente previo», sobre cuya corrección había de pronunciarse *la jurisdicción revisora*: ¿no significaba esto convertir a los Tribunales en Administración? Por ejemplo, para abrir una farmacia se exige al peticionario que cumpla con los requisitos legalmente establecidos (distancia mínima respecto a otras farmacias, existencia de población suficiente a la que atender, realidad —en su caso— de que estamos ante un núcleo aislado de población). Obviamente, no basta con las alegaciones del peticionario: hay que comprobar las circunstancias aludidas y —sobre todo— oír las alegaciones de los farmacéuticos afectados; aquí está la justificación del expediente que ha de tramitarse ante la Administración (gubernativa o corporativa). ¿Qué ocurre si el expediente *no se tramita*? Por supuesto, la aplicación del silencio administrativo nos abre la puerta del contencioso-administrativo, pero ¿qué expediente revisa el Tribunal?

Ciertamente, ha sido necesario superar la teoría del *carácter revisor*, al menos tal como entonces se entendía.

4) El planteamiento doctrinal del valor del silencio administrativo es anterior a su recepción por el Derecho positivo. La solución se intentaba encontrar desde distintos puntos de vista:

a) Extrapolando doctrinas privatistas: en las relaciones entre particulares, ¿surge la relación jurídica cuando la voluntad recepticia no se manifiesta expresamente? Aquí el principio *qui tacet voluit* puede estar justificado, pero ¿es aplicable a las relaciones de los particulares con la Administración? Como la doctrina española de mediados de siglo apuntaba, esto significaría tanto como poner a la Administración (al interés público) en manos de los administrados (S. ROYO-VILLANOVA). Las peticiones más disparatadas de los administrados se convertirían en actos administrativos.

b) Pero el error de planteamiento estaba (como yo mismo apunté en el trabajo antes citado) en que de lo que se trataba no era de *interpretar la voluntad de la Administración*, por la elemental razón de que cabalmente lo que faltaba era la voluntad administrativa. El problema era otro: se trataba de hacer posible el acceso del particular a la vía de recurso, aunque no hubiese un acto administrativo que recurrir. Y para ello bastaba simplemente con establecer la *ficción legal* de que el recurso era procedente como si estuviésemos en presencia de un acto administrativo. De presunción o ficción habló PÉREZ SERRANO en 1949.

Obsérvese que la aceptación del silencio administrativo, cuya funcionalidad en el sentido expuesto implicaba sin más la aceptación de sus efectos negativos (es decir, desestimatorios de la petición —o recurso— deducida por el particular), constituye el comienzo de la revisión conceptual del proceso contencioso-administrativo: del proceso *al acto* al proceso *inter partes* (siendo la Administración la parte demandada).

5) Aparte del referente que, desde el punto de vista de Derecho comparado, significaba la Ley francesa de 17 de julio de 1900, y de su recepción en nuestro ordenamiento del régimen local (curiosamente, siempre más avanzado... por razones obvias), éste era el estado de la cuestión cuando se elabora y promulga la LPA. El tratamiento de la cuestión se resume así:

a) La regla general: atribuir al silencio administrativo efectos negativos (desestimatorios). Al igual que ya se había dicho dos años antes en el artículo 38 de la LJCA, el artículo 94.1 de la LPA nos decía:

«Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no contestare en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.»

b) La alusión al *silencio positivo* aparece como excepción a la regla: cuando así se establezca en disposición expresa, o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones en ejercicio de funciones fiscalizadoras de órganos superiores sobre inferiores (art. 95).

c) La LPA resuelve, además, alguna cuestión que nuestra tradicionalmente cicatera jurisprudencia había dejado planteada. Por ejemplo, transcurrido el plazo del silencio, ¿pierde la Administración su competencia para resolver el asunto planteado? Obviamente, no; como lo demuestra la obligación de resolver («el particular podrá recurrir o esperar la resolución expresa»). Aunque, evidentemente, esto puede plantear problemas en las llamadas relaciones triangulares (dos particulares con intereses y peticiones contrapuestos ante la Administración), especialmente en vía de recurso administrativo.

d) En fin, cuando se trata de recursos la fórmula del silencio administrativo varía: no es necesario *denunciar la mora*; el silencio se produce automáticamente por el transcurso de los plazos establecidos.

Hay que advertir que, en relación con el plazo para recurrir en los supuestos de silencio administrativo, la evolución de la jurisprudencia del TS se manifiesta —tras ciertas vacilaciones— a favor de criterios cada vez más flexibles. Sirvan de ejemplo las Sentencias de 14 de noviembre de 1988 (Sala 4.<sup>a</sup>, Ponente: DELGADO BARRIO), 28 de noviembre de 1989 (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>, Ponente: DELGADO BARRIO), 20 de noviembre de 1990 (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>, Ponente: GARAYO SÁNCHEZ) y 14 de octubre de 1992 (Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 2.<sup>a</sup>, Ponente: ENRÍQUEZ SANCHO). En esta última se recoge la evolución jurisprudencial que resumimos a continuación: el caso que se analiza trata la impugnación de una resolución expresa sobre liquidación tributaria, que había sido recurrida en reposición cuatro años antes y cuya desestimación por silencio administrativo no se recurrió ante el Tribunal Contencioso-Administrativo dentro de plazo. La Sentencia que comentamos resume así la vacilante trayectoria de la jurisprudencia en su Fundamento Jurídico 2.º:

a) En ocasiones, se ha exigido sin matización alguna la presentación del escrito de interposición en el plazo de un año que impone el artículo 58 de la Ley jurisdiccional (tanto en vía de petición como de reposición): Sentencias del TS de 25 de enero de 1991, 20 de mayo y 22 de julio de 1988.

b) En otros casos, el TS ha permitido rehabilitar el plazo de impugnación condenando a la Administración a que cumpla con su deber de resolver (STS de 4 de mayo de 1990).

c) En la Sentencia de 16 de octubre de 1989 se inicia una tesis, seguida por la de 28 de noviembre de 1989, que armoniza la

interpretación del artículo 58.2 de la Ley con lo declarado por el Tribunal Constitucional en Sentencias de 21 de enero de 1986 y 21 de diciembre de 1987, según el cual «... en estos casos de silencio negativo puede entenderse, como máximo, que el particular conoce el texto íntegro del acto —la denegación por silencio—, pero no los demás extremos que deben constar en toda notificación, por lo que, siendo entonces defectuosa conforme a la LPA, sólo producirá efectos a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el administrado o se interponga el recurso procedente, o por el transcurso de seis meses», concluyendo el TC que, por tanto, «puede calificarse de razonable una interpretación que compute el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición *como si* se hubiese producido una notificación defectuosa» (otra vez la *fictio iuris*). «Ello da lugar —continúa ahora el TS— a la aplicación del artículo 79 LPA y, por tanto, a una ampliación del plazo de un año del artículo 58.2, por seis meses más.»

Pero volvamos a la reforma de 1992: ¿cómo debe interpretarse el artículo 117 de la Ley 30/1992? ¿Opera el silencio administrativo «como siempre», o es necesario —aunque la solución parezca absurda— pedir a la Administración la certificación de acto presunto?

