

SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD

**CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LOS EFECTOS
DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO EN EL
EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS**

VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ

**DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I DRET PROCESSAL
SECCIÓ DE DRET ADMINISTRATIU
UNIVERSITAT DE BARCELONA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO
(RD 185/1985, DE 23 DE ENERO)**

**DIRECTOR
DR. TOMÀS FONT I LLOVET
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

1

**PROGRAMA DE DOCTORADO
DRET ADMINISTRATIU, BIENNI 1990-1991, 1991-1992**

BARCELONA, 1996

CAPÍTULO SEGUNDO. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LA TEORÍA DE LOS PODERES Y DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

I.- LOS EFECTOS DEL TRANCURSO DEL TIEMPO EN EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS: PANORÁMICA GENERAL

1.- La influencia del transcurso del tiempo en el ejercicio de potestades administrativas: Plazos de prescripción y de caducidad

El problema de la inactividad administrativa puede y debe enfocarse a través de la teoría de las potestades administrativas, pues a través de ellas se lleva a cabo todavía una parte importante de la actuación de nuestras Administraciones públicas. En este sentido, el factor tiempo ha sido un elemento constante que el ordenamiento jurídico ha tenido presente, si bien con diversa intensidad, al otorgar potestades a la Administración pública ⁵⁶⁹. Ello plantea el tema de como influye el tiempo en las potestades administrativas: ¿Puede la Administración en el ejercicio de sus potestades dictar disposiciones y actos administrativos sin limitación de tiempo o por el contrario su actuación deviene tasada por un tiempo prefijado, transcurrido el cual se convierte en ilegal y quizás también inválida ⁵⁷⁰?

Para analizar esta cuestión hemos de acudir necesariamente a la clásica obra de Santi ROMANO quien sentó las bases de la teoría de las potestades ⁵⁷¹. Según este autor los poderes, entre ellos las potestades, son imprescriptibles. Ahora bien "el no ejercicio de ellos

⁵⁶⁹ En este sentido el profesor Juan Manuel ALEGRE ÁVILA ha advertido que: "La escasa atención prestada hasta la fecha en la doctrina a esta vertiente cronológica o temporal en el ejercicio de las potestades administrativas, no debe hacernos ignorar, sin embargo la trascendencia de aquélla para el correcto funcionamiento de la competencia. Esta tiene unas ineludibles exigencias cronológicas, en modo alguno irrelevantes, que en último término apelan al principio de eficacia en la actuación de las Administraciones públicas, hoy postulado constitucional dotado de fuerza normadora directa." *Vid.* de este autor "Silencio administrativo positivo y potestad fiscalizadora de la Administración" en *Quincena Fiscal* 10, marzo 1993, p. 26.

⁵⁷⁰ Sobre la distinción legalidad-validez-eficacia es capital el "Estudio preliminar" del profesor Alejandro NIETO GARCÍA a la obra de Margarita BELADÍEZ ROJO: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Ed. Marcial Pons, Col. "Monografías jurídicas", Madrid, 1994, pp. 10-12.

⁵⁷¹ *Vid.* de este autor su obra *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, traducción de Santiago SENTÍ MELENDO y Marino AYERRA REDÍN. Especialmente las voces "Decadencia" en las pp. 121-129 y "Poderes, potestades" en las pp. 297-347.

durante un cierto tiempo podrá dar lugar a figuras distintas de aquélla de la pérdida del poder, que debe excluirse siempre" ⁵⁷². Entre estas figuras destacaba la decadencia o caducidad (*decadenza*) la cual "determina la imposibilidad de ejercitar un poder en casos singulares, cuando se ha dejado transcurrir los términos prefijados para su ejercicio", pero dejaba el poder siempre íntegro y a disposición de poderse ejercitar en los demás casos. Por tanto, para este autor la prescripción en el Derecho privado corresponde a los derechos y a su pérdida, mientras que la decadencia pertenece a los poderes y no a su pérdida, sino a su ejercicio. Finalmente examina la prescripción en el Derecho penal, señalando que aquí no se trata de una mera decadencia sino que tiene el efecto de extinguir el delito.

Desde esta perspectiva el tiempo constituye un límite al ejercicio de determinadas potestades, impidiendo su actuación ya que el ordenamiento jurídico no cubre el ejercicio del poder cuando este escapa de los márgenes que el Derecho previamente ha marcado. La teoría de las potestades nace en el Estado de Derecho como una explicación dogmática de la limitación del poder público que implica el principio de legalidad. Estamos, por tanto, ante un poder que no nace de la misma persona que lo detenta, sino que es otorgado por el ordenamiento jurídico con un alcance limitado y medido para proceder a su ejercicio. Entre los límites que el Derecho ha recogido y delimitado está la misma realidad física sobre la cual opera la potestad administrativa: piénsese en la existencia de derechos e intereses legítimos de los particulares que no pueden quedar indefinidamente en manos de la Administración pública. Hasta el punto que el ordenamiento jurídico establece un tiempo preciso para el ejercicio de la potestad administrativa, la infracción del cual se traduce en una prohibición de ejercitarla de forma intempestiva (prescripción) o extemporánea (caducidad).

Se plantea, en este punto, el tradicional dilema que han tenido los juristas entre los plazos

⁵⁷² Según GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto: "La imposibilidad de que la Administración dicte una resolución expresa tardía en estos casos no constituye una pérdida de potestad de la Administración, sino sencillamente una limitación a su actuación mediante el sometimiento de la retirada del acto presunto a unos cauces determinados, lo que constituye garantía para el interesado del citado acto presunto." *Vid.* de este autor *El silencio administrativo en el Derecho... op. cit.* p. 209.

de prescripción y los plazos de caducidad ⁵⁷³. Hemos visto anteriormente como Santi ROMANO solucionaba la cuestión acudiendo al binomio: derecho subjetivo-prescripción/ejercicio de potestad-decadencia o caducidad. Sin embargo, puede detectarse como nuestro ordenamiento jurídico establece en relación al ejercicio de determinadas potestades públicas plazos de prescripción, mientras que en otros casos opta por la caducidad. Entre los supuestos en los que rige la prescripción se encuentra el ejercicio de potestades como la sancionatoria y la tributaria, mientras que en otros casos, tales como la autorizatoria cuando es sujeta al régimen del silencio positivo ⁵⁷⁴ o la de revisión de oficio de los actos administrativos anulables se someten a plazos de caducidad ⁵⁷⁵.

Esta dialéctica puede ser superada si consideramos que lo que prescribe o caduca, en realidad, son las facultades jurídicas que, como parcelas de un poder concreto, forman parte

⁵⁷³ Sobre esta distinción en el ámbito del proceso contencioso-administrativo *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo: ¿Prescripción o caducidad?" en *RAP* 58, 1969, pp. 185-208.

⁵⁷⁴ La infracción de los plazos de caducidad para otorgar ciertas autorizaciones dan lugar a la conocida técnica del silencio positivo, de acuerdo con el art. 43.2 de la LRJPAC. Es significativa en este punto la STS de 18 de abril de 1983 (ref. Ar. 2.098): "[...] basta examinar la doctrina jurisprudencial para llegar a la conclusión de que el silencio administrativo positivo, tal como lo instaura el art. 95 de la LPA, *no vienen a participar de la naturaleza de la prescripción*, que es el último de los conceptos expresados, *sino de la naturaleza de la caducidad*, pues como indica la STS de 14 de octubre de 1968 (ref. Ar. 4.342), ella tiene como característica el constituir un hecho jurídico, no un acto, ya que se halla relacionado con la voluntad del organismo, al que la norma, por el mero transcurso del plazo establecido, atribuye unos determinados efectos que, posteriormente, no pueden ser desconocidos ya que como indica la STS de 20 de mayo de 1966 (ref. Ar. 2.826), el silencio positivo actúa "ope legis" y "tan pronto como el plazo que lo engendra se realiza" (la cursiva es nuestra)." Sobre el tema *vid. el art. 82 de la Ley catalana 13/1989*, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, donde pese a que se habla de interrupción del plazo, se señala que después continua su cómputo, no que vuelva a iniciarse de nuevo como correspondería a la prescripción.

⁵⁷⁵ Así el art. 103.1.b) de la LRJPAC establece como requisito para la revisión de los actos anulables: "Que el procedimiento de revisión se inicie antes de transcurridos cuatro años desde que se dictaron." Sobre el tema *vid.* BELADÍEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia... op. cit.* cuando habla en las pp. 267-270 de "La convalidación por prescripción". Desde otra perspectiva, según veremos más adelante al tratar específicamente de los efectos del tiempo en la potestad de revisión de oficio, consideramos que esta potestad por lo que se refiere a los actos anulables está sometida a plazos de caducidad y no de prescripción. Así creemos que el inicio de un procedimiento de revisión de oficio no interrumpirá el cómputo del plazo, habiéndose de iniciar otra vez de nuevo. De tal forma que si el procedimiento de revisión finaliza sin anular el acto, solamente podría iniciarse un nuevo procedimiento por otros motivos dentro del resto del plazo que queda por computar.

del derecho subjetivo o de la potestad. Es en este sentido que la legislación aplicable utiliza en muchas ocasiones la expresión "acción" para referirse al instituto de la prescripción. No estamos en este caso ante una acción procesal, pues como veremos existe una opinión generalizada que entiende la naturaleza sustantiva de la prescripción ⁵⁷⁶, sino ante lo que sería una acción en sentido sustantivo o quizás más propiamente una facultad. Por tanto, lo que prescribe o caduca no es los derechos y potestades, sino las facultades que se ejercitan a través de los mismos. Lo que si puede suceder es que tales derechos y potestades quedan afectados mediatamente en cuanto son limitados, modificados o reducidos por la prescripción o caducidad de las facultades que subyacen en los mismos ⁵⁷⁷.

Tales facultades pueden ser de dos tipos: de modificación jurídica y de exigir. Las facultades de modificación jurídica son aquellas que permiten a su titular, en nuestro caso a la Administración, influir decisivamente en la configuración de una situación jurídica, constituyéndola, modificándola o extinguiéndola. El posible ejercicio de una potestad administrativa, por darse las circunstancias exigibles en aquel caso, provoca en el particular una situación provisional o transitoria que requiere un rápido tránsito a una situación definitiva ⁵⁷⁸. Por tanto, estos supuestos responden a una situación jurídica en la que debe darse una rápida certeza, ya que es un caso pendiente de una posible o eventual modificación y, por tanto, la solución jurídica coherente es la caducidad (pensemos en el caso de un acto viciado por algunos de los motivos que el art. 63 de la LRJPAC establece para la anulabilidad, produciéndose una situación claudicante que genera efectos mientras no se

⁵⁷⁶ Si se considera la acción como el objeto propio de la prescripción se deriva como consecuencia el hecho de que ésta tendrá una eficacia meramente procesal, como un simple remedio de las partes en el proceso que alegan frente al carácter extemporáneo de la pretensión de la otra parte.

⁵⁷⁷ En relación a la prescripción de facultades como parcelas de un derecho subjetivo, en el ámbito civil *vid.* el capital trabajo del profesor Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *La prescripción en el Código civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1964, pp. 36 y 37.

⁵⁷⁸ La STS de 20 de febrero de 1980 (ref. Ar. 1.723) destaca como una de las finalidades del silencio positivo "[...] no mantener al administrado indefinidamente en la inseguridad de no conocer la resolución que se da a su solicitud." Asimismo la STS de 10 de mayo de 1990 (ref. Ar. 3.743) explica que: "[...] los efectos del silencio son de carácter positivo, por cuanto suponen el reconocimiento de unos derechos que no pueden quedar indefinidamente bajo la incertidumbre [...]."

impugne o bien cuando el particular no puede realizar una concreta actividad, mientras no obtenga la correspondiente autorización). En cambio las facultades extintivas son aquellas en que su titular puede dirigirse a otra persona exigiéndole una acción o una omisión. En estos casos, el transcurso del tiempo provoca la prescripción. Esta institución está orientada, por tanto, a situaciones en las que no rige una imperiosa necesidad de solventar el estatus de los implicados, sino que se fundamenta en evitar un ejercicio intempestivo, cuando ya razonablemente no se podía esperar que se ejercitara la potestad o cuando los medios de defensa han desaparecido o son de difícil actualización ⁵⁷⁹.

La actuación administrativa, como ejercicio de potestades públicas, se plasma en una serie de trámites formalizados que integran el procedimiento administrativo. Es por ello que creemos que debe distinguirse entre el tiempo en cuanto afecta al ejercicio de la potestad en sí misma y cuando se refiere a la tramitación del procedimiento en que aquélla se plasma. Hasta fechas relativamente recientes la legislación de procedimiento venía distinguiendo entre plazo máximo de duración (art. 61 de la LPA de 1958) y plazos para la producción del silencio (arts. 94 y 95 de la LPA de 1958, así como disposiciones sectoriales). En la actualidad se ha venido a unificar ambos plazos por lo que no puede afirmarse su mero carácter procedimental. Esta disociación entre plazo de resolución del procedimiento y plazo de producción del silencio comportó que esta institución no tuviera carácter general hasta la LPA de 1958 ⁵⁸⁰. La unificación de plazos comporta, por tanto, la superación definitiva de tales posiciones.

⁵⁷⁹ Vid. *La prescripción...* op. cit. p. 38. Asimismo vid. GARBERÍ LLOBREGAT, José: "[...] la caducidad referida al derecho material únicamente se da cita en los denominados "derechos de configuración jurídica" (ROSENBERG-SCHWAB, GIMENO SENDRA, DÍEZ-PICAZO), es decir, aquellos que confieren a su titular la facultad de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica, facultad constitutiva cuyo ejercicio, también por imperativos dimanantes del principio de seguridad jurídica (art. 9.3), se somete a severos plazos de caducidad. Mas, de forma evidente, el "ius puniendi" no responde ontológicamente a ésta última categoría de derechos; su ejercicio no entraña facultades constitutivas sino facultades de condena, razón por la cual es perfectamente comprensible que el mismo quede afectado por plazos de prescripción y no por períodos de caducidad." Vid. de este autor *El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios ... op. cit.* p. 142.

⁵⁸⁰ La LPA si bien generalizó el silencio administrativo venía manteniendo por inercia histórica la distinción de plazos.

En relación al procedimiento administrativo debe destacarse la influencia que ha tenido el proceso contencioso-administrativo donde la caducidad y la preclusión de plazos han constituido la regla imperante. Este fenómeno ha sido descrito detalladamente por SANTAMARÍA PASTOR ⁵⁸¹, según el cual el proceso contencioso-administrativo durante su evolución bajo el dogma de la jurisdicción revisora va adoptando paulatinamente los plazos de caducidad en las diversas fases de su tramitación. En esta evolución el procedimiento administrativo se va jurisdiccionalizando, convirtiéndose en una primera instancia de lo que posteriormente se conocerá en vía contenciosa y, por tanto, va mimetizando las técnicas procesales de la jurisdicción de la que trae causa.

Por lo que respecta al ejercicio de potestades públicas, como hemos visto, en determinadas ocasiones se someten a plazos de prescripción mientras que en otras a plazos de caducidad, dependiendo de cómo el ordenamiento jurídico haya configurado tal potestad en relación a la realidad sobre la cual incide. Si bien es también perfectamente posible que las potestades administrativas no estén sometidas a ningún tipo de plazo preclusivo o régimen de caducidad, debiendo en tales casos acudir el particular en caso de disconformidad a los tribunales a través de la técnica del silencio negativo si la Administración se niega a atender su solicitud ⁵⁸². En estos casos el ejercicio de la potestad puede no estar sometida a un plazo determinado al primar frente a la seguridad jurídica algún otro principio o valor constitucional. Así al prevalecer el principio de legalidad la potestad de revisión de los actos nulos de pleno derecho podrá ejercitarse en principio en cualquier momento ⁵⁸³. En otros

⁵⁸¹ "El problema de los plazos..." *op. cit.* pp. 185-208.

⁵⁸² En la STS de 17 de noviembre de 1973 (ref. Ar. 4.800) pronunciada durante la vigencia de la LPA de 1958 y por tanto cuando el silencio positivo constituía un régimen excepcional respecto al silencio negativo, se señalaba que: "[...] la Administración debe resolver las cuestiones o reclamaciones planteadas y en caso de no hacerlo normalmente no se produce la caducidad, porque los poderes resolutorios de la Administración no están sometidos a la misma, por lo tanto, para que se produzca el silencio administrativo (positivo) en este supuesto, o sea para que la inactividad de la Administración en resolver una cuestión de su competencia produzca efectos jurídicos, es preciso que un precepto legal así lo establezca." Por tanto la vigencia del silencio negativo no somete el ejercicio de potestades administrativas a un plazo de caducidad, situación que era bastante generalizada durante el sistema de la LPA de 1958.

⁵⁸³ Vid. al respecto BELADÍEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 267-270.

supuestos, como es el ejercicio de la potestad reglamentaria, será la necesidad de hacer efectivo la colaboración entre Ley y reglamento ⁵⁸⁴, el factor que implicará que no existan plazos de caducidad ⁵⁸⁵ y por tanto la decadencia de tal potestad normativa ⁵⁸⁶.

Lo que interesa destacar en este momento es la diferencia de regímenes jurídicos a que quedan sometidas respectivamente la caducidad sustancial, esto que es la que incide directamente sobre el ejercicio de la potestad y la caducidad procedimental, es decir la que tan sólo afecta al procedimiento administrativo. En este último caso los poderes de la Administración permanecen intactos, mientras que cuando la caducidad se manifiesta en relación al ejercicio de potestades administrativas la Administración queda vinculada respecto a ese supuesto concreto.

En todo caso, la caducidad en cuanto genera efectos substanciales que limitan el ejercicio de la potestad, puede implicar la invalidez de las actuaciones administrativas posteriores que pudieran ampararse en la misma potestad. Para determinar la invalidez de tales actuaciones debe acudir al concepto de competencia, en cuanto ésta supone "la medida de la potestad que corresponde a cada órgano ⁵⁸⁷." Debe señalarse que la legislación no habla de potestades al tipificar los diversos supuestos de invalidez, sino que precisa más a través de la competencia en cuanto ésta viene a concretar el concepto de potestad en relación a un órgano administrativo determinado. En este sentido, según se ha señalado "la potestad es un

⁵⁸⁴ Vid. las SSTS de 25 abril de 1983 (ref. 2036) y 20 de julio de 1983 (ref. Ar. 3.879). Según ésta última: "[...] ni la naturaleza del plazo ni la finalidad de su establecimiento llevan a la nulidad de la disposición regida por él, sino que la intención de ese plazo es la rápida integración de los funcionarios en el Cuerpo creado y la nulidad supondría un retraso, contrario a lo pretendido en esa disposición final."

⁵⁸⁵ La doctrina legal del Consejo de Estado es constante en afirmar la no caducidad de los plazos del ejercicio de la potestad reglamentaria. Vid. dictámenes 39.264, de 12 de julio de 1974, 39.024, de 30 de mayo de 1974, 40.562, de 2 de diciembre de 1976, 40.800, de 17 de marzo de 1977, 44.442, de 15 de julio de 1982, 45.169, de 28 de abril de 1983. Vid. además la STS de 18 de julio de 1991 (ref. Ar. 6.350).

⁵⁸⁶ Ello no implica que pudieran extraerse otro tipo de consecuencias jurídicas como es la exigencia de responsabilidad o bien la aplicación directa de la norma.

⁵⁸⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I*, 7ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 527 y 610.

prius y la competencia es un *posterius* o una mera consecuencia de poseer la primera" ⁵⁸⁸. De tal forma que si "esa norma previa habilitante falta, si ha perdido vigencia o si es inaplicable en un caso concreto, el órgano administrativo implicado en el mismo será manifiestamente incompetente para actuar" ⁵⁸⁹. Por tanto, cuando transcurren los plazos de caducidad establecidos en la legislación al atribuir la correspondiente potestad, la norma previa ha perdido vigencia por el transcurso del tiempo, siendo inaplicable en el caso concreto ⁵⁹⁰. En este supuesto estaremos, consiguientemente, en un supuesto de nulidad o anulabilidad, tipificados respectivamente por los art. 62.1.b) y 63 de la LRJPAC ⁵⁹¹. Debe advertirse, en este sentido, que a parte del supuesto de incompetencia manifiesta (nulidad de pleno derecho), el art. 63.3 de la LRJPAC establece que la realización de actuaciones administrativas del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término plazo.

Lo que interesa poner de relieve es que no estamos ante un mero incumplimiento de un

⁵⁸⁸ Vid. TRAYTER I JIMÉNEZ, Joan Manuel: "Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Ed.): *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantías jurisdiccionales). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 843, también publicado en TORNOS MAS, Joaquín (Ed.): *Administración pública y procedimiento administrativo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 265.

⁵⁸⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* p. 607.

⁵⁹⁰ Puede rastrearse en la jurisprudencia de agravios y en relación al silencio negativo alguna decisión (Orden de 5 de marzo de 1954, BOE de 2 de octubre de 1954) donde se niega la competencia de la Administración para resolver una vez transcurrido el plazo de silencio administrativo, declarándose la nulidad de una resolución administrativa tardía por cuanto el organismo en cuestión "carecía de jurisdicción para resolver sobre el recurso interpuesto, toda vez que [...] había transcurrido con exceso el plazo de treinta días [...], como término dentro del cual puede válida y expresamente denegado un recurso de reposición, por lo que, por el simple transcurso de dicho plazo, deben entenderse denegadas las pretensiones del reclamante sin ningún aditamento y, en consecuencia, carente de toda virtualidad y eficacia la resolución adoptada." Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: "La llamada doctrina del silencio administrativo" en *RAP* 16, 1955, p. 106. Esta jurisprudencia que en relación al silencio negativo parecía definitivamente superada quizás pudiera resurgir a raíz de la LRJPAC, según veremos en capítulos sucesivos de este trabajo. La misma doctrina trasladada en cambio al ámbito del silencio positivo tendría mayor justificación, si bien cabe señalar la incorrección de utilizar el término jurisdicción en relación a la Administración pública.

⁵⁹¹ Vid. ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: "Silencio administrativo positivo..." *op. cit.* p. 26.

plazo, sino que se está afectando al ejercicio de la propia potestad administrativa y consiguientemente se ha producido una pérdida de competencia por el órgano que debía resolver. ¿Debe tener el mismo tratamiento jurídico a efectos de nulidad absoluta o relativa cuando la actuación administrativa se realiza fuera de un plazo esencial pero puede volverse a ejercitar la potestad nuevamente que cuando no puede hacerse ni una cosa ni la otra? A nuestro modo de ver las causas de anulabilidad contenidas en el 63.3 serían para aquellos casos de caducidad meramente procedimental, mientras que cuando se generan efectos substantivos y se produce una actuación fuera de plazo pero en que se ha perdido la competencia para aquél asunto por haber caducado el ejercicio de la potestad administrativa debería acudir a la nulidad de pleno derecho o *ab radice* ⁵⁹². La cuestión ha sido señalada de forma más clara en aquellos procedimientos en los que intervienen sucesivamente dos órganos distintos, como es el caso de la Comisión provincial de urbanismo respecto a licencias de obras y de construcción de edificios que asume la competencia de la Corporación local por el mero transcurso del tiempo ⁵⁹³. En otras sentencias, sin embargo, la resolución fuera de los plazos establecidos para ello, no se ha visto como una falta de competencia, al limitarse el ejercicio de la potestad, sino como un acto dictado prescindiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido (art. 62.1.e de la LRJPAC y antiguo art. 47.1.c de la LPA) ⁵⁹⁴.

⁵⁹² En apoyo de nuestra tesis podemos citar la STS de 30 de octubre de 1973 (ref. Ar. 3.884) que cuando concluye que no estamos ante un supuesto de silencio positivo advierte que el precepto aplicable es el antiguo art. 49 de la LPA en cuanto las actuaciones administrativas realizadas fuera de plazo sólo implicarán la anulación del acto si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo y la responsabilidad del funcionario causante de la demora si a ello hubiera lugar.

⁵⁹³ Según la STS de 19 de enero de 1979 (ref. Ar. 380): "[...] y como dicha Comisión provincial de urbanismo no se pronunció nunca de modo expreso, la recurrente está en lo cierto al entender y postular, primero, que aquella denegación es nula por emanar de órgano administrativo incompetente, y, segundo, que obtuvo en su día (14 de enero 1972) una licencia de construcción, otorgada tácitamente por la Comisión provincial de Cadiz, a virtud de silencio administrativo positivo." Adviértase que la resolución tardía denegatoria se dicta una vez ya se ha obtenido el silencio positivo. Es decir no se ha traspasado meramente la competencia del Ayuntamiento a la Comisión provincial, sino que ésta última también ha perdido la competencia.

⁵⁹⁴ Para la STS de 26 de noviembre de 1979 (ref. Ar. 4.065): "[...] la doctrina del silencio administrativo positivo o estimatorio [...] supone [...] obstáculo impeditivo para que se pueda dictar otro acto posterior contrario, lo que entrañaría una revocación de oficio realizada sin observar el procedimiento establecido para ello." En igual sentido la STS de 6 de mayo de 1987 (ref. Ar. 5.233). "[...] obtenida por silencio administrativo positivo la licencia litigiosa, habrá que calificar de nula de pleno derecho - artículo 47.1.c) de la Ley de

2.- Los efectos del transcurso del tiempo en diversas clases de potestades administrativas: principales consecuencias jurídicas

2.1.- Los poderes y las potestades administrativas: breves consideraciones en torno a estas categorías y su relevancia a los efectos de una sistematización en este estudio

Las potestades administrativas son una clase específica de las potestades públicas, las cuales a su vez derivan de los poderes del Estado ⁵⁹⁵. Poderes que, según advierte el art. 1.2 de la CE, emanan del pueblo español en quien reside la soberanía nacional. Por tanto, el concepto de potestad pública, ya sea administrativa o no, supone la juridificación y delimitación del poder que la sociedad atribuye al Estado como modo de organización política.