6) En su afán de originalidad, la Ley 30/1992 comenzó por suprimir la expresión silencio administrativo, cuyo valor entendido ha sido asumido por los funcionarios, por los administrados y por los Tribunales (en la Exposición de Motivos se nos dice que se trata de «superar la doctrina del llamado silencio administrativo»). Así es que en sus extensos artículos 43 y 44 se establece el régimen de los ahora llamados actos presuntos (apuntando, por tanto, aunque implícitamente, a la «teoría de la presunción», cuya justificación anteriormente hemos descartado). He aquí un resumen de su contenido:

a) La base de partida está en admitir que la obligación de resolver (columna vertebral de la nueva regulación) puede ser infringida, a pesar de los buenos deseos del legislador. (Es decir, la misma hipótesis de la que, con mayor realismo, partía la LPA.) Por eso, el artículo 43 comienza diciendo: «No obstante lo previsto en el artículo anterior...». (Es decir, que como la obligación de resolver puede incumplirse, habrá que establecer cuáles son los efectos de ese *silencio administrativo*... que se quiere eludir.)

b) Así, pues, si transcurre el plazo y no hay resolución expresa se señalan los efectos del *innombrable* silencio administrativo. Pero «aparentemente» invirtiendo la regla de la LPA de 1958, pues ahora se nos quiere hacer creer que se introduce el *silencio positivo* (o valor estimatorio del acto presunto), o al menos ésta es la regla en los supuestos que se señalan a continuación (art. 43.2), inspirados en el conocido (e ineficaz) precedente del Real Decreto-ley 1/1986 (más conocido como «Decreto Boyer»), a saber:

1.º Solicitudes de concesión de licencia o autorización para traslado, establecimiento o ampliación de empresas o centros de trabajo.

2.º Solicitudes para el ejercicio de derechos preexistentes, siempre que no supongan transferencia de facultades sobre el dominio o el servicio público.

3.º Y, en fin, la innovación más valiente —y más utópica—: en todos aquellos casos en que expresamente no se establezca la desestimación por silencio.

7) Pero, a mi juicio, la objeción principal contra la nueva Ley consiste en que intenta imponer un mismo tratamiento jurídico a instituciones que tienen un fundamento jurídico diferente. En efecto:

a) Como se dijo, el silencio negativo es una simple *fictionis iuris* (como si hubiese acto administrativo) para que el particular tenga contra qué recurrir. Es la consecuencia obligada que se desprende del aún residuario carácter *revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) El silencio positivo o estimatorio arranca de muy diferente base de partida, a saber: que la disponibilidad sobre la actividad de que se trata pertenece al sujeto que se dirige en petición a la Administración, y que lo que a ésta compete es un poder o facultad de veto que responde a su papel de vigilante del interés público, que dispone de un determinado lapso de tiempo para ejercerlo y que, si no lo ejerce, la actuación del peticionario surte plena eficacia jurídica.

Este es, por lo demás, el silencio administrativo positivo que configuraba el artículo 95 de la LPA: las entidades u organismos sometidos a cierto tipo de tutela o fiscalización superior (obsérvese el régimen acusadamente centralista y jerarquizado vigente en la fecha en que se dicta la LPA) actuaban en el ejercicio de su com-

petencia, por lo que el principio era el de la validez y eficacia de sus actos (aunque sometidos a la condición suspensiva y resolutoria de que no fuesen desautorizados por la autoridad superior). Obviamente, si la desautorización no se producía, surtían plenamente sus efectos. En eso consistía la técnica del silencio positivo.

Y éste es cabalmente el régimen del silencio positivo en la Ley 30/1992. ¿Qué significa, si no, hablar de derechos preexistentes? Pues si el derecho *preexiste*, es decir, si es anterior a que la Administración lo conceda, está claro que lo que a ésta puede conceder la ley —en el mejor de los casos— es un derecho de veto a utilizar durante un plazo determinado y cuyo no uso —al igual que ocurre en otras instituciones del Derecho público y constitucional— determina automáticamente la eficacia jurídica de los actos del «petionario» (en realidad, ¿petionario de qué?).

En resumen: el fundamento jurídico del silencio positivo (acto presunto con efectos estimatorios) es bien diferente del de silencio negativo. Por eso su instrumentación postula técnicas diferentes. No es esto lo que hizo la nueva Ley.

### 3. Especial referencia a la certificación del acto presunto

1) Desde el punto de vista práctico, el gran obstáculo para la admisión del silencio «positivo» estaba en la inexistencia de un documento que acreditase tales efectos. Si, previa solicitud no contestada, realizo obras de ampliación de una industria y el modesto agente municipal que tiene la misión de vigilar obras ilegales me requiere para que le enseñe la licencia municipal, posiblemente no quedará satisfecho si le enseño la copia sellada de mi petición y le invito a que compruebe el plazo transcurrido. Se limitará a tomar nota de las obras que ha visitado y a cursar la correspondiente denuncia (a lo más, recogerá en el «acta» mis protestas sobre el «silencio positivo»). Otro ejemplo más significativo: si alguien solicita de un banco un crédito para realizar unas edificaciones, ¿se conformará la entidad bancaria con la petición no contestada?

2) La Ley 30/1992 cree haber encontrado la «solución mágica» al problema mediante la llamada certificación de actos presuntos, que regula en el artículo 44. He aquí lo que se nos dice para hacer valer su eficacia:

a) El particular podrá pedir, y la Administración *deberá expedir inexcusablemente en el plazo de veinte días, certificación en la*

que consten —aparte otros extremos— «los efectos generados por la ausencia de resolución expresa» (art. 44.3).

b) Por supuesto, se hace la salvedad de que «si la certificación no fuese emitida» (o sea, si en esta materia se produce silencio administrativo, curiosa hipótesis de silencio dentro del silencio), «los actos presuntos serán igualmente eficaces (?) y se podrán acreditar mediante la exhibición de la petición de certificación, sin que por ello quede desvirtuado el carácter estimatorio o desestimatorio legalmente establecido». Con lo que de nuevo nos encontramos ante el problema antes aludido, *con una nueva dificultad*: ¿cómo convencer al agente municipal de que los efectos son estimatorios y que esto es lo procedente? Por supuesto que esto vale para el mismo ejemplo anterior: ¿se conformará el Banco con la *petición de certificación*?

En resumen: tendremos que dirigirnos al Organismo administrativo «silente» y, en su caso, acudir a la vía de recurso. Lo malo es que, paradójicamente, ahora la tal vía es más gravosa para el administrado, como se verá.

c) Hay que insistir en que, no obstante la inocente pretensión de «superar la doctrina del silencio administrativo», es el silencio la «gran preocupación» de la Ley. Por eso —aparte lo que ya se dijo en el artículo 43 sobre la obligación de resolver—, nuevas medidas disciplinarias se anuncian ahora para lo que vamos a llamar «silencio administrativo en vía de certificación»:

«La no emisión... dentro de plazo y con los requisitos establecidos será considerada como falta muy grave» (art. 44.2, *in fine*). «Los interesados podrán *solicitar* de la Administración que se exijan las responsabilidades correspondientes» (art. 44).