Como es sabido, la separación de poderes constituye uno de los requisitos fundamentales de todo Estado de Derecho. Sin embargo, según ya hemos tenido oportunidad de comprobar, nuestra reciente historia, esencialmente durante el franquismo, se ha caracterizado por la negación real de la separación de poderes, que eran monopolizados por el Jefe del Estado, si bien formalmente era auxiliado por unos órganos subordinados a su autoridad. Durante este período es cuando se construye nuestro Derecho administrativo moderno, en el cual el juez

procedimiento administrativo - la posterior denegación presunta [...]."

⁵⁹⁵ Sobre las potestades administrativas fundamentalmente *vid.* ROMANO, Santi: "Poderes, potestades" ... *op. cit.* y GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* fundamentalmente el cap. VIII *in totum*. Como monografías específicas cabe citar en la doctrina española a: CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: *Las potestades administrativas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986; MORENA Y DE LA MORENA, Luis de la: "La "potestad administrativa": concepto, trascendencia, análisis" en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Ed. Complutense, Madrid, 1994; SUÑÉ LLINÁS, Emilio: "Sobre el concepto de potestad" en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 1.343-1.370.

constituye la "pieza central de todo el sistema jurídico" ⁵⁹⁶.

La necesidad de instrumentar un control jurídico, que se residencia en el juez, lleva a aprovechar esta confusión de poderes existentes, esencialmente entre el Gobierno y la Administración, para someter toda esta actividad (a la que se califica como administrativa) a un intenso control jurisdiccional. El nuevo contexto constitucional, surgido a partir de 1978, crea nuevas instancias de control jurídico, como el Tribunal Constitucional, a la vez que dota de legitimidad democrática al Gobierno al que encomienda una serie de funciones que difícilmente pueden considerarse como meramente administrativas.

En este sentido reviste una capital importancia la distinción entre los diversos poderes y potestades públicas. Además, según veremos, la importancia del tiempo y los efectos de la inactividad son distintos atendiendo al tipo de poder y de potestad que se ejercita.

De esta forma algunos autores parten de la dicotomía entre "potestad/poder y potestad/función" ⁵⁹⁷. En la primera categoría tendríamos a aquellos poderes que son potestades, en cuanto sometidos a los parámetros jurídicos que derivan directamente de la Constitución, pero al mismo tiempo son poderes en cuanto tienen un intenso carácter creativo y se sitúan en el ámbito superior del ordenamiento jurídico. Fundamentalmente estaríamos ante la potestad legislativa y la jurisdiccional. En la segunda categoría se incluirían, en cambio, a aquellas potestades cuyo ejercicio viene condicionado por el sometimiento a los fines que tiene encomendados. Básicamente, sería el caso de las potestades administrativas en cuanto persiguen "servir con objetividad los intereses generales" (art. 103.1 de la CE)

⁵⁹⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1981, p. XV.

⁵⁹⁷ En este sentido vid. CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la: *Las potestades administrativas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 20-22. Como también el trabajo del mismo autor "Potestades administrativas y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder" en *REDA* 38, 1983, pp. 387 y ss.

Cabe advertir, sin embargo, que las denominadas potestades/poder someten también su ejercicio a fines que les son encomendados constitucionalmente. Así como es sabido, el art. 9.2 de la CE señala diversos fines que corresponde a los poderes públicos, precepto que incluye lógicamente al poder legislativo y al poder judicial. Este mandato se viene concretando a lo largo de la misma Constitución, especialmente en el cap. III referido a los principios rectores de la política social y económica. Lo que realmente caracteriza, a nuestro modo de ver, la diferencia entre poderes y potestades públicas no es tanto el sometimiento o no de su ejercicio a un fin determinado, sino el grado de vinculación a parámetros jurídicos. Cuanto menor sea esta vinculación mayor será el poder y viceversa. Así, la potestad legislativa en cuanto sometida exclusivamente al bloque de la constitucionalidad tendrá una menor vinculación a parámetros jurídicos que las potestades administrativas en cuanto las mismas se ejercitan "con sometimiento pleno a la ley y al Derecho" (art. 103.1 CE). Por tanto, parece preferible reservar la expresión poder o potestad-poder para aquellas situaciones donde existe una menor vinculación jurídica y por tanto una mayor libertad de actuación, reservando la expresión potestad "a secas" para las que tienen un mayor sometimiento y, por tanto, un margen menor. Ello no significa desconocer la importancia de los fines en el ejercicio de las potestades, al contrario, pues los mismos son presentes no sólo en las denominadas potestades-función, sino también en el resto de los poderes del Estado.

Estas precisiones son necesarias para nuestro estudio, pues a continuación veremos los diversos efectos que tiene el transcurso del tiempo en diversas situaciones, poderes y potestades, atendiendo al grado de vinculación que presentan en relación al ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la potestad legislativa que realiza el Gobierno por delegación del Parlamento, en cuanto supone una excepción a su ejercicio por el Parlamento, está sometida a unos límites temporales más rigurosos que la potestad reglamentaria, la cual corresponde

⁵⁹⁸ Nótese que se está utilizando un concepto restrictivo de función, en cuanto identificado con fin. Tal concepto es distinto del que hemos venido utilizando en otras partes de este estudio, en el cual el fin es uno de los elementos de la función.

por mandato constitucional al Gobierno y por tanto a él corresponde su ejercicio ordinario. Por su parte las potestades administrativas presentan diferencias con la potestad reglamentaria, al tener un diferente grado de vinculación que aproximan más esta última a la categoría de las potestades-poder.

2.2.- Poderes normativos y potestades planificadoras

2.1.1.- El ejercicio de la potestad legislativa por el Gobierno: la delegación legislativa

El estudio de los efectos del transcurso del tiempo en relación a la falta de ejercicio de los poderes normativos que tiene atribuidos el Ejecutivo, presenta un singular interés a los efectos de este trabajo. En efecto, a través del mismo puede llegarse a comprender mejor las diferencias existentes entre los diversos poderes que se le atribuyen, como también si los mismos pueden encuadrarse en lo que venimos denominado actividad o actuación administrativa.

Un importante y cualificado sector de la doctrina parte de un concepto amplio de la denominada delegación legislativa. Dentro de la misma se viene a distinguir tres supuestos distintos: delegación recepticia, remisión normativa y deslegalización. El primero haría referencia a la posibilidad que el Ejecutivo pueda dictar normas con rango de ley al habilitarle una ley previa dictada por el Parlamento (ley de bases o ley de refundición). Tales normas serían el resultado de una potestad reglamentaria de la Administración que a través de las técnicas del "reenvío recepticio" y de la "declaración de voluntad *per relationem*", adquiere rango de ley si bien dentro de unos límites precisos. De esta forma la ley de delegación asigna de forma anticipada el rango de ley a un producto normativo que encomienda a la Administración, bajo unos parámetros bien definidos. El segundo caso, la remisión normativa, es cuando una Ley reenvía a una normativa posterior, que ha de elaborar la Administración, si bien la misma sigue siendo una norma reglamentaria. Por último, está la deslegalización que sería aquella operación en la que la Ley, sin entrar en la regulación de una materia que ha sido objeto de una ley anterior, abre esta posibilidad al reglamento.

Esta construcción doctrinal se realiza en un contexto histórico muy determinado, como es en la última década del régimen franquista (1970), en la cual existía una buscada confusión entre Gobierno y Administración ⁵⁹⁹.

En la actualidad, la CE recogió gran parte de la construcción realizada, si bien asumiendo un concepto más limitado de delegación legislativa que se viene a identificar exclusivamente con la denominada "delegación recepticia" (arts. 82 a 86) ⁶⁰⁰. En este nuevo contexto constitucional las normas con rango de ley que dicta el Ejecutivo son dictadas por el Gobierno elegido por un Parlamento democrático. Situación que ha llevado a un importante sector doctrinal, especialmente desde el Derecho constitucional, a negar que la delegación legislativa sea el resultado del ejercicio de una potestad reglamentaria que a través de la técnica del "reenvío recepticio" adquiere rango de ley ⁶⁰¹. Desde esta construcción dogmática la potestad que ejerce el Gobierno, no la Administración, ha de calificarse necesariamente como una potestad legislativa, delegada por el Parlamento, si bien sujeta a unos límites precisos que derivan de la propia CE. Por tanto, se ha señalado que la existencia de la delegación legislativa como un supraconcepto o *Oberbegriff* "es hoy de utilidad más que discutible" ⁶⁰².

⁵⁹⁹ La doctrina que se ha venido exponiendo trae causa en el discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, leído por el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE el 16 de marzo de 1970. El mismo puede consultarse en la obra del mismo autor *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1981, así como las diversas ediciones del primer volumen del *Curso de Derecho administrativo* que ha escrito conjuntamente con el profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

⁶⁰⁰ Así lo reconoce el principal defensor de esta teoría: "Es verdad que esta regulación (arts. 82 a 86 de la CE) *monopoliza indebidamente* el concepto de "delegación legislativa" y de "legislación delegada"; pero a cambio de este *exceso semántico* la regulación que la Constitución contiene aclara resueltamente los criterios esenciales que nuestro trabajo propuso en su momento como derivados de la "naturaleza de las cosas" [...] (la cursiva es nuestra)." *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "Prólogo a la segunda edición" en *Legislación delegada... op. cit.* p. XVIII.

⁶⁰¹ *Vid.* OTTO Y PARDO, Ignacio de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1988, pp. 182-194.

⁶⁰² *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Ed. CERA, Madrid, 1991, p. 655. Este autor señala que el sentido de la amplitud del concepto de delegación legislativa tenía sentido en cuanto relativizar las diferencias entre los productos legislativos que emanaba el Gobierno y

Entre los requisitos para que las Cortes Generales puedan delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley, hay que destacar la exigencia de "fijación de un plazo para su ejercicio" (art. 82.3 de la CE). Señalándose, seguidamente, que: "No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado." Ambos requisitos establecen, por tanto, unos límites temporales a la delegación que no necesariamente tienen que corresponder a una fecha de calendario ⁶⁰³. Así el profesor SANTAMARÍA PASTOR ha sistematizado tres posibles variantes: a) la fijación de una fecha terminal ⁶⁰⁴; b) la determinación de un plazo ⁶⁰⁵; y c) la fijación temporal por referencia a un hecho *certus an et quando* ⁶⁰⁶. Por consiguiente y desde esta interpretación sería inválida la determinación por un hecho *certus an, sed incertus quando* ⁶⁰⁷. Sin embargo, el profesor

la potestad reglamentaria, a los efectos de introducir un control jurisdiccional. En la actualidad, este autor señala que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en estos asuntos deriva de la propia CE (art. 82.6), y por tanto es innecesario ya asimilar ambos productos normativos, pues se ha conseguido la finalidad pretendida.

⁶⁰³ Vid. VIRGALA FORURIA, Eduardo: *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, p. 117.

⁶⁰⁴ Vid. a título de ejemplo el art. 2 de la Ley catalana 2/1994, de 24 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno para la adecuación de las leyes de Cataluña a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE 98, de 25 de abril de 1994): "El plazo para ejercer la delegación a que se refiere el artículo 1 finaliza en cualquier caso el 27 de agosto de 1994". Así como la Ley valenciana de 29 de junio de 1984, de bases de tasas de la Generalidad valenciana (BOE 213, de 5 de septiembre de 1984): "Se delega en el Consejo la potestad para que antes del 31 de diciembre de 1984, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, elabore un Decreto legislativo que contenga el texto articulado de la Ley de tasas de la Generalidad valenciana [...]".

⁶⁰⁵ Vid. el artículo único de la Ley 18/1989, de 25 de julio, de bases sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE 178, de 27 de julio de 1989): "Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta del Ministro del Interior y previo dictamen del Consejo de Estado, apruebe, *en el plazo de un año*, el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial." En otras ocasiones se determina con mayor precisión el plazo, circunscribiéndolo a un año determinado. Así la disposición final quinta de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1985 (BOE 313, de 31 de diciembre de 1984): "Se autoriza al Gobierno para dictar *durante 1985* un texto refundido regularizando, aclarando y armonizando la legislación vigente en materia de Clases Pasivas del Estado."

⁶⁰⁶ Así SANTAMARÍA PASTOR cita como ejemplo la finalización del mandato de las actuales Corporaciones locales: Vid. de este autor *Fundamentos de Derecho administrativo I... op. cit.*, p. 661.

⁶⁰⁷ Así el citado autor, en la obra a que se alude en la nota anterior, pone como ejemplos la finalización de la sequía o la expiración del mandato de las Cortes actuales.

VIRGALA FORURIA ha matizado que tal determinación será constitucionalmente admisible, si este hecho seguro pero incierto en el tiempo, es un acontecimiento concreto que consiste en un hecho verificable con certeza ⁶⁰⁸. Cabe decir, en este sentido, que no cabe identificar un plazo indeterminado con un plazo incierto, pues el mismo puede ser determinable a través de determinadas circunstancias o acontecimientos ciertos. La CE prohíbe los plazos indeterminados, es decir que se prolonguen *sine die*, para evitar la existencia de delegaciones que constituyan lo que se ha venido en denominar "plenos poderes".

La posibilidad de fijar como plazo un hecho seguro pero incierto en el tiempo puede ser compensada estableciendo un tope máximo dentro del cual ha de producirse. Si llegado este tope máximo todavía no se ha realizado, la delegación habrá caducado. En caso contrario su producción podría alargarse indefinidamente en el tiempo, desvirtuándose los límites temporales que la CE establece para la delegación legislativa. En este sentido parece razonable entender que este tope máximo se encuentra en que la delegación no puede alargarse más tiempo del que se establece para una legislatura, cuya duración establece nuestra Norma fundamental en cuatro años. Parece perfectamente lógico pensar que si este es el período que se asigna al Parlamento para dictar leyes, también será aplicable al Gobierno al dictar estas normas con rango de ley.

Se plantea la cuestión de si la disolución anticipada de las Cortes o el cambio de gobierno puede suponer también la finalización del plazo de delegación. En este sentido se han pronunciado otros Textos constitucionales, como es el art. 68.4 de la Constitución portuguesa al decir que la autorización legislativa caduca con la dimisión del Gobierno al que hubiere sido concedida, con el fin de la legislatura o con la disolución de la Asamblea de la República. Ahora bien, la CE no establece estas situaciones como causa de caducidad de la delegación y no cabe equiparar, sin más, una ley delegante a un proyecto o proposición de ley. Es perfectamente normal que las leyes, entre las cuales debe incluirse a las de

⁶⁰⁸ Vid. de este autor *La delegación legislativa en la Constitución... op. cit.* p. 117. Así cita como ejemplos la aprobación de la siguiente Ley de Presupuestos o la celebración de elecciones generales.

delegación, extiendan su eficacia a más de una legislatura. A estos argumentos se añaden razones de economía, pues si el nuevo Parlamento resultante de las elecciones no está conforme con la delegación, puede proceder a derogarla, a través de la aprobación de una nueva ley ⁶⁰⁹. Por tanto, hay que distinguir entre el plazo máximo de la delegación que sería de cuatro años como la legislatura, y el hecho que ambos plazos (el de delegación y el de duración del Parlamento) deban necesaria e inexorablemente coincidir en el tiempo.

El plazo para el ejercicio de la delegación legislativa sólo podrá ser prorrogado por el legislativo a través de su legislación ordinaria. No tendrán esta consideración las leyes de presupuestos, al estar sometidas a las especialidades que se derivan del art. 134 de la CE ⁶¹⁰, según ha recordado la doctrina legal de la *Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya* ⁶¹¹. Y menos aún cabrá esta posibilidad a través de otras normas como el Decreto-ley, pues en este caso sería el propio Gobierno quien se estaría autoconcediendo la prórroga ⁶¹².

⁶⁰⁹ Vid. QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la: "La delegación legislativa en la Constitución" en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I (El ordenamiento jurídico), Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 369-373.

⁶¹⁰ Como ha declarado la STC de 18 de mayo de 1982: "para que la regulación, por una Ley de Presupuestos, de una materia distinta a su núcleo mínimo, necesario e indispensable (previsión de ingresos y habilitación de gastos) sea constitucionalmente legítima es necesario que esa materia tenga relación directa con los gastos e ingresos que integran el presupuesto o con los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es el instrumento, y que además, su inclusión en dicha Ley esté justificada, en el sentido de que sea un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno".

⁶¹¹ Vid. el Dictamen 96/1992, sobre la legalidad, a efectos de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, del RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana. En este Dictamen se señala que la autorización "establecida en la Ley 31/1991 supone una nueva delegación de las Cortes Generales ante la extinción de la de 1990; pero esta delegación se formula de una manera extraña a través de una Ley de presupuestos. La Constitución prevé que "la delegación legislativa deberá otorgarse [...] por una Ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo" (art. 82.2). La ley de presupuestos no es una ley ordinaria porque está sometida a las especialidades que se derivan del artículo 134 de la Constitución y a las previstas en los reglamentos del Congreso de los Diputados (art. 133 a 135) y del Senado (art. 148 a 151). [...] La disposición final quinta de la Ley 31/1991 no tiene ninguna relación con los gastos y los ingresos del Presupuesto ni está justificada, porque la gestión urbanística no está encomendada a la Administración del Estado."

⁶¹² Vid. SALAS HERNÁNDEZ, Javier: "Los Decretos-Leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia" en *RAP* 51, 1966, pp. 85-86.

El *dies a quo* o inicio del cómputo para ejercitar la delegación legislativa parece que dependerá en gran medida de lo que disponga la propia ley de delegación, al guardar silencio sobre este extremo la CE. En unos casos se iniciará a partir de la publicación de la ley ⁶¹³, mientras que en otros casos será a partir de su entrada en vigor ⁶¹⁴, situaciones que como es sabido no necesariamente pueden coincidir. En defecto de cualquier previsión normativa, parece que no será hasta la entrada en vigor de la Ley delegante que no comenzará a correr el plazo. Cabe advertir que algunos autores han puesto de relieve que tales soluciones ponen en manos del Gobierno el inicio del cómputo al advertir que éste es el competente para coordinar "a través de la Secretaría del Consejo de Ministros, la publicación de disposiciones en el diario oficial del Estado" ⁶¹⁵. Así, el Gobierno podría extender el plazo *sine die* con la técnica de la no publicación de la Ley. Por ello se propone la promulgación por el Rey como fecha de inicio del cómputo, pues desde ese momento el Gobierno ya conoce el texto de la ley y queda vinculado por la misma. En cualquier caso, aunque pueda considerarse esta posibilidad como la más deseable desde un punto de vista de técnica legislativa, entendemos que en ausencia de previsión constitucional al respecto, corresponde al legislador la fijación del *dies a quo*, sin que pueda considerarse como contrario al Texto constitucional que el legislador lo establezca en la publicación o en la entrada en vigor de la Ley delegante.

Se plantea si puede considerarse dentro de plazo el ejercicio de la delegación legislativa,

⁶¹³ Vid. la disposición final segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo (BOE 179, de 27 de julio de 1990): "El Gobierno, en el plazo de un año desde la publicación de esta Ley, aprobará un texto refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana. La refundición comprenderá también la regularización, aclaración y armonización de tales disposiciones." Esta ley no disponía cuando entraba en vigor por lo cual operaba el plazo de veinte días de *vacatio legis*. De esta forma, el plazo de delegación empezaba a correr antes de la entrada en vigor de la Ley delegante. Ello es posible si consideramos que estamos ante una norma de carácter retroactivo.

⁶¹⁴ Así el art. 3 de la Ley catalana 4/1986, de 10 de marzo, de bases de delegación en el Gobierno para la adecuación de las leyes de Cataluña al Derecho de las Comunidades Europeas (BOE 114, de 13 de mayo de 1986): "El plazo para ejercer dicha delegación será de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente ley." Esta ley entró en vigor según su disposición final "al día siguiente de su publicación."

⁶¹⁵ Vid. VIRGALA FORURIA, Eduardo: *La delegación legislativa... op. cit.* p. 122. También vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: *Los controles de la legislación delegada*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 183-185.

cuando ha habido tan sólo la aprobación del Gobierno de la norma con rango de ley, pero la publicación de la misma se produce fuera del plazo establecido. Cabe decir que la jurisprudencia ha venido a considerar válidos los Decretos legislativos que se encuentran en tales circunstancias ⁶¹⁶. En esta línea es de gran interés la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* y de la doctrina mayoritaria en Italia que ha venido a señalar que la función legislativa del Gobierno debe entenderse concluida con la firma en el Decreto del Presidente de la República, mientras que todos los actos siguientes, especialmente la publicación, son de naturaleza administrativa. No obstante, es factible que el Legislativo pueda exigir la publicación como requisito para ejercer la delegación en el plazo determinado, como así ha ocurrido en alguna ocasión ⁶¹⁷. En cualquier caso parece que el requisito de la publicación debiera exigirse para considerar que el decreto legislativo cumple el plazo determinado por la norma delegante, tal y como lo han defendido algunos autores. Cabe advertir que la publicación del decreto legislativo no es un mero requisito de eficacia, menos aún un mero trámite burocrático, sino que es imprescindible para la propia existencia de la norma, haciendo efectivo el principio constitucional contenido en el art. 9.3 de nuestra *Norma normarum* ⁶¹⁸. Por tanto, en coherencia con este planteamiento sólo podrá entenderse cumplida la delegación cuando exista la norma, es decir su publicación, aunque pueda tardar unos días en entrar en vigor. Tal solución, además, es la que parece estar más en consonancia con el art. 84.2 de la CE al establecer que la delegación se agota por el uso que

⁶¹⁶ Según la STS de 21 de enero de 1986 (ref. Ar. 1.569): "[...] resulta indudable, que el Gobierno al aprobar, el 30 de Diciembre del repetido año 1976, el Real Decreto aquí impugnado, tenía habilitación legal para ello, en virtud de delegación conferida por disposiciones con fuerza de Ley, al estar sancionadas por las Cortes; sin que obste a esa consideración, la circunstancia, apuntada por alguno de los recurrentes, de que dicho Real Decreto, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de Enero de 1977, o sea cuando ya había transcurrido el plazo de la prórroga, puesto que ella se refería al acto de aprobación y cuando éste se produjo, aquél se hallaba en curso."

⁶¹⁷ Según la disposición adicional de la Ley castellano y leonesa 15/1988, de 5 de julio, de reforma parcial de la Ley del Gobierno y de la Administración de Castilla y León (BOE 184, de 2 de agosto de 1988): "La Junta, de conformidad con lo previsto en el artículo 14.2 del Estatuto de Autonomía, *publicará en el plazo de treinta días*, en el Boletín Oficial de Castilla y León un texto refundido de la Ley del Gobierno y de la Administración de Castilla y León, en la que se suprimirá la disposición transitoria de la Ley 1/1983."

⁶¹⁸ Cabe decir que el secreto y la no publicidad de las normas no es propia de los Estados de Derecho, sino de los regímenes de corte autoritario. Recuérdese que es relativamente reciente en nuestra historia el mandato de no publicar determinadas normas jurídicas.

de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. Si la delegación se agota con la publicación en el sentido que el Gobierno no podrá hacer uso de ella aunque estemos aún en el plazo fijado por el legislador, es lógico pensar que este requisito es el que se exigirá para entender realizada la delegación en el plazo establecido. En cualquier caso por mucho que el Gobierno quisiera alargar el cómputo de la delegación con la no publicación de ley, no podría ultrapasar el tiempo máximo de delegación que como hemos visto puede cuantificarse materialmente en cuatro años.

No es necesario agotar el plazo para ejercer correctamente la delegación, pero si se publica el decreto legislativo antes de su finalización, se entiende que ha finalizado el plazo, no pudiendo dictar dentro del restante nuevas normas con rango de ley, según ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia ⁶¹⁹.

¿Qué consecuencias jurídicas se producen, si a pesar de finalizar el plazo, el Gobierno dicta un decreto legislativo en base a una delegación caducada? Evidentemente, los preceptos que entren en contradicción con una ley o que actúen sin cobertura legal cuando ésta sea exigible, serán nulos, al carecer del suficiente rango normativo. Ahora bien, es posible que en la misma norma se encuentren otros preceptos que no incurran en las circunstancias mencionadas, ¿cabría entenderlos vigentes?. Parece que la solución dependerá en gran medida de la concepción misma que se tenga de la delegación legislativa. Si se entiende que

⁶¹⁹ En este sentido la STS de 17 de abril de 1995 (ref. Ar. 3323), si bien parece que tal argumento no fue la *ratio decidendi* que utilizó el Tribunal: "Por lo que al presente proceso interesa ha de ponerse de relieve el límite temporal derivado de la necesidad de que la delegación legislativa se otorgue al Gobierno *con fijación de un plazo para su ejercicio y de la prescripción según la cual aquélla se agotará por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente* y el límite material, cuando se trate de delegación legislativa otorgada mediante una ley de bases, de que ésta delimite con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (artículo 82.3 y 4 de la Constitución). Constituyendo este fenómeno resultado de una específica llamada de quienes ostentan el poder legislativo originario es claro que su ejercicio no sólo ha de efectuarse dentro del plazo concedido sino que ha de plasmar en una norma que agota los efectos de la delegación por lo que en ella el Gobierno no puede, a su vez, remitirse a posteriores desarrollos reglamentarios. Sólo la Ley puede recurrir a la Administración para el desarrollo de su contenido mediante Decretos Legislativos o Reglamentos por lo que el Gobierno no está habilitado para aprovechar la autorización resultante de una ley de bases para atribuirse, sin sujeción a plazo alguno, la facultad de dictar nuevas normas reglamentarias que completen un contenido normalmente atribuido a la ley."

estamos ante una potestad de naturaleza reglamentaria, que como consecuencia del "reenvío recepticio" y la "declaración de voluntad *per relationem*" adquieren rango de ley, parece que la norma continuará manteniendo su naturaleza originaria, y por tanto podrá considerarse la eventual vigencia de algunos preceptos. En cambio, si se considera que estamos ante una potestad legislativa que le ha delegado el Parlamento, cabría entender que todas estas actuaciones realizadas fuera de plazo son nulas ⁶²⁰.