3) Hay que subrayar que el «ingenioso sistema» de la certificación es común tanto para el silencio positivo como para el negativo. Este es uno de los graves desaciertos de la Ley, como ya quedó advertido:

a) El silencio negativo se producía en la LPA de forma automática: bastaba con que el particular esperase el transcurso de un plazo (si antes no había resolución expresa). Incluso la denuncia de la mora no dejaba de ser una buena idea: permitía que el administrado se «administrase» el inicio del plazo para recurrir (y cuando no se exigía la previa denuncia de la mora, el plazo de un

año era lo suficientemente amplio para garantizar la defensa de los propios derechos e intereses).

b) Pues bien, ahora no basta con esperar: hay que solicitar la famosa certificación. Que puede darse o no darse; y en este último caso habrá que estar atento al transcurso del veloz plazo de veinte días, pasados los cuales comienza el inexorable cómputo del plazo para recurrir. ¡Se acabó con el generoso plazo del año!

4) Pero vayamos al silencio positivo. He aquí la problemática que la nueva regulación plantea:

a) Mientras que la LPA hablaba —para los efectos del silencio— de que la Administración «no notificase su decisión en el plazo de tres meses...», la Ley 30/1992 habla de que venciese el plazo de resolución «y el órgano competente no la hubiese dictado expresamente...». Por supuesto que no es igual decir «dictar» que «notificar». El control de lo primero es imposible para el particular y cabe pensar en actos que se dicten... poniendo en el documento *fecha anterior*. Esta posibilidad de «truco» (difícilmente detectable) puede inducir a que la certificación que se expida se convierta en poco fiable, a los efectos de lo que enseguida se dirá.

b) Según se desprende del artículo 43.1, el efecto estimatorio (en los casos que proceda) se produce automáticamente, es decir, por el simple transcurso del plazo establecido para resolver. Por consiguiente, la certificación que se expida no podrá alterar tales efectos estimatorios. Ahora bien, ¿y si se falsea la fecha de la resolución, como antes quedó dicho?

c) El tema no es baladí, pues con ello la Administración estaría nada menos que alterando (sin recurrir el procedimiento que luego se dirá) los efectos positivos del acto presunto; pues si por el transcurso del plazo se ha producido el efecto estimatorio, la Administración queda vinculada a declararlo así en la certificación que se le solicite.

d) Claro es que cabe preguntarse si existe algún remedio jurídico para atacar el «acto administrativo presunto» contrario al ordenamiento jurídico. Por supuesto que sí: para empezar, tal «acto» (que, reiteramos, formalmente no es tal) se declara nulo de pleno derecho en el apartado j) de la enumeración que se contiene en el artículo 62.1 de la Ley; y por su dicha condición puede ser revisado de oficio por la Administración de acuerdo con el procedimiento que se establece en el artículo 102.1, previo dictamen *favorable del Consejo de Estado*. Adviértase que la iniciación de este procedimiento puede ser de oficio o «a solicitud del interesado».

e) Y también hay que preguntarse, en fin, si habiéndose producido silencio positivo (acto presunto estimatorio), sin infracción del ordenamiento jurídico, la certificación que se expide califica el resultado de desestimatorio. En tal caso, el particular no tendrá más remedio que iniciar la vía de recurso, asumiendo la gravosa carga que esto supone..., con lo que el sistema instrumentado por la Ley no habrá servido para nada.

Por último, debemos referirnos al difícil tema de las relaciones triangulares. Se trata de aquellos casos en que el silencio (positivo o negativo) perjudica a un tercero: supuesto que el otro interesado se apresure a obtener un certificado de acto presunto, ¿tiene la Administración la obligación de notificarlo al tercero en discordia? ¿Cuándo empiezan para éste los plazos para recurrir? ¿Se encontrará, sin saberlo, ante un acto firme y consentido? He aquí un resumen de cuestiones que no se ha planteado la Ley 30/1992. Ni siquiera ha acudido al socorrido método de advertir que los efectos del acto estimatorio presunto lo sean «sin perjuicio del derecho de terceros» ¿Queda claro por qué era necesaria su reforma?

5) La Ley 4/1999 mantiene, sin embargo, la regla del *silencio administrativo estimatorio (positivo)*. Parece como si estuviésemos ante una de esas conquistas del Estado de Derecho en las que no cabe dar marcha atrás. Ahora bien, como se reconoce que la instrumentación para hacerlo efectivo que se contenía en la Ley 30/1992 no era la más adecuada, se suprime, lisa y llanamente, el «mecanismo» de la *certificación de acto presunto*. Así es que —se nos dice en la Exposición de Motivos— «... el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley. Igualmente se concibe el acto administrativo negativo como *ficción legal*, para permitir al ciudadano interesado acceder al recurso contencioso-administrativo, aunque, en todo caso, la Administración pública tiene la obligación de resolver expresamente, de forma que si da la razón al ciudadano se evitará el pleito».

Por supuesto, esto es más fácil de decir que de hacer. Basta la lectura del artículo 43 en su nueva redacción para convencerse de que las dificultades permanecen. Para empezar, a las excepciones contenidas en la redacción anterior se añade ahora la obvia excepción: «... salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario» (que, literal-

mente hablando, destroza la pretendida regla general). En segundo lugar, tras desacreditar el sistema de la certificación del acto presunto, termina por volver a él, y ello por la elemental razón de que es inevitable cuando se opta por el aparentemente progresista sistema del silencio positivo como regla. Véase, como prueba, lo que se dice en el número 5 del artículo que nos ocupa. Mucho más fácil hubiese sido establecer una relación tasada (incluso dejando una cláusula abierta) de supuestos en los que las peticiones de los particulares no contestadas en plazo deben entenderse estimadas. Simplemente, como hizo el ya citado «Decreto Boyer».

#### 4. *La revisión de los actos administrativos*

1) El tema de la revisión de los actos en vía administrativa (es decir, sin previo recurso del particular interesado) parece estar en permanente «estado de cambio». Tradicionalmente, la posibilidad con que la Administración contaba para revocar, por ilegales, actos administrativos declaratorios de derechos se limitaba a la curiosa fórmula (inédita desde el punto de vista del Derecho comparado) de autoimpugnarlos en vía contencioso-administrativa, previa *declaración de lesividad*.

Es la LPA de 1958 la que establece en su Título V un sistema que parte de la diferente gravedad del vicio atribuible al acto administrativo que se pretende revisar: nulidad de pleno derecho, ilegalidad manifiesta y, en fin, simple ilegalidad.

En el primer caso, la Administración podrá *en cualquier momento* (pues el acto nulo de pleno derecho *tractu temporis convalescere non potest*), «de oficio o a instancia del interesado», iniciar el procedimiento previsto «previo dictamen favorable del Consejo de Estado» (art. 109). La jurisprudencia pronto nos diría que esta «instancia del interesado» obliga a la Administración a incoar el procedimiento; lo que abre la duda de si éste es el único camino que tiene el particular para combatir este tipo de nulidades o si coexiste con la posibilidad de la impugnación en vía administrativa y posterior contenciosa, saltando sobre la regla del «acto confirmatorio»; coexistencia que me parece obvia, pero que ha puesto en duda la jurisprudencia del TS si atendemos a lo declarado en la Sentencia de 11 de octubre de 1980: «... la acción de nulidad de pleno Derecho, si no se encauza en el recurso de reposición *dentro del plazo legal de éste*, tiene necesariamente que ejercitarse ante la Administración [es decir, provocando la revisión en vía administrativa] *con carácter previo al acceso a esta jurisdicción*».

En el supuesto de «ilegalidad manifiesta» sólo se habla en la Ley (art. 110.2) de iniciación «de oficio», y también se requiere dictamen favorable del Consejo de Estado. Obviamente, la resolución final puede ser recurrida por el particular perjudicado en vía contencioso-administrativa. Y, en fin, cuando de simples ilegalidades se trate (actos anulables), la Administración tendría que declararlos lesivos (por cierto, dentro del plazo de cuatro años que establece el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción de 1956) e impugnarlos en la citada vía (art. 110.1).

2) Aunque el sistema descrito era fácil de comprender y sin dificultades prácticas en su aplicación, la Ley 30/1992 creyó necesario meter sus pecadoras manos en el tema. Para empezar, la revisión de los actos nulos de pleno derecho requiere, ciertamente, previo dictamen favorable del Consejo de Estado (art. 102.1). Pero si se trata de una causa de nulidad (por extraño que parezca, esto es lo que se deduce de la lectura del art. 102.2) de actos no incluidos en la enumeración del artículo 62.1 (pero que no son los *anulables*, pues a ellos se refiere luego en concreto el art. 103), se remite al procedimiento común (regulado en el Título VI de la Ley) y se olvida o se omite el carácter *vinculante del dictamen del Consejo de Estado* (art. 102.2); si bien a continuación se admite que la Administración pueda reconocer indemnización a los perjudicados por la revocación del acto, lo cual resulta sorprendente, pues una de dos: o el acto que se revoca es ilegal, en cuyo caso resulta cuando menos discutible que se indemnice a quienes se han aprovechado de la ilegalidad (la cuestión habrá que resolverla en el caso concreto), o bien el acto revocado era legal (de aquí la indemnización «cuasiexpropiatoria» que se estipula), en cuyo caso —y por definición— *no podía ser revocado*. En fin, en relación con los actos anulables, se mantiene la revisión, previo dictamen (que no necesita ser favorable) del Consejo de Estado, de los actos que infrinjan *gravemente* (nueva denominación que se da —creo que desafortunadamente— a la ilegalidad manifiesta) y a condición de que no hayan transcurrido cuatro años desde que fueron dictados. En los demás casos, se mantiene el proceso de lesividad (art. 103).

3) Resulta, pues, comprensible que la Ley 4/1999 se replantee el tema, lo cual no quiere decir que lo haya hecho siempre con acierto. En primer lugar, se mantiene el sistema de revisión de los actos nulos de pleno derecho que se enumeran en el artículo 62.1 de la Ley, añadiéndose la alusión a las disposiciones generales nulas (art. 62.2). Pero cuando la petición de revisión se formula por

particular, «el órgano competente ... podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u Organo consultivo de la Comunidad Autónoma...» (artículo 102.3). Se mantiene, por lo demás, esa notable confusión entre revisión y revocación expropiatoria (ya que se sigue hablando de la indemnización posible), a que antes nos hemos referido (art. 102.4), y desaparece esa *misteriosa aunque inexpressa* alusión a actos nulos no incluidos en el 62.1 que antes descubríamos en la anterior redacción del artículo 102.2.

En fin, por lo que se refiere a los *actos anulables*, se acaba con la categoría de los *gravemente o manifiestamente ilegales* y se establece el sistema único del recurso de la Administración contra sus propios actos, previa declaración de lesividad. Quizás ésta haya sido la mejor idea de los reformadores.

##### 5. *La responsabilidad patrimonial del Estado*

Desde un punto de vista sistemático, la responsabilidad patrimonial del Estado excede de la materia propia del procedimiento administrativo en sentido estricto (con independencia de que exista un *procedimiento* para reclamarla); por eso, con anterioridad a la Ley 30/1992 los principios que presiden este instituto jurídico estaban en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, fuera, por tanto, de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Fue el afán codificador que alienta nuestro Derecho administrativo desde la década de los cincuenta lo que determinó la fusión del «régimen jurídico» y del «procedimiento» en la citada Ley. Sea dicho esto en su honor, en compensación de las muchas críticas que, por otros motivos, nos ha merecido.

###### A) *Evolución del Derecho español.*

1) Nuestro Código civil (art. 1.903, párr. 5.º) establecía en relación con el Estado una norma singular: «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un *agente especial, pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.*» Dada la excepcionalidad del supuesto —pues el Estado actúa normalmente a través de sus funcionarios o empleados—, la remisión al artículo

anterior (1.902) significaba la exclusiva responsabilidad del funcionario; y, aun así, el particular dañado se iba a encontrar con la protección especial que para el funcionario se desprendía del ordenamiento positivo, a saber: 1) hasta finales del siglo XIX, con la exigencia de autorización previa para procesar (hoy reducida al suplicatorio de los Diputados y Senadores que, como trámite previo, establece el artículo 71.2 de la Constitución), y 2) con el recordatorio previo al ejercicio de acciones de responsabilidad civil exigido por la llamada Ley Maura, de 5 de abril de 1904.

Pero, sobre todo, la «protección especial del funcionario» se encontraba en su casi segura insolvencia; una situación, por consiguiente, absolutamente insatisfactoria desde el punto de vista del dañado o lesionado en sus bienes y derechos.

No es el momento de repetir aquí la tan conocida historia legislativa del tránsito de tan clara situación de irresponsabilidad estatal a la privilegiada posición que el lesionado hoy ocupa: artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 (recogido sin modificaciones en el art. 139.1 de la Ley 30/1992) y, sobre todo, constitucionalización del principio en el artículo 106.2 de la Constitución española.

2) La piedra angular de nuestro Derecho positivo se encuentra, pues, en el reconocimiento del derecho a la indemnización por toda lesión que los particulares sufran, «siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (art. 139.1 LRJPAC). Es imposible llegar a más. Empero, puede resultar útil realizar algunas precisiones:

a) Por lo pronto, indemnización y responsabilidad se tratan como dos institutos diferentes. El primero se contempla en el artículo 33.3 CE, del cual se desprende que la indemnización no es sino la conversión en su equivalente económico del derecho de propiedad o de cualquier otro derecho del que su titular sea privado «por causa justificada de utilidad pública o de interés social». En estos supuestos (expropiatorios) la Administración actúa no ya sin culpa o negligencia, sino lícitamente, tan lícitamente que, supuesta la función social de la propiedad que se proclama en el artículo 33.2, cabe modular la cuantía de la indemnización en relación cabalmente con el cumplimiento de esa función (incluso se admite la expropiación-sanción). Por el contrario, la responsabilidad se regula en el artículo 106.2, y el uso de la palabra «indemnizados» no nos debe confundir sobre la naturaleza de la acción de responsabilidad que se atribuye al particular lesionado.