A parte de la caducidad, ¿pueden derivarse otras consecuencias del transcurso del plazo fijado por el legislador sin llevarse a cabo la delegación legislativa? En estos casos parece que el incumplimiento podría generar la exigencia de responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento. Cabe decir, sin embargo, que en las ocasiones en las que se ha planteado este tema, se ha venido a justificar el comportamiento del Gobierno no en las razones concretas que podían haber generado este asunto, sino en la inexistencia de una obligación de ejercitar la delegación legislativa ⁶²¹.

Lo expuesto hasta ahora pone de relieve la importancia de los plazos y los términos en el ejercicio de la delegación legislativa, entendida ésta en su sentido estricto, es decir lo que algunos autores denominan delegación recepticia. La razón o fundamento de la trascendencia de los plazos es porque no estamos ante una potestad propia del Gobierno, sino derivada. La

⁶²⁰ Según el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 96/1992, sobre la legalidad, a efectos de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana: "Un decreto legislativo cuando ha caducado la legítima delegación legislativa no es ni tan solo un reglamento; es, simplemente, una norma nula. Lo mismo se puede decir de los preceptos a los que falta cobertura legal insertos entre otros dotados de fuerza de ley."

⁶²¹ "[...] lo fundamental y determinante, en opinión de la Ponencia, cualesquiera que hayan sido las razones del Gobierno para no dictar algunos de los Decretos Legislativos previsibles, es que se trataba de una autorización al amparo del artículo 82 de la Constitución, no de una obligación, y que por lo tanto, la Ponencia no tiene por qué informar sobre lo que no se ha regulado, ya que la Comisión Mixta no tiene por qué pedir cuentas al Gobierno en términos jurídicos sobre el no uso o no ejercicio de una delegación por la que podía, pero no debía necesariamente (desde la perspectiva de las instituciones comunitarias) dictar unas normas normalmente reservadas, por su rango de Ley, a la competencia de las Cortes Generales." *Vid.* el *BOCG-CD*, III Legislatura, Serie E, 38, de 16 de mayo de 1987. Texto reproducido también en VIRGALA FORURIA, Eduardo: *La delegación legislativa... op. cit.* pp. 132-133.

jurisprudencia constitucional ha dejado bien claro que las Cortes son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario, al ser las representantes del pueblo español, y por tanto el ejercicio de la función legislativa por el Gobierno constituye una excepción al procedimiento ordinario ⁶²². Este carácter no ordinario, limitado a unos casos bien concretos, supone que su ejercicio no pueda realizarse sin limitación de tiempo. Debe tenerse en cuenta, además, que durante el plazo de delegación se produce una serie limitación de los derechos de los parlamentarios, tal y como establece el art. 84 de la CE: "Cuando una proposición de ley o una enmienda fuera contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación. En tal supuesto podrá presentar una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación." Tal importante limitación que impide el normal ejercicio de la presentación de proposiciones de ley o formulaciones de enmiendas por los parlamentarios, requiere que tenga un carácter limitado en el tiempo, pues de otra forma se dejaría vacío de contenido las funciones que tienen encomendadas los parlamentarios, bajo el pretexto de existe una delegación legislativa.

2.1.2.- La potestad reglamentaria y la deslegalización

La remisión del Legislativo al Gobierno para dictar normas reglamentarias ha sido considerada también como una forma de delegación legislativa. Cabe advertir, sin embargo, que el art. 97 de la CE establece que el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes. Por tanto, el precepto en cuestión atribuye directamente al Gobierno la titularidad de esta potestad, que no lleva a cabo por delegación del Parlamento, sino - nótese bien - de acuerdo con lo dispuesto por las leyes. Así el art. 97, según advirtió el profesor Ignacio de OTTO Y PARDO, "establece un vínculo directo Constitución-

⁶²² *Vid.* por ejemplo la STC 51/1982, de 19 de julio: "Como ya dijo este Tribunal en su sentencia de 31 de mayo de 1982, las Cortes Generales, en cuanto representantes del pueblo español, titular de la soberanía, son las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario (arts. 66 y 1.2 CE) no obstante lo cual la propia Constitución autoriza al Gobierno para que dicte normas con rango de ley, bien por delegación de las Cortes (Decretos legislativos) o bien bajo la forma de Decretos-leyes en otros determinados supuestos que aquí no interesan (arts. 82 y 86 CE)."

reglamento que elimina en el plano de la fundamentación la mediación de la ley" ⁶²³. De aquí el mencionado autor entiende que no es necesaria en ningún caso la habilitación parlamentaria para ejercer la potestad reglamentaria.

Lo cierto es que la existencia de diversas reservas de leyes en nuestra Constitución ⁶²⁴, exigen la previa intervención o interposición de la ley para el ejercicio de la potestad reglamentaria. De esta forma la ley se erige en un complemento necesario e imprescindible para la intervención del reglamento. ¿Cuál es entonces el papel de la ley al remitirse al reglamento? ¿implica una delegación de poder normativo o supone una invitación a regular una materia? En realidad tal dialéctica puede quedar superada en la línea apuntada por MALARET I GARCIA: la habilitación del Parlamento levanta la prohibición establecida por el ordenamiento jurídico a través de la reserva de ley, "previa comprobación de que el ejercicio de la potestad no perturba la distribución de poderes fijada en la Constitución" ⁶²⁵. Operaría, por tanto, de forma similar a una autorización, en la cual preexiste una titularidad propia y originaria del Gobierno sobre la potestad reglamentaria, cuyo ejercicio queda condicionado a la existencia de una habilitación previa a través de la ley.

El legislador, lógicamente, puede establecer determinadas limitaciones temporales al Gobierno para el ejercicio de la potestad reglamentaria ⁶²⁶. Ahora bien, el mero

⁶²³ Vid. de este autor *Derecho constitucional. Sistema... op. cit.* p. 222.

⁶²⁴ Vid. por todos TORNOS MAS, Joaquín: "La relación entre Ley y Reglamento: reserva de ley y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional" en *RAP* 100-102, 1983, pp. 471 y ss.

⁶²⁵ Vid. de esta autora "Ley y reglamento en la determinación de las cuotas de pantalla y distribución cinematográfica: significado y alcance de las cláusulas de remisión al reglamento" en *La Ley* 1991-4, pp. 296-297, en especial nota 24.

⁶²⁶ Un ejemplo lo constituye el apartado segundo de la disposición adicional segunda de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas: "Se faculta al Gobierno para que pueda modificar los Decretos constitutivos de los Organismos de cuenca, cuando así lo exigiera la incorporación a ellos de otras Comunidades Autónomas que no hubiesen ejercitado su opción en el plazo establecido. *Estas modificaciones no podrán ser acometidas en ningún caso antes de que transcurran dos años desde la aprobación del Decreto constitutivo del Organismo* (la cursiva es nuestra)."

señalamiento de plazos para su ejercicio no supone, a diferencia de lo que hemos visto con la delegación legislativa, que se produzca una caducidad que imposibilite su ejercicio hasta una nueva habilitación o autorización. En este sentido es constante la doctrina legal del Consejo de Estado que entiende que los "plazos para la promulgación de los reglamentos son jurídicamente imperfectos, esto es, no acarrear consecuencias estrictamente jurídicas en cuanto a la validez y eficacia de los Reglamentos dictados fuera de plazo". Por tanto "los plazos que las Leyes marcan para su desarrollo reglamentario no son de caducidad, de tal modo que, una vez vencidos, el Consejo de Ministros pierda dicha competencia", si bien reconoce que "otra cosa es que, si la Ley marca un tiempo sea aconsejable respetarlo, para evitar eventuales perjuicios secundarios que no es éste el momento de precisar" ⁶²⁷. Doctrina que ha sido ratificada por sentencias del Tribunal Supremo que entiende que la nulidad no supone la solución más óptima para hacer efectivo el desarrollo reglamentario previsto por la ley, suponiendo más bien un retraso en hacer efectiva la voluntad del legislador ⁶²⁸. Lo que si claramente podría realizar es establecer una regulación alternativa aplicable en defecto de la existencia del reglamento. Más discutible es, en cambio, si el legislador puede obligar al Gobierno a ejercitar este tipo de potestad y si el particular puede exigir su cumplimiento a través de los Tribunales de lo contencioso.

La decisión de ejercitar o poner en marcha la potestad reglamentaria es una cuestión objeto de posiciones dispares en los estudios que la doctrina ha dedicado a este problema. Revierte cierto interés, en este sentido, el debate formulado en otros países, como es el caso de

⁶²⁷ Vid. el Dictamen 44.442, Secc. 4ª, Defensa, de 15 de julio de 1982.

⁶²⁸ Según la STS de 20 de julio de 1983 (ref. Ar. 3.879): "Que la primera cuestión que se plantea es la relativa a la nulidad del RD 425/1981, de 27 de febrero, por no haberse dictado en el plazo señalado en la disposición final primera del RD-Ley 40/1977, antes del 31 de octubre de 1977, mas esta circunstancia no da lugar a su nulidad pues como ya dijo la S. de esta Sala de 25 de abril de 1983 (ref. Ar. 2.036), en cuanto a la misma objeción formulada respecto de otras normas que lo desarrollaban, ni se trata de una delegación legislativa, ni el plazo se marca bajo pena de nulidad, sino que su finalidad es acelerar la constitución del nuevo Cuerpo Especial, por lo que su incumplimiento, que no puede achacarse a las disposiciones de integración del recurrente en el Cuerpo Especial de Inspectores Financieros y Tributarios, efectuada antes de esa fecha queda incluida en el art. 49 de la LPA, y ni la naturaleza del plazo ni la finalidad de su establecimiento llevan a la nulidad de la disposición regida por él, sino que la intención de ese plazo es la rápida integración de los funcionarios en el Cuerpo creado y la nulidad supondría un retraso, contrario a lo pretendido en esa disposición final."

Francia, pues los autores vienen dedicándose al mismo desde hace bastante tiempo y lo hacen desde una perspectiva que presenta cierto interés para el caso español, como es la consideración de este problema desde la teoría de los actos políticos o de gobierno ⁶²⁹. Los autores franceses clásicos consideraban que el plazo que fijaba el legislador suponía una invitación al ejercicio de la potestad reglamentaria y que la pasividad del Gobierno debía regirse por la teoría clásica del régimen parlamentario, es decir que las relaciones entre los diversos poderes del Estado son de naturaleza esencialmente política ⁶³⁰. Tales afirmaciones se hacen en el contexto de la III y IV Repúblicas, en las cuales el legislador si bien tenía una esfera reservada, podía intervenir libremente, más allá de este ámbito, en todas las materias que desease regular ⁶³¹.

Sin embargo, posteriormente otros autores empezaron a cambiar de perspectiva. Así el profesor Pierre MONTANÉ DE LA ROQUE entendía que la obligación de la Administración de ejecutar la ley se basa no en una subordinación jerárquica del órgano ejecutivo en relación al órgano legislativo, sino en la subordinación normativa del reglamento a la ley, o mejor, en la regla de derecho, entendida positivamente y no metafísicamente ⁶³². Por su parte, el profesor Jean Marie AUBY señaló desde las funciones constitucionales de gobierno que en un régimen de derecho, una competencia no puede crear solamente derechos, sino también deberes, y ello pone de relieve la necesidad que la jurisprudencia aborde el problema de la

⁶²⁹ Un panorama de la evolución doctrinal francesa en la materia puede encontrarse en el capital trabajo de Jean-Claude DOUENCE: *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Ed. LGDJ, París, 1968, pp. 481-504.

⁶³⁰ Vid. BARTHÉLEMY, J.: "L'obligation de faire en droit public" en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et a l'étranger* 1912, p. 509; MICHOU, J.: "Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration" en *Revue générale d'administration* 1915, tomo 1, p. 8; WALINE, M.: "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel" en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et a l'étranger* 1930, p. 220.

⁶³¹ Nótese que el poder reglamentario presenta en líneas generales bastantes similitudes con el actual modelo constitucional español, donde como es sabido existen una serie de materias reservadas a la ley, pero ello no impide que el legislador sea libre de regular cualquier materia, con los límites eso si impuestos directamente por la CE y el bloque de la constitucionalidad.

⁶³² Vid. de este autor la importante monografía *L'inertie des pouvoirs publics*, Ed. Imprimerie Moderne, Toulouse, 1950, p. 136.

inactividad reglamentaria ⁶³³.