b) No se hace referencia a los daños producidos por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa, lo cual —aparte de que cada vez son más difíciles de admitir— no significa que no sean o no puedan ser fuente de responsabilidad.

c) En fin, los casos de fuerza mayor exoneran de responsabilidad. Aquí basta con que nos remitamos a la problemática que estos casos plantean en la teoría general del Derecho. Cabe preguntarse si los perjuicios y daños sufridos por los particulares como consecuencia de atentados terroristas se deben calificar como fuerza mayor o como anormal funcionamiento de los servicios públicos (de seguridad, en este caso). La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 nos dice: «No puede confundirse la responsabilidad patrimonial del Estado, que es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, con la indemnización de los daños y perjuicios por una persona por la realización de una conducta delictiva, aunque se trate de un acto terrorista, pues en este caso la indemnización debida recae sobre la persona criminal y no sobre toda la comunidad, salvo que el Estado, por razones de solidaridad con las víctimas, decida, mediante una disposición con rango suficiente, asumir en todo o en parte la expresada indemnización». La tal disposición «con rango suficiente» ha sido efectivamente promulgada y se contiene en la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre (arts. 24 y 25), actualizada en los artículos 93 a 96 de la Ley 13/1996, de acompañamiento de la Ley de Presupuestos para 1997. Sin embargo, posteriores Sentencias del Tribunal Supremo (21 de mayo de 1987 y 27 de diciembre de 1988) admiten la acumulación de peticiones de la víctima, indemnización legal y, además, la solicitada por mal funcionamiento del servicio. La Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1996 (caso *Hipercor*) constituye un hito en la materia.

d) A pesar de que, como se ha visto, la Constitución sólo habla del «funcionamiento de los servicios públicos», la Ley 30/1992 vuelve a reiterar la redacción del artículo 40 de la Ley de 1957: «... siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos». En este caso se concedió al demandante indemnización por fallecimiento en el atentado terrorista de Hipercor de Barcelona, desestimándose por el Tribunal Supremo el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que había reconocido el derecho a indemnización por cuantía de 45 millones de pesetas al reclamante por fallecimiento de su esposa y dos hijas con motivo del referido atentado. En el expediente previo, el Consejo de Estado había mantenido la inexistencia del nexo causal directo

entre la actividad administrativa y los daños producidos, ya que éstos fueron «obra directa de los terroristas», pero —afirma el TS— «tal circunstancia no empece para que haya de reconocerse, al modo que señalábamos en la Sentencia de esta Sala y Sección, de 27 de noviembre de 1993, que hubo una cierta relación de causalidad entre la constatada conducta homicida, por no adoptarse las debidas precauciones, y el dramático desenlace, que justifica la imputación de los daños producidos a la Administración, en razón de la concurrencia de ese nexo causal entre el daño cuya reparación se pretende y el funcionamiento defectuoso del servicio público, dimanante de la omisión de aquellas actuaciones que antes relatábamos». Por lo demás, se añade, «la indemnización pretendida en el proceso resulta distinta y compatible con la derivada de la especial legislación reguladora de los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, como muestra de solidaridad con aquéllas, según ya declaró esta Sala en la Sentencia de 27 de diciembre de 1988».

e) A pesar de que, como se ha visto, la Constitución sólo habla del «funcionamiento de los servicios públicos», la Ley 30/1992 vuelve a reiterar la redacción del artículo 40 de la Ley de 1957: «... siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

## B) *Un repaso a la jurisprudencia.*

1) Hay que reconocer que la generosa redacción legislativa ha propiciado en nuestro Derecho una también generosa línea jurisprudencial (incluso, a veces, discutiblemente generosa) que ha colocado a nuestro Derecho de responsabilidad por actos de las Administraciones Públicas a la vanguardia del Derecho comparado. Adelantando ideas, digamos desde ahora que la jurisprudencia más reciente afirma, de entrada, en sus Sentencias más significativas, que «siendo la responsabilidad de la Administración Pública directa y objetiva...» —y supuesto que no exista causa de fuerza mayor, o ruptura del nexo causal— procede estimar la indemnización solicitada. Pero hay que observar que, dicho esto —generalmente en el primero de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia—, a continuación, y seguramente por estimar que tan simple razonamiento no suele resultar convincente, se entra en el análisis de lo sucedido para intentar demostrar que, efectivamente, ha habido *un mal funcionamiento del servicio público*. Válganos como ejemplo la Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 8 de

junio de 1988: como consecuencia de una denuncia (qué luego no prosperó) fue detenido por la policía, estando reunido en claustro, un profesor de EGB que, como consecuencia, hubo de soportar «las vejaciones inherentes a toda clase de detenciones de la policía, pues a pesar del trato correcto de que fue objeto, tuvo que posar de frente y de perfil para un fotógrafo, estampar las huellas dactilares en una cartulina, compartir calabozo y coche celular con verdaderos delincuentes, ser observado por muchas personas a la salida del Consejo acompañado por la policía, y a la salida de la Comisaría para subirse en dicho coche celular, y para colmo de males, su fotografía se encuentra actualmente en los ficheros de la policía, en el mismo cajón de fotos que se enseñan a violadores de mujeres». Pues bien, para el Tribunal Supremo, el funcionamiento de la policía fue absolutamente normal, por lo que no hubo lugar a indemnización. Aun así, la Sentencia —obligada por el texto del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico— se plantea a continuación si, no obstante el funcionamiento normal que se acaba de apreciar, se deriva responsabilidad en este caso. Y el Tribunal Supremo entiende que no, ya que «no es sólo que ni siquiera haya error o negligencia en la actuación policial, es que falta el nexo causal necesario para la imputación a la organización administrativa de los posibles daños causados por su funcionamiento normal». Entiendo, sin embargo, que el razonamiento es forzado y que las cosas son bastante más sencillas: no hay responsabilidad simplemente porque el funcionamiento del servicio ha sido normal. Por eso, cabe preguntarse qué hubiese ocurrido si, como consecuencia de la conducción del detenido, se hubiese lesionado al entrar o salir del coche policial.

La Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> (Sección 4.<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1991 nos dice: «Se trata de una lesión que causa un perjuicio que como tal resulta legítimo, es decir, que en ningún caso es conforme a Derecho, ni debía haber sido sufrido por el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de los servicios. Por tanto, cualquiera que sea la posición doctrinal que se mantenga sobre la polémica relativa a la distinción entre responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, se llega a la consecuencia de que quien sufrió el perjuicio no estaba obligado a soportarlo». (Lo cierto es que quien soporta un daño por causa de fuerza mayor tampoco está obligado a soportarlo; el tema es siempre el mismo: *¿quién y por qué* ha de asumir los perjuicios soportados por la víctima?)