A partir de 1958, con la V República francesa, se advierte un importante cambio en las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno. En efecto, la Constitución gaullista define un elenco de materias cuya competencia corresponde regular al legislador (art. 34), señalando que las que "no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario" (art. 37). Por ello pueden sistematizarse tres situaciones distintas: a) materias asignadas al legislador en toda su amplitud, donde el poder reglamentario conserva su carácter tradicional; b) materias asignadas al legislador únicamente en lo que concierne a sus principios fundamentales, ejerciéndose el poder reglamentario dentro de una zona reservada, cuyo ámbito no depende de la voluntad del legislador; c) todas las restantes materias corresponden al poder reglamentario que sólo se haya limitado por normas de naturaleza constitucional o por principios generales del Derecho ⁶³⁴. La existencia de esta reserva reglamentaria es asegurada con la articulación de diversos procedimientos constitucionales puestos a disposición del Gobierno. En este nuevo contexto constitucional la problemática de la inactividad reglamentaria adquiere un significado totalmente diverso al existente en las etapas precedentes ⁶³⁵. Si el legislador no tiene competencia para regular determinadas materias que corresponden al reglamento, la pasividad del Gobierno imposibilita llevar a cabo los mandatos legales. De esta forma el reconocer al Gobierno la posibilidad de negarse a ejecutar la ley, está consagrando en la práctica un derecho de veto, de carácter suspensivo, sobre la legislación emanada del Parlamento. Para evitar tal posibilidad el art. 21 de la Constitución francesa atribuye al Primer Ministro la función de garantizar la ejecución de las leyes.

En esta nueva realidad constitucional los autores hablan con toda naturalidad de una

⁶³³ Vid. de este autor "L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois" en *Juris-classeur periodique* 1953, 1, 1080.

⁶³⁴ Por todos vid. VEDEL, Georges: *Derecho administrativo*, Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980, p. 28.

⁶³⁵ Vid. GUIBAL, Michel: "Le retard des textes d'application des lois" en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et a l'étranger* 4, julio-agosto 1974, pp. 1.039-1.078.

obligación jurídica de la Administración de ejercer su poder reglamentario de ejecución de las leyes. De singular importancia es el trabajo de Michel GUIBAL donde analiza el fenómeno de la inactividad reglamentaria desde datos precisos sobre su importancia cuantitativa y cualitativa, las causas técnicas y políticas, el contexto constitucional y los medios para suprimir este fenómeno que se centran fundamentalmente en la posible exigencia de responsabilidad administrativa ⁶³⁶. Por su parte, presenta cierto interés, la aplicación de esta obligación por la jurisdicción contencioso-administrativa. Ésta distingue entre la no ejecución, expresa o por silencio, de ejercitar la potestad reglamentaria (es decir una pasividad absoluta), de los simples retrasos en cumplir los plazos, hasta el punto que estos últimos raramente son sancionados. De esta forma, el balance de jurisprudencia en lo que respecta al control del retraso reglamentario ofrece, tal y como se ha señalado ⁶³⁷, dos actitudes por parte del *Conséil d'État*. De una lado admite como principio la responsabilidad administrativa por el hecho del retraso, lo cual supone un avance no desdeñable en provecho de los ciudadanos y de los administrados, ya que significa implícitamente pero de forma necesaria que la autoridad no puede invocar por sistema un poder discrecional absoluto. Por otra parte, sin embargo, la Alta jurisdicción no pone en práctica este principio sino con la más extrema cautela, limitándose concretamente a algunas decenas durante un siglo el número de asuntos en los cuales el retraso abusivo en materia reglamentaria ha sido sancionado. Por todo ello, se ha llegado a decir que la obligación contenciosa a la cual está sometida la autoridad reglamentaria de asegurar la ejecución de la ley, no está actualmente a la medida de la obligación constitucional que pesa sobre ella bajo este concepto ⁶³⁸.

Por lo que respecta a la realidad constitucional española sobre el ejercicio de la potestad

⁶³⁶ Se señala que en 1972 que 163 y 16 *arrêts* no habían sido todavía publicados en aplicación de leyes promulgadas entre 1968 y 1972.

⁶³⁷ Vid. HANICOTTE, Robert: "Le juge face au retard des textes d'application" en *Revue du Droit public et de la Science politique en France et a l'étranger* 6, 1986, p. 1.696.

⁶³⁸ Vid. BRETON, Jean Marie: "L'obligation pour l'Administration d'exercer son pouvoir réglementaire d'execution des lois. A propos de quelques décisions récents du juge administratif" en *Revue du Droit public et de Science politique en France et a l'étranger* 6, 1993, p. 1.772.

reglamentaria presenta, en la actualidad, notables diferencias con el sistema francés pues no existe la reserva de materias reglamentarias, si bien existen ciertos elementos de interés para nuestro estudio, como es la existencia de la teoría de los actos políticos o de gobierno. En la doctrina española el debate se ha centrado fundamentalmente en si la decisión de poner en marcha la potestad reglamentaria es realmente una función administrativa o más bien una función política o de gobierno y como tal, en principio, insusceptible de control por los Tribunales de justicia. A favor del control judicial de la inactividad reglamentaria se pronuncia NIETO GARCÍA quien señala que parece inconcebible, aunque así suceda, que el Gobierno se alce contra la Ley y la incumpla ⁶³⁹. Este autor resalta el fenómeno de la existencia de normas incompletas que el legislador aprueba por falta de tiempo o de competencia técnica. Si el Gobierno no dicta los reglamentos necesarios, la aplicación de determinadas leyes puede quedar paralizada, en cuanto las mismas carecen del necesario desarrollo y complitud.

Desde otra posición, en cambio, se manifiesta EMBID IRUJO ⁶⁴⁰. Este autor si bien considera que en este punto "establecer con absoluta rotundidad una conclusión puede ser aventurado", se decanta por considerar que "no puede obligarse al Ejecutivo por medio de una sentencia judicial, por principio y como regla general, a desarrollar reglamentariamente una Ley. [...] La inactividad del Gobierno, en este punto, sólo podría ser objeto de censura política y de asunción plena de la potestad legislativa por el Parlamento una vez transcurrido el plazo de la delegación."

Por su parte CALVO CHARRO niega, como regla general, que el ejercicio de la potestad reglamentaria sea un acto político, pues ello "supondría admitir de forma injustificada la pervivencia de reductos exentos o no fiscalizables de la actuación administrativa, lo que no

⁶³⁹ Vid. de este autor "La inactividad material..." *op. cit.* pp. 60-61.

⁶⁴⁰ Vid. al respecto EMBID IRUJO, Antonio: "La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos) en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III (La Corona, Las Cortes Generales, Del Gobierno y de la Administración pública), Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 2.719-2.720 y 2.736-2.737.

sería sino aceptar la vigencia de una reminiscencia de la idea de la "razón de Estado", intolerable en un Estado de Derecho e insostenible por contraria a nuestro Texto Constitucional ⁶⁴¹." Para ello, distingue diversos supuestos según lo que disponga la propia Ley objeto de desarrollo. Así en aquellos casos en que el legislador, a través de la ley, guarde silencio acerca del desarrollo reglamentario o deje a la Administración libertad de actuación (el Gobierno podrá), el particular no tendrá la posibilidad de dirigirse a la jurisdicción ni para obligar a dictar el reglamento ni para exigir una indemnización. Cuando, en cambio, la ley imponga con carácter obligatorio el desarrollo reglamentario (el Gobierno deberá), pero guarde silencio sobre los plazos en que debe realizarse, existirá una discrecionalidad controlable a través de su ejercicio en un "plazo razonable", que el particular podrá exigir bien a través de una condena, bien a través de la correspondiente indemnización por los daños que se le hubiera podido ocasionar. Por último, estarían aquellos casos en que el legislador impone el desarrollo reglamentario dentro de un plazo establecido con carácter imperativo, supuestos en que no existe discrecionalidad y por tanto, cabe acudir a la jurisdicción para compeler al Gobierno a dictar el reglamento o exigir indemnización cuando se hubieran producido daños.

La última tesis expuesta parte de la premisa discutible de identificar potestad reglamentaria con una forma de actuación administrativa. Cabe advertir, sin embargo, que nuestro Texto constitucional parece establecer una cierta distinción. Así la potestad reglamentaria y la actuación administrativa tienen su fundamento en dos preceptos diferenciados: art. 97 "El Gobierno [...]. Ejerce la potestad reglamentaria [...]" ⁶⁴²." y art. 103 "La Administración [...] actúa [...]." Ambas tienen procedimientos distintos: art. 105.a) "procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas" y 105.c) "procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos". Y si bien participan de una nota común, su

⁶⁴¹ *Vid.* de esta autora "Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa" en *RAP* 137, mayo-agosto 1995, p. 250.

⁶⁴² Cabría añadir, asimismo, que el reconocimiento constitucional de la autonomía a Universidades (art. 27.10 de la CE) y a municipios, provincias y Comunidades Autónomas, lleva implícito la atribución de la potestad reglamentaria (art. 137 de la CE), recuérdese que etimológicamente autonomía deriva de la capacidad de dotarse de su propio ordenamiento.

sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativa (art. 106.1) lo hacen como dos realidades diferenciadas: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento *de ésta* (no de ambas, adviértase bien) a los fines que la justifican (la cursiva es nuestra)." A nuestro entender, el sometimiento de los reglamentos al control de los Tribunales no deriva de su condición de "actuación administrativa", a diferencia de lo que pudo acontecer en épocas pasadas, sino en la necesidad de asegurar el principio de jerarquía normativa establecida por nuestro propio Texto constitucional (art. 9.3).

Además, un importante sector de la doctrina ha señalado la diferencia existente entre reglamentos y actos administrativos, la cual se concreta en que mientras los primeros forman parte del ordenamiento jurídico, los segundos se limitan a aplicar el ordenamiento a un supuesto concreto. Por ello, estos autores estudian los reglamentos en la parte dedicada al ordenamiento jurídico-administrativo, mientras que el acto administrativo se trata en la parte dedicada a la actuación administrativa ⁶⁴³. Estos autores abandonan, por tanto, el concepto de acto administrativo normativo que sustenta todavía otro cualificado sector de la doctrina ⁶⁴⁴. Para ello advierten las notables diferencias que en cuanto a régimen jurídico son aplicables por una parte a los reglamentos y, por otra, a los actos administrativos. Si se quiere ser coherente con este planteamiento debe irse más allá y reconocer que tal distinción trae causa en la diversa naturaleza o fundamento que tiene el reglamento en relación al acto administrativo. De esta forma la naturaleza normativa tiene su fundamento en una potestad-poder esencialmente gubernativo, a diferencia de la mera aplicación que sería de carácter administrativo. Esta diferente naturaleza no impide el control jurisdiccional de los reglamentos, pues éste ya ha sido asegurado por la propia CE, pero debe reconocerse que el régimen jurídico de los mismos difiere significativamente de la actividad administrativa

⁶⁴³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. pp. 173-176. Así estos autores estudian el reglamento en el título II ("El ordenamiento jurídico-administrativo), mientras que el acto administrativo se trata en el título IV ("La actuación administrativa").

⁶⁴⁴ Por todos vid. ENTRENA CUESTA, Rafael: *Curso de Derecho administrativo I/I*, 11ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 110-111.

strictu sensu y por ello la sentencia que puedan dictar los Tribunales en unos casos o en otros puede tener un diverso alcance.

Por tanto, parece discutible que el legislador pueda imponer, dentro de un plazo determinado, la realización o el ejercicio de una potestad, la reglamentaria, cuya titularidad no le corresponde, pues está atribuida a otro órgano constitucional - el Gobierno - por expreso mandato de la CE. En cambio, por lo que respecta a las potestades administrativas, cabe decir que son atribuidas, en su mayoría, directamente por el propio legislador y aquí sí que no cabrá ninguna duda en que pueda imponer su ejercicio en un plazo temporal. De esta forma, parece que los mecanismos para solventar la inactividad normativa habrían de ser de carácter eminentemente político.

Con todo la solución que finalmente se adopte dependerá en cualquier caso de la posición en que se sitúe al Gobierno en relación al Poder legislativo. Si se entiende, según la formulación más tradicional, que estas últimas se hallan en una situación de primacía respecto al Gobierno, parece perfectamente lógico que al establecerse un plazo se esté ejercitando un mandato susceptible de control jurisdiccional ⁶⁴⁵. En cambio, si se considera que no existe una situación de primacía sino que ambas funciones, la legislativa y la de gobierno, se formulan desde posiciones distintas, más que mandato habrá que hablar de habilitación, encontrándose más discutible la interposición de los tribunales para hacerla efectiva ⁶⁴⁶. A ello cabe añadir que el Gobierno no es una mera instancia burocrática, sino un órgano constitucional dotado de legitimidad democrática y, por ello, titular de una potestad

⁶⁴⁵ Tal formulación se entiende como un proceso de reacción al principio monárquico que se plasma en la sustitución del término "Gobierno" por "Poder Ejecutivo", quedando el mismo relegado a un plano meramente secundario, en el cual se limita a ejecutar los mandatos establecidos por el Legislativo, que se erige como el poder legítimo y originario, representante de la soberanía popular. *Vid.* al respecto GARRIDO CUENCA, Nuria: "Gobierno y Administración ante el Derecho administrativo" en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 18, 1993 (Comentarios a la Ley 30/1992), pp. 35-36, con la amplia bibliografía que allí se relaciona.