Hay que referirse, asimismo, a aquellas Sentencias de nuestro Tribunal Supremo en las que —a mi juicio, precipitadamente— se

da por sentado que nuestro sistema de responsabilidad patrimonial es objetivo, es decir, que la Administración responde en cualquier caso y que lo más que se puede admitir a su favor es que la conducta de la víctima incida sobre el resultado dañoso. En ese sentido, la Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> (Sección 6.<sup>a</sup>) de 29 de mayo de 1991, en cuyo Fundamento Jurídico 2.<sup>o</sup> se lee: «La Administración responde de manera directa y objetiva según el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 106.2 de la Constitución española, de toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento, tanto normal como anormal, de los servicios públicos, prescindiendo de toda suerte de ilicitud o culpa, esto es, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, como con reiteración tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal, como corresponde a un ordenamiento inspirado en la reparación de los daños imputables al funcionamiento administrativo, incluyendo así tanto los daños legítimos derivados de una actuación culpable, como los daños anudados a una actividad ilícita e irreprochable de los servicios de la Administración [pues] aun en los casos en que se aceptase que el empleo de armas de fuego por la policía para detener a una persona que huye del control es un funcionamiento normal del meritado servicio, es obligado atribuir a la Administración la responsabilidad de los daños causados al amparo del artículo 40 antes mencionado y del 106 de la Constitución, que es justamente la ocurrencia del caso de autos, en el que la sospechosa huida de quienes resultaron muertos alejó toda idea de peligro para los agentes de la policía, toda vez que los fallecidos se limitaron a emprender la huida motivados porque en el coche en que viajaban portaban cantidad de género de contrabando; en esta circunstancia el empleo de armas de fuego con resultado irreparable es estimado como medida desproporcionada y excesiva por la falta de agresión, lo que hace notoria e injustificada la medida de detención de personas que huyen; en síntesis, existe desproporción entre el hecho de no atender el alto del control policial y la reacción de la fuerza actuante.» A mi juicio, el razonamiento no es convincente, pues una de dos: o la reacción de la policía fue proporcionada al hecho determinante del uso de las armas de fuego o, como se dice en la Sentencia, hubo una medida desproporcionada y excesiva, lo cual es tanto como reconocer funcionamiento anormal del servicio. Más matizada es, por eso, la doctrina desestimatoria que sienta la Sentencia (Sala 3.<sup>a</sup>) de 15 de mayo de 1984 (en la carretera había señalización de «firme irregular») o la de 11 de

febrero de 1987 (la mancha de aceite que provocó el accidente posiblemente se debió a derrame o pérdida de un vehículo, sin que conste si fue inmediatamente anterior, pero en cualquier caso intervención de un tercero ajeno a la Administración). La discutible solución de esta Sentencia salta a la vista.

Aparte de las Sentencias citadas, es frecuente encontrar pronunciamientos del Tribunal Supremo que tratan de imponer límites a la desmedida extensión de la responsabilidad objetiva, deteniéndose en el análisis de las circunstancias del caso concreto. En la Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> de 16 de marzo de 1995 (accidente de tráfico consecuencia del defectuoso estado de la señalización de la carretera) se lee, en el Fundamento Jurídico 2.º: «La primera enseñanza jurídica que da el mentado precepto es que no se trata de una responsabilidad objetiva derivada de cualquier lesión que el particular sufra en sus bienes y derechos, sino que dicha lesión siempre ha de ser consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, entendido en su sentido amplio, como actividad de la Administración en cualquiera de sus manifestaciones. La segunda enseñanza jurídica ... es que el daño alegado por los particulares habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas.» A continuación (Fundamento Jurídico 3.º), la Sentencia recuerda los preceptos del Código de la Circulación (arts. 39 y 41 del entonces vigente) que recogen el principio de que en todo caso la Administración habrá de mantener la calzada libre y expedita, debiendo señalar convenientemente la existencia de posibles obstáculos en la carretera que impidan o dificulten la circulación; es decir, «no basta con tener señalización, sino que ésta habrá de ser adecuada». Y al no serlo en el caso de autos, procede declarar la indemnización solicitada.

La Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> de 22 de julio de 1988 resuelve un supuesto que, desgraciadamente, resulta ser frecuente en nuestras cárceles: la muerte de un recluso asesinado por sus compañeros. Para el Tribunal Supremo, el desarrollo de los hechos «implica que el servicio público de prisiones funcionó deficiente o anormalmente, el servicio de vigilancia en la galería en que ocurrieron los hechos brilló por su ausencia, las cerraduras de las celdas resultaron ser muy deficientes, en la comisión de los hechos tomó parte activa como coautor necesario un recluso adscrito al servicio que gozaba de libertad de movimiento», todo lo cual «permite en este caso una imputación de negligencia a la gestión del servicio público carcelario que supone indudablemente una declaración de responsabilidad de la Administración». En supuesto aná-

logo, la Sentencia de la misma Sala de 15 de julio de 1988 declara que, tratándose de una responsabilidad objetiva, no requiere más requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño. Sin embargo, a continuación se extiende sobre la «mala situación y defectuoso funcionamiento de los servicios del Centro Penitenciario». ¿En qué quedamos: responsabilidad objetiva o mal funcionamiento del servicio? La Sentencia de 13 de junio de 1995 —en caso análogo de interno asesinado en centro penitenciario— entra a examinar cómo funcionó el servicio: «... el riesgo para la vida del interno que fue asesinado resultaba conocido para las autoridades penitenciarias, pues el infortunado se dirigió en tres ocasiones a la Dirección del Centro, poniendo en su conocimiento tal situación».

El suicidio de un enfermo internado en el Hospital Psiquiátrico dependiente de la Diputación Provincial de Badajoz conduce, asimismo, a la Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987 a declarar la responsabilidad patrimonial de dicha entidad pública por entender que «ha incurrido por lo menos en culpa *in vigilando* y es la negligente vigilancia de aquélla la que ha permitido el desencadenamiento de ese resultado de muerte». Hay que entender, pues, *a contrario*, que si la vigilancia hubiese sido correcta no habría habido condena indemnizatoria. Y así se explica, en cambio, que se declare la obligación de indemnizar por los daños causados, por falta de protección policial, en una manifestación autorizada (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986). (La solución será distinta si la manifestación es ilegal y violenta, como veremos en seguida.)

Tiene, asimismo, su fundamento en el mal funcionamiento del servicio la condena de indemnización del Ayuntamiento de P., que declara la Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1987. El reclamante funda su reclamación en la muerte de su madre al caer en una sepultura abierta del cementerio municipal no señalizada ni protegida. Y, asimismo, el anormal funcionamiento de un ascensor utilizado por la limpiadora que trabajaba en el Hospital de Maternidad, al abrirse la puerta del ascensor indebidamente y provocando su caída al foso en la planta sótano, es el fundamento que acoge la Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1988 para condenar a la Administración.

La pregunta en todos estos casos es siempre la misma: ¿y si no se hubiese probado el mal funcionamiento o la negligencia administrativa? Alguna Sentencia contesta tajantemente: pues que no hay lugar a indemnización. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo

de 22 de abril de 1994 niega indemnización a manifestante lesionado por la Guardia Civil, pues «el deber jurídico de soportar el daño existe cuando el lesionado se ha colocado en una situación de riesgo, tomando parte voluntariamente en una manifestación ilegal y violenta...» (¿y no se coloca en esa misma situación de riesgo el contrabandista que huye desatendiendo el «alto» de la policía que referíamos en Sentencia anteriormente citada?).