⁶⁴⁶ La actual configuración constitucional del gobierno permite hablar del mismo "no sólo legitimado parlamentariamente, sino también democrática y popularmente, de modo que hoy ya no existe ningún rubor en afirmar que Parlamento y Gobierno ostentan la misma legitimidad democrática, aunque uno directa y el otro mediata." *Vid.* GARRIDO CUENCA, Nuria: "Gobierno y Administración..." *op. cit.* p. 40.

normativa propia capaz de producir efectos externos ⁶⁴⁷. Podría argumentarse, sin embargo, que la existencia de una obligación jurídica de dictar reglamentos viene impuesta no por una relación jerárquica entre Parlamento y Gobierno, sino en la necesidad de asegurar el principio de jerarquía normativa, impuesto por el art. 9.3 de la CE. No obstante, cabe advertir que la jerarquía normativa es una regla que rige las relaciones entre normas. En el caso que nos ocupa hay una norma, la Ley, mientras que todavía no existe el reglamento en cuestión. Por tanto, la inexistencia del reglamento impide hablar una norma que entra en contradicción con otra de superior. Lo que se discute es una actuación realizada por el Gobierno, la pasividad en dictar un reglamento y no, en cambio, la contradicción de una norma con otra.

Existe en el fondo del problema, una cierta mitificación de la ley, al considerar el carácter imperativo de los plazos para llevar a cabo el desarrollo reglamentario ⁶⁴⁸. Es cierto que en muchas ocasiones cabe reprochar a los Gobiernos la resistencia y pasividad a colaborar con el Parlamento en completar el ordenamiento jurídico a través de la potestad reglamentaria, situación que debe ser objeto de control, esencialmente parlamentario, para intentar evitar situaciones abusivas y arbitrarias. Ahora bien, no es menos cierto que en ocasiones el legislador no es realmente consciente de las dificultades que conlleva poner en práctica los objetivos que ha establecido. Si el Parlamento aprueba normas incompletas por

⁶⁴⁷ Así para SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "[...] en un Estado democrático y de Derecho, según declaración propia, toda potestad normativa externa (y, por lo tanto, también la reglamentaria) sólo puede ser ejercida por los órganos directamente representativos de los ciudadanos o por aquellos otros cuyo mandato trae causa directa e inmediata de la representación popular. Lo que con esto quiere decirse es muy simple: *que la potestad reglamentaria (externa) no es, como equívocamente suele decirse, una potestad administrativa, sino una potestad intrínsecamente gubernativa.*" Vid. de este autor *Fundamentos de Derecho administrativo I... op. cit.*, p. 754.

⁶⁴⁸ El propio profesor Alejandro NIETO GARCÍA, defensor según hemos visto de la necesidad de instrumentar el control jurisdiccional de la inactividad reglamentaria, ha señalado en otros trabajos este proceso de mitificación de la ley. Vid. por ejemplo *Estudios históricos... op. cit.* p. 247. Al respecto este autor cita un trabajo de Léon DUGUIT en el cual se señala que: "La ley no puede ser el mandato formulado por una voluntad soberana; es simplemente la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen: jefes de Estado, miembros del Parlamento. Fuera de todo eso, todo lo que se diga no es más que ficción. En Francia la Ley es la expresión de la voluntad de 350 diputados y 200 senadores que forman la mayoría habitual en la Cámara y en el Senado."

falta de tiempo o de competencia técnica, ¿puede considerarse como la solución más satisfactoria el establecimiento de plazos fatales para exigir su cumplimiento a otro órgano constitucional legitimado democráticamente? ¿En qué medida no es también responsable el Parlamento de esta situación si fija también plazos de difícil cumplimiento, cuya superación podría generar responsabilidad de los poderes públicos y, por tanto, millonarias indemnizaciones? Piénsese que en la mayoría de las ocasiones esta fijación de plazos, que se pretenden de cumplimiento ineludible, no se acompaña de la puesta a disposición de los medios necesarios para llevarlos a cabo, como por ejemplo las partidas y créditos presupuestarios oportunos. Sería quizás conveniente introducir en el procedimiento de elaboración de las normas, sean legislativas o no, estudios sobre los costes que las mismas generan ⁶⁴⁹, para tener una mayor consciencia sobre las repercusiones que éstas pueden ocasionar.

La jurisprudencia mayoritaria entiende que el inicio o puesta en marcha de la potestad reglamentaria constituye un acto de naturaleza política o al menos una función no típicamente administrativa ⁶⁵⁰. El Gobierno como órgano constitucional utiliza en estos casos facultades de dirección política, no susceptibles de ser compelidas por el mandato derivado de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional ⁶⁵¹, pues de otra forma se desnaturalizarían

⁶⁴⁹ Así, por ejemplo, en el procedimiento de elaboración de reglamentos por la Generalidad de Cataluña, *vid.* el art. 63.2 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalidad, donde se exige un estudio económico en términos de coste-beneficio.

⁶⁵⁰ En este sentido la STS de 18 de junio de 1979 (ref. Ar. 2.944): "El error que padece la entidad peticionaria al atribuir el carácter de acto administrativo a la presunta negativa de ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del órgano a quien se dirige, es manifiesto. En efecto, dicha negativa no pertenece a la función administrativa pura o típica emanada de la Administración como poder jurídico emisor de actos ejecutorios en cuanto su contenido no se derivaría una modificación de la situación jurídica del administrado; por el contrario el órgano ministerial interpelado se limita a abstenerse de ejercitar su potestad reglamentaria, que en principio no es una atribución natural de la Administración, y que por su carácter normativo, aunque sometida al principio de legalidad está incardinada en muy diferente régimen jurídico."

⁶⁵¹ Según la STS de 26 de febrero de 1993 (ref. Ar. 1.431): "[...] lo que los actores pretenden es la impugnación, no de una actividad administrativa presunta, emanada de la Administración como poder jurídico emisor de actos resolutorios susceptibles de influir en las situaciones jurídicas de los particulares, legalmente garantizadas, ni los resultados de una potestad reglamentaria ya ejercitada, y manifestada a través de disposiciones de rango inferior a la Ley, que es a lo que se refieren los arts. 1.º y 37.º1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 9.º4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que es lo único que

las funciones encomendadas a los tribunales al dictar sentencias ⁶⁵². Sólo en contadísimas ocasiones podemos encontrar algún pronunciamiento jurisdiccional en que se sentencia condenatoriamente a la Administración obligándola a dictar disposiciones reglamentarias

En cambio, los intentos de determinación legislativa del acto político no nos solucionan la cuestión, si bien ello no descarta de entrada su posible subsunción en el art. 2.b) de la actual LJCA no menciona expresamente el ejercicio de la potestad reglamentaria supuesto previsto por el artículo, dado el carácter ejemplificativo de los supuestos que en él se

puede ser sometido al control de los órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, también según el art. 106.1 de la Constitución, sino que lo que aquéllos pretenden es que este Tribunal ordene al Gobierno que ejerza la potestad reglamentaria, con un determinado contenido y efecto temporal. Lo que constituye una actuación que está mas allá de las posibilidades de esta Jurisdicción, por cuanto que la puesta en marcha de la potestad reglamentaria con un determinado contenido es consecuencia un acto de Gobierno en uso de facultades de dirección política como órgano constitucional, e inmediatamente derivados de la Constitución, según el art. 97 de la Suprema Norma, en las que lógicamente preponderan criterios de conveniencia y oportunidad política y presupuestaria y a cuya realización no puede ser compelido aquél por un mandato derivado de una sentencia dictada por un órgano del orden jurisdiccional contencioso-administrativo." También *vid.* la STS de 24 de abril de 1995 (ref. Ar. 3.235): "[...] la puesta en marcha de la potestad reglamentaria es consecuencia de una actividad absolutamente discrecional del Gobierno, sólo controlable judicialmente una vez que se ejercita, pero que, en cuanto a la elección del momento de su ejercicio no puede ser impuesta por esta Jurisdicción, al ser ello manifestación de la actividad de dirección política del Gobierno, inmediatamente derivada del artículo 97 de la Constitución, en la que lógicamente preponderan criterios de oportunidad política y presupuestaria, y a cuya realización difícilmente podría ser compelido aquél mediante una sentencia judicial; siendo lo dicho una lógica consecuencia del sistema de separación de poderes consagrado por la Constitución."

⁶⁵² Según las STS de 29 de junio de 1992 (ref. Ar. 6.083): "procede declarar, con un alcance propiamente desestimatorio, siguiendo el criterio ya sentado a partir de la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 21 de marzo de 1991 (ref. Ar. 2888), que «deben descartarse los particulares referentes a la referida condena a la Administración para que ésta elabore y promulgue una nueva regulación de las relaciones entre "CAMPSA" y los concesionarios de Estaciones de Servicio, porque quedaría con ello desnaturalizada la función jurisdiccional, que, salvo en materia de Ordenanzas fiscales [art. 85 de la Ley Jurisdiccional, sólo ejerce el control de la conformidad a derecho del acto o disposición impugnados, procediendo a su anulación, total o parcial, si éste fuera el pronunciamiento pertinente, y reconociendo, en su caso, la situación jurídica individualizada, para adoptar las oportunas medidas en orden a su restablecimiento»."

⁶⁵³ *Vid.* la STS de 8 de mayo de 1985 (ref. Ar. 2.339) respecto a la DA 1ª de la Ley 41/1979, de 10 de diciembre, respecto a la regulación de la forma de integración del personal afectado en la función pública.

contienen ⁶⁵⁴. Este artículo, por otra parte, reconoce la posibilidad, bajo la cláusula del "sin perjuicio", de indemnización, cuya determinación si que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, cabe decir que aún la mera consideración como acto político del inejercicio de la potestad reglamentaria, no supone negar la producción de determinados efectos jurídicos, esencialmente el reconocimiento de que la actuación política del Gobierno puede ocasionar daños, como consecuencia del principio de responsabilidad de los poderes públicos que garantiza la CE (art. 9.3).

Esta posición entendemos, en cualquier caso, que es distinta a la concurrente en la inejecución del Derecho comunitario mediante disposiciones normativas de los Estados miembros. Como es sabido, la jurisprudencia del Alto Tribunal de Luxemburgo predica una posición prevalente del ordenamiento comunitario (Sentencia *Simmenthal*) y existe precisamente un recurso por inactividad ⁶⁵⁵ destinado a que los Estados miembros cumplan con las obligaciones que se imponen a nivel europeo. El recurso por omisión se enmarca, pues, en la relación entre dos ordenamientos (comunitario y estatal) a diferencia del supuesto que venimos estudiando, donde existe un único ordenamiento (el estatal) en el cual coexisten dos tipos de normas (Ley y reglamento) que surgen de dos órganos que llevan a cabo funciones diversas. Por tanto, quizás es necesaria cierta prudencia en repetir miméticamente los mismos esquemas a dos situaciones distintas.

La deslegalización es, por último, otra de las técnicas estudiadas bajo el concepto de delegación legislativa. Según una posición muy extendida la ley que produce la deslegalización tiene como objeto "la manipulación de los rangos para abrir la posibilidad a

⁶⁵⁴ Asimismo el art. 3 del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996 excluye de esta jurisdicción el control de la actividad no administrativa del Gobierno que se produzca en el ejercicio de las funciones de iniciativa legislativa: ¿debe incluirse en esta iniciativa legislativa a los reglamentos?

⁶⁵⁵ Vid. específicamente sobre este tema ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Ed. Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Col. "Cuadernos Europeos" 7, Madrid, 1993.

los Reglamentos de entrar en una materia hasta entonces regulada por Ley" ⁶⁵⁶. Se produciría, por tanto, una degradación del rango de ley existente, para que los reglamentos que se dictaran pudieran derogarla. Sin embargo, quizás el fenómeno puede ser objeto de una explicación más sencilla. En efecto, en estos supuestos sería la Ley deslegalizadora la que derogaría la Ley hasta entonces existente, pero tal derogación demoraría su eficacia hasta el momento en que se dictara el reglamento. Como advierte el profesor Ignacio de OTTO Y PARDO la ley no puede permitir lo que la Constitución prohíbe: es decir que un reglamento derogue a una ley.

En realidad la deslegalización se produce para evitar un vacío normativo que podría suceder a la derogación. La necesidad de ajustar técnicamente la legislación existente a los nueva situación que puede haber introducido la Ley deslegalizadora, hace que se demore la derogación hasta que se dicten las normas reglamentarias. Un ejemplo relevante de este fenómeno es el ocasionado por la disposición adicional tercera de la LRJPAC que habilita a los reglamentos estatales ⁶⁵⁷ para adecuar las normas de procedimientos, cualquiera que sea su rango, a los nuevos principios y reglas, fundamentalmente en lo que hace referencia a los efectos estimatorios o desestimatorios de la falta de resolución expresa.

El tiempo cobra en las operaciones deslegalizadoras una enorme importancia. Ahora bien, ello no deriva de la caducidad de una potestad delegada al Gobierno, sino en la necesidad por imperativo de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE) ⁶⁵⁸ de que la derogación de las normas no pueda prolongarse *sine die* en el tiempo. Por tanto, transcurrido el plazo en el que

⁶⁵⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I...* op. cit. p. 269.