2) El hecho, empero, es que nuestro Derecho positivo habla expresamente del funcionamiento *normal* de los servicios públicos; y, si esto es así, ¿qué se requiere para que se declare la responsabilidad de la Administración cuando el funcionamiento del servicio público ha sido normal?; ¿se trata quizá de un exceso verbal del legislador que no tiene aplicación práctica posible? Ciertamente, nuestro Ordenamiento positivo ha abierto aquí un supuesto de responsabilidad sin falta que tiene su causa en el funcionamiento normal de los servicios públicos y su fundamento en un principio de solidaridad y de reparto entre los administrados de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos y las obras públicas. Recordemos, en primer lugar, la Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1971, que, con un criterio innovador que merece ser subrayado y alabado, reconoce el derecho a indemnización por los perjuicios causados a determinados vecinos de una calle cuyos domicilios e industrias resultaron perjudicados por privación de luz y ventilación y dificultad de acceder a los mismos, con motivo de las obras públicas ejecutadas en las vías de acceso a una carretera general. La existencia de tales daños se da por supuesta en la Sentencia; al haberse elevado la nueva calle con respecto a la anteriormente existente, surge una vía de comunicación en forma de rampa que deja los accesos de las casas afectadas en una especie de fosa de difícil comunicación y de escasa luz y ventilación. Probada la existencia del daño o perjuicio, el Tribunal Supremo da lugar a la indemnización. Análoga doctrina se reitera en la Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> de 9 de abril de 1985; y, en parecido supuesto, es más matizada la Sentencia (Sala 3.<sup>a</sup>) de 30 de enero de 1989, puesto que hay que distinguir entre «un derecho subjetivo a la existencia de un acceso en las mismas condiciones en que se hallaba con anterioridad a la obra de urbanización y el derecho de los particulares a no ser dañados aun en el caso del ejercicio de un derecho legítimo por parte de la Administración».

C) *La reacción crítica.*

1) Ciertamente, la tozudez de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al insistir en el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, así como la repetición literal del artículo 40 de la LRJ por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992 (olvidando que la Constitución ha suprimido la expresión «funcionamiento normal»), encuentra un poderoso respaldo doctrinal en la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA y de quienes han seguido sus enseñanzas. Sustituir el punto de vista de la licitud o no del causante del daño por el punto de vista objetivo del daño efectivamente causado, «cuando el lesionado no tiene el deber legal de soportar dicho daño», no deja de ser un planteamiento novedoso y, desde luego, sugestivo. A mi juicio, contiene, empero, una insalvable *contradictio in terminis*, ya que es cabalmente en los supuestos en que el administrado tiene la obligación de soportar el daño —como son los supuestos expropiatorios— en los que jamás se ha discutido el derecho a indemnización. Pero, dicho esto, reconozco mi casi inquietante soledad cuando tozuda e ininterrumpidamente he venido manteniendo que la interpretación del antiguo artículo 40 debe hacerse teniendo en cuenta que la regla general es el funcionamiento *anormal* del servicio público para justificar la indemnización; y que la expresión funcionamiento *normal* cubre los supuestos de *riesgo creado* y el de aquellas actuaciones administrativas —en especial obras públicas— que causan perjuicios singulares que, por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, justifica la obligación de reparar.

Observo, sin embargo, que, afortunadamente, de pocos años a esta parte se están produciendo reacciones que tienden a frenar una expansiva jurisprudencia cuyas últimas consecuencias aún están por ver. PARADA VÁZQUEZ se ha referido a cómo la generosidad de la fórmula legal española ha producido «un cierto pánico doctrinal» —que él no comparte, por cierto— del que son exponentes NIETO y SÁNCHEZ MORÓN, advirtiendo que «en una sociedad que tiene por base el beneficio individual y que, por consiguiente, dista de alcanzar el ideal igualitario, la antedicha socialización de los riesgos podría llevar a resultados excesivos a través de una hipertrofia del sistema de responsabilidad civil, cargando a las espaldas de la sociedad en su conjunto con pesados gastos que, en justicia, tampoco ella debe soportar».

2) Empero, lo que resulta curioso advertir es que haya sido un civilista, F. PANTALEÓN PRIETO, quien, con «*los anteojos del civilis-*

ta» (y éste es el título de su trabajo en «Documentación Administrativa», núms. 237-238, 1994), se haya propuesto «una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas». Con independencia de que personalmente me agrade oírle decir (o, mejor dicho, «leerle decir») que mis tesis «no siempre han sido valoradas justamente», la fuerza dialéctica que pone en sus escritos resulta ciertamente convincente. Para empezar, comienza con el análisis del caso resuelto por Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> (Sección 4.<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991. Una enferma ingresa en una residencia sanitaria de la Seguridad Social presentando aneurismas gigantes en ambas carótidas. El cirujano que la intervino optó por reducir primero el aneurisma del lado derecho y, al no ser posible obliterar su cuello con un clip de Hefetz, se decidió por ocluir la carótida próxima al aneurisma con el mismo clip. Unos días después, la paciente sufrió una hemiparasia braquiofacial izquierda que le ha dejado graves secuelas. Aunque la actuación del cirujano fue irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis* (pues *ex ante* no había motivo para pensar que los riesgos para la paciente eran mayores por ocuparse primero del aneurisma del lado derecho), *a posteriori* podía afirmarse que hubiera sido mejor opción resolver en primer lugar el aneurisma de la carótida izquierda. Se reclamó al INSALUD que reconociera el derecho de doña María Teresa a la mejor rehabilitación posible, le pagase durante el resto de su vida el salario correspondiente a una empleada del servicio doméstico en jornada de ocho horas e indemnizase los gastos y daños físicos y morales en la suma de 19.212.700 pesetas. Tales pretensiones fueron estimadas en parte por una Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial de Madrid de 4 de noviembre de 1985 y confirmada por el Tribunal Supremo.

La crítica que la referida Sentencia merece a PANTALEÓN es, literalmente hablando, despiadada. «No veo ninguna razón convincente —nos dice— para conceder a doña María Teresa esos más de diez millones de indemnización cuando no se le conceden a quien resulta igualmente incapacitado a causa de un desafortunado resbalón en la bañera. Y me parece obvio que los merecería más el segundo si, por razón de su incapacidad, él y su familia quedarán en una situación de necesidad económica más grave que la de doña María Teresa y su familia. Y no tendría ninguna duda si no estaría aún más justificado emplear dichos millones en adquirir más aparatos de diálisis para proporcionar más años de vida a más enfermos de riñón, o en acabar con la peligrosa curva donde estadísticamente se matan o lesionan varias personas cada año, o en ayudar a los que mueren de hambre en el Tercer Mundo.»

En definitiva, según PANTALEÓN, la interpretación que se viene haciendo del «funcionamiento normal de los servicios públicos» no es otra cosa *«que un mecanismo de redistribución perversa de la renta, puesto que indemnizar es restituir al rico su riqueza y al pobre su pobreza»*. Y finaliza así: *«Ha llegado el momento de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que no hay deber de soportar, entre la responsabilidad que hemos llamado daños cuasiexpropiatorios, de evidente conexión con la expropiación forzosa, pues entre ésta y la responsabilidad por riesgo existe una profunda sima principal.»*

3) Creo que estábamos a tiempo de arreglar las cosas. La Ley 30/1992 tuvo tan mala acogida por la doctrina administrativista que por diferentes conductos se propuso su urgente modificación, al menos en sus puntos esenciales, uno de los cuales podría ser el relativo a la responsabilidad patrimonial de la Administración. En el mes de febrero de 1997 tuvo lugar en Sevilla, organizada por el Departamento de Derecho administrativo de aquella Universidad, una reunión de Profesores de Derecho administrativo en la que cabalmente me cupo exponer la Ponencia relativa a la modificación del Título X de la Ley, relativo al tema que nos ocupa. Mi propuesta fue, aparte otras cuestiones que en este momento no me interesa tratar, la sustitución en el artículo 139.1 de la expresión «por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» por la, a mi juicio más acertada, de «por el funcionamiento de los servicios públicos». Al fin y al cabo, esto es lo que literalmente ha recogido en su artículo 106.2 la Constitución española, que, por cierto, en su artículo 121, al tratar de la responsabilidad de la Administración de Justicia, señala, junto al *error judicial*, el *«funcionamiento anormal de la Administración de Justicia»*, como causa generadora de un derecho a indemnización a cargo del Estado. Aquí el constituyente fue más precavido y bien podríamos afirmar que si por mal funcionamiento se entiende —como ha entendido, a veces, el Tribunal Constitucional— el retraso y la lentitud en la Administración de Justicia, no habría dinero en los Presupuestos Generales del Estado para compensar debidamente los perjuicios sufridos por miles de ciudadanos que en estos momentos esperan la solución de sus litigios.

Se me podría decir, naturalmente, que esto es cabalmente lo que la justicia postula; pero, aun así, entiendo que esos cientos de miles de millones de pesetas necesarias a lo que deben dedicarse

es a una reestructuración de Juzgados y Tribunales para que el mal funcionamiento no se produzca.

D) *La ocasión desaprovechada.*

Como se ha visto en los apartados anteriores, algunas de las más reiterativas críticas de la doctrina forzaron la reforma que introdujo la Ley 4/1999 y fueron recogidas en el nuevo articulado. No ocurrió así, empero, con lo relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. Creo que fue una ocasión perdida en un doble sentido: de una parte, para revisar lo relativo al funcionamiento *normal* de los servicios públicos, que ha conducido a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales *generosamente ilimitadas*; de otra, para haber abordado el tema de la responsabilidad del Estado legislador, que ha venido a ratificar la absurda tesis de que la ley es responsable... cuando la ley diga que lo es.

Precisamente por eso, me limitaré a repetir aquí lo que constituyó mi propuesta en la ya citada «reunión de Sevilla» (y luego recogida en «REDA», núm. 94, 1997):

— *Artículo 139.1.* «Funcionamiento de los servicios públicos» es la expresión que se contiene en el artículo 106.2 de la Constitución española, por lo que para evitar el deslizamiento a un *seguro global* de los meros accidentes de los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, se propone que el inciso final del 139.1 quede redactado así: «... sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

— *Artículo 139.3.* La responsabilidad por la aplicación de leyes y actos legislativos se resuelve de manera poco satisfactoria: 1) por la construcción gramatical negativa del precepto, y 2) por la propia *contradictio in terminis* que contiene. Así es que se propone la siguiente redacción:

*«Las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por los perjuicios que cause la aplicación de leyes y normas con valor de ley en los siguientes supuestos:*

- a) *Cuando se trate de leyes de carácter expropiatorio.*
- b) *Cuando la ley que se aplica sea declarada inconstitucional.*

c) *En los demás casos, cuando así se establezca en los propios actos legislativos o el perjuicio se cause con carácter singular.»*

El inciso «... que éstos no tengan el deber jurídico de soportar» es precisamente contradictorio con la existencia misma de leyes expropiatorias: por ejemplo, las que, en ejecución de normas comunitarias, obliguen a arrancar viñedos, a sacrificar vacas o a disminuir la producción lechera. ¿Acaso no existe la obligación legal de cumplir estas leyes; por tanto, de soportar sus perjuicios? La solución hay que buscarla en su carácter expropiatorio, en el bien entendido que existe el deber de soportar el daño que la expropiación pueda suponer. Y, por lo que se refiere a las leyes que causan un daño singular, la combinación sistemática de los principios de buena fe y confianza legítima (ya estudiados) con el muy fundamental de *igualdad ante las cargas públicas* constituye la respuesta adecuada.

Añadiré que lo dicho coincide sustancialmente con la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS de 11 de octubre de 1991 (Ponente: PUJALTE CLARIANA), a mi juicio la que con ideas más claras se enfrentó con este tema, antes de la publicación de la Ley 30/1992 (*asunto: petición de indemnización promovida por «Pedro Domeq, S.A.»*).

E) *Un acierto evidente: la unidad jurisdiccional.*

Recordemos que en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas la unidad jurisdiccional (atribución de la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa) consagrada en la Ley de 1956 —art. 3.<sup>o</sup>.b)— se rompió, desafortunadamente, con la LRJAE de 1957, al distinguir los supuestos en que la actividad administrativa causante del daño se realizaba bajo régimen de Derecho privado (art. 14). Este desafortunado *paso atrás* debió ser corregido por la Ley 30/1992, tan deseosa de encontrar errores en la legislación anterior. Sin embargo, no lo fue; antes bien, abrió las puertas a la confusión con los contradictorios preceptos que se contienen en sus artículos 145 (para hacer efectiva la responsabilidad de autoridades y funcionarios los particulares se dirigirán directamente a la Administración competente, sin perjuicio de la acción de repetición de ésta sobre su personal) y 146 (la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración se exigirá «de acuerdo con lo previsto en la legislación

correspondiente»). El «peregrinaje jurisdiccional» (según la expresión acuñada por la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS) ha constituido durante estos años una de las «pesadillas» del particular reclamante (y de su abogado).

En este sentido, la Ley 4/1999 viene oportunamente a corregir la situación con la nueva redacción dada al artículo 145: reclamación directa ante la Administración, facultad de ésta de repetir contra la autoridad o personal causante del daño y, en cualquier caso, la resolución que se dicte pone fin a la vía administrativa.

Bien es cierto que no hubiese estado de más que se hubiese añadido que contra dicha resolución procedería el recurso contencioso-administrativo. Pero es el caso que el tema estaba ya resuelto en la nueva Ley 29/1998 de la jurisdicción —art. 2.º.e)— y, sobre todo, en la nueva redacción dada al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 por la Ley Orgánica 6/1998, cuya innovativa redacción merece la pena ser recordada:

«Conocerán asimismo [los Juzgados y Tribunales de la JCA] de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. *Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.*»

Importante precepto que inexplicablemente *no tiene reflejo a lo largo de la Ley 29/1998* (ni siquiera al hablar de la parte demandada) y del cual se deduce: 1) que la JCA conoce necesariamente de las acciones y reclamaciones contra el personal a su servicio (en régimen funcional o laboral), y, sobre todo, 2) que los sujetos privados coautores del daño deben ser demandados y, en su caso, *condenados por la JCA*. Una auténtica novedad en nuestro Derecho.