⁶⁵⁷ Sobre el carácter básico o no de esta disposición adicional se ha suscitado un interesante debate a raíz de un excelente Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya* 171/1993, de 7 de octubre. A raíz del mismo la labor de adecuación de procedimientos se realizó en Cataluña a través de la técnica de la delegación legislativa y no de la deslegalización. Defendiendo, en cambio, el carácter básico de esta norma vid. el importante trabajo de Javier OLIVÁN DEL CACHO: *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, Ed. CEDECS y Universitat de Lleida, Barcelona, 1996, p. 63.

⁶⁵⁸ La relación entre derogación y seguridad jurídica ha sido puesta de relieve, entre otros, por el profesor Luis María Díez-PICAZO: *La derogación de las leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 35-38.

debía producirse la derogación, la Ley que se pretendía substituir por el reglamento continúa en principio en vigor ⁶⁵⁹. Por tanto, como Ley continuará siendo tratada y necesitará una nueva deslegalización, ya sea realizada de nuevo ya sea ampliando el plazo de la anterior ⁶⁶⁰, para ser substituida (que no derogada) por el reglamento.

2.1.3.- La potestad planificadora. Especial consideración del ámbito urbanístico

Las potestades legislativa y reglamentaria no son, sin embargo, la única potestad con posibles contenidos normativos que interesa a los efectos de nuestro estudio. Singularmente se plantea el tema de la potestad de planificación ⁶⁶¹, especialmente la urbanística, pues en esta última el transcurso del tiempo puede producir como efecto la existencia del silencio positivo. Esta posibilidad ha sido destacada por algunos autores que advierten la peculiaridad del plan urbanístico como norma jurídica ⁶⁶². Cabe advertir que el tema de la naturaleza jurídica de los planes "es aún objeto de controversia, que no constituye más que reflejo de las dificultades que se encuentran planteadas para encuadrar debidamente la planificación en general entre las formas típicas de actuación del moderno Estado de Derecho ⁶⁶³." La naturaleza normativa o no del plan tiene una singular importancia a los efectos del estudio de la inactividad administrativa. En efecto, si partimos de su naturaleza de norma cabría entender que no es aplicable en bloque la regulación general del silencio positivo, regulada en la actualidad por la LRJPAC, mientras que su mayor asimilación al acto administrativo

⁶⁵⁹ Ello sucederá así, a menos que la propia norma haya previsto una consecuencia jurídica distinta.

⁶⁶⁰ Así por ejemplo a través del Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto, se modificó la disposición adicional tercera y la disposición transitoria segunda de la LRJPAC.

⁶⁶¹ Sobre la potestad planificadora *vid.* por todos el clásico estudio del profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho administrativo económico I... op. cit.* pp. 325-426, con la bibliografía que allí se relaciona.

⁶⁶² Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: "El planeamiento urbanístico" en la obra colectiva dirigida por el mismo autor: *Tratado de Derecho municipal*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 1.741-1.743.

⁶⁶³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2ª ed. obra refundida, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 179. En esta obra encontramos la más clara sistematización de las diversas posiciones doctrinales al respecto.

supondría una mayor aproximación a tal bloque normativo ⁶⁶⁴.

Con la estructuración del Estado español como un Estado descentralizado y la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias en materia urbanística (art. 148.1.3 de la CE), la regulación de los planes de urbanismo ha experimentado una notable fragmentación que dificulta la identificación de unas notas homogéneas para estos instrumentos de ordenación del suelo. Sin embargo, podemos subrayar la existencia de determinadas características o notas, algunas con carácter más general y otras con carácter más particular, que singularizan a los planes urbanísticos del régimen general a que está sometido la potestad reglamentaria:

- la legislación municipal distingue entre potestad reglamentaria [art. 4.a) de la LBRL) y potestad de planificación [art. 4.c) de la LBRL].
- los planes tienen una publicidad distinta a los reglamentos. De esta forma el art. 70.2 de la LBRL, modificado recientemente por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre, donde se posibilita que cierta parte de los planes no tenga que ser necesariamente publicado en un boletín oficial, pudiendo dársele una publicidad distinta.
- los planes una vez publicada su aprobación definitiva son inmediatamente ejecutivos (art. 131 del Texto refundido), a diferencia de los reglamentos que entrarán en vigor de acuerdo con lo que se disponga en los mismos y, en su defecto, a los veinte días (art. 1.2 del Cc).
- la relativización, en algunos casos, del principio de jerarquía entre planes ⁶⁶⁵.
- los planes pueden ser objeto de recurso en vía administrativa ⁶⁶⁶, a diferencia de los

⁶⁶⁴ Sobre el tema *vid.* recientemente el excelente estudio del profesor Joan Manuel TRAYTER I JIMÉNEZ: *El control del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1996.

⁶⁶⁵ *Vid.* en esta línea la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, que en su Exposición de motivos señala: "nada impide que, en el momento de la Programación, del compromiso inversor, y en atención a las demandas sociales que se concreten al formularlo, se remodelen las originarias previsiones del Plan general, que deja de tener una posición jerárquicamente preeminente respecto al Parcial." El art. 12.e) de esta Ley señala que entre los instrumentos de ordenación los "Planes especiales que - en desarrollo, complemento o incluso, modificación del planeamiento general y parcial - [...] (la cursiva es nuestra)."

⁶⁶⁶ Así el art. 306 del Texto refundido estatal de 1992 establece que: "Los actos de aprobación definitiva de Planes de ordenación y Proyectos de urbanización, *sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan proceder*, serán impugnados ante la jurisdicción [...]." Así, por ejemplo, el art. 294 del Texto refundido catalán

reglamentos ⁶⁶⁷.

- los planes permiten, en algunos casos y a diferencia de lo que sucede con los reglamentos, la derogación singular. Así el art. 244 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, en relación con los proyectos que los Ministros pueden remitir a los Ayuntamientos si concurren razones de urgencia o de excepcional interés público ⁶⁶⁸.

- el procedimiento de elaboración de los planes es distinto al de los reglamentos. Se posibilita una participación muy activa de los particulares, que pueden incluso redactar ellos mismos los planes. Asimismo existen determinados trámites que constituyen el procedimiento común de elaboración que no son exigibles en el planeamiento, como por ejemplo el informe de la Secretaría General Técnica del Departamento ministerial correspondiente, el dictamen del Consejo de Estado o el equivalente autonómico y el trámite de audiencia a las organizaciones representativas de intereses. Mientras que en síntesis, en el planeamiento, tras los actos preparatorios se produce una aprobación inicial de la Administración actuante (normalmente los Ayuntamientos), una información pública sobre el proyecto inicialmente aprobado, seguida de una audiencia de las Corporaciones afectadas, a la que sigue una aprobación provisional de la propia Administración actuante, para finalizar en una aprobación definitiva realizada normalmente por el órgano correspondiente de la Comunidad autónoma.

- los planes están sujetos al régimen del silencio positivo, mientras que difícilmente es trasladable al ámbito de los reglamentos su aprobación a través de la mera inactividad, especialmente si el procedimiento ha sido iniciado por un particular.

Cabe decir, además, que alguna legislación autonómica ha aproximado el régimen jurídico de los planes a la regulación del silencio positivo contenida en la normativa general de

de 1990, adaptado a la LRJPAC por el Decreto legislativo 16/1994, de 26 de julio, establece que cabrá recurso ordinario contra los actos y acuerdos, expresos y presuntos, de las comisiones de urbanismo y del director general de urbanismo.

⁶⁶⁷ Según el art. 107.3 de la LRJPAC: "Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa [...]".

⁶⁶⁸ Cabe advertir, con todo, que la regla general es la inderogabilidad, puesto que el art. 134.2 del Texto refundido estatal de 1992 establece como supuesto de nulidad de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u ordenanzas.

procedimiento administrativo común (la LRJPAC). Así, se exige la certificación para que la Administración y los particulares puedan acreditar la aprobación por silencio de los planes de urbanismo, a la cual se califica expresamente como "acto presunto" ⁶⁶⁹. Otras normas si bien se acogen a la necesidad de certificación, establecen algunas especialidades, como son los plazos, respecto a la normativa general sobre el silencio administrativo ⁶⁷⁰.

Tales consideraciones no suponen, sin embargo, negar el carácter normativo de los planes. Estamos ante un instrumento que tiene contenidos normativos, los cuales sin embargo, presentan unas características singulares que los diferencian de los reglamentos. Estas singularidades derivan en gran parte, de que junto a su contenido normativo, coexiste también un contenido de mero acto administrativo. En este sentido, encontramos determinados documentos que se incorporan al plan, por ejemplo la memoria ⁶⁷¹, así como ciertas actuaciones como la clasificación del suelo como urbano o el trazado de alineaciones, e incluso determinados tipos de planes ⁶⁷² que carecen de valor normativo o que nos ofrecen serias dudas sobre su carácter. Ello es, sin duda, resultado de sus orígenes históricos

⁶⁶⁹ Vid. el art. 70 del Texto refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto legislativo catalán 1/1990, de 12 de julio, modificado por Decreto legislativo 16/1994, de 12 de julio: "Para la eficacia de la aprobación definitiva por silencio administrativo los interesados o la propia Administración tendrán que acreditar los actos presuntos mediante certificación emitida por el órgano competente que tenía que resolver el procedimiento, el cual deberá emitirlo inexcusablemente en el plazo de veinte días desde que le fue solicitada salvo que en este plazo haya dictado una resolución expresa y sin que se pueda delegar esa competencia específica.

La certificación de los actos presuntos de los órganos colegiados se emitirá por sus secretarios o por las personas que tengan atribuidas sus funciones.

En los supuestos en que tenga lugar la aprobación definitiva del planeamiento por silencio administrativo positivo, previa solicitud de certificación del acto presunto, la Administración ha de ordenar la publicación y la notificación reglamentaria del acto presunto."

⁶⁷⁰ Vid. el art. 116.6 de la Ley foral navarra 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo: "[...el Ayuntamiento solicitará se emita por el Departamento competente certificación acreditativa del acto presunto de aprobación. En el plazo de un mes desde tal solicitud, se emitirá dicha certificación o bien se aprobará expresamente el planeamiento con las determinaciones de oficio, en su caso, que sean legalmente exigibles. Transcurrido dicho plazo de un mes, el Consejero se abstendrá de dictar acto expreso de aprobación."

⁶⁷¹ Vid. la STS de 28 de noviembre de 1990 (ref. Ar. 9.340).

⁶⁷² Así por ejemplo los Estudios de detalle "carecen en absoluto de alcance ordenador del territorio afectado". Vid. la STS de 13 de marzo de 1990 (ref. Ar. 1.965).

como "el fruto de la unión o matrimonio de los planes de alteraciones con las ordenanzas municipales de construcción" ⁶⁷³. De esta forma, se ha señalado que el planeamiento engloba dos tipos de potestades distintas: una de carácter reglamentario y otra de ejecución de las obras de urbanización ⁶⁷⁴.

Para el correcto enfoque del problema que se plantea quizás sea útil distinguir el acto de aprobación del planeamiento de los posibles contenidos normativos del mismo. Así lo viene haciendo de forma reiterada el Consejo de Estado a través de su doctrina legal. En este sentido en relación al tema de la nulidad se ha advertido que: "[...] en materia de planes urbanísticos, cuyo contenido normativo es indudable, la nulidad o anulabilidad pueden derivar tanto del contenido mismo del Plan, por contraposición a otro de superior jerarquía, como del acto de aprobación del Plan si incurre en alguno de los vicios enumerados en el artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo" ⁶⁷⁵. Nótese que se habla del art. 47.1 de la LPA (actual art. 62.1 de la LRJPAC) que se refiere a la nulidad de los actos administrativos, pues la de los reglamentos estaba contenida en el segundo apartado de este precepto (de igual forma actualmente en el art. 62.2 de la LRJPAC). Tal distinción puede servir para entender aplicable el supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición (art. 62.1.f de la LRJPAC). De igual forma, no habría dificultad para aplicar el régimen de la certificación

⁶⁷³ Vid. por todos PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: *Derecho administrativo III (Bienes públicos, Derecho urbanístico)*, 5ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 397. Sobre los orígenes históricos del Derecho urbanístico es imprescindible el estudio de: BASSOLS COMA, Martín: *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973.

⁶⁷⁴ Vid. la STS de 17 de octubre de 1988 (ref. Ar. 7.848): "Ciertamente la afirmación de la naturaleza normativa de los Planes es susceptible de matizaciones en razón del heterogéneo contenido de aquéllos: como la doctrina ha indicado con acierto, el planeamiento engloba la actuación de dos potestades distintas, una de auténtica naturaleza reglamentaria (normas relativas a la utilización del suelo, etc.) y otra que se traduce en la ejecución de las obras públicas de urbanización, sin la cual el Plan será un "dibujo muerto". En similar sentido vid. también la STS de 16 de octubre de 1990 (ref. Ar. 8.129).

⁶⁷⁵ Vid. Dictamen núm. 45.997, de 23 de febrero de 1984. Destacando la relativa independencia del acto de aprobación definitiva del planeamiento en relación al plan que ve la luz, se pronuncia el Dictamen núm. 43.741, de 21 de enero de 1982.

de acto presunto, a la cual hemos aludido anteriormente.

El problema de los efectos del transcurso del tiempo en la potestad de planeamiento presenta una problemática distinta según sea la propia Administración o los particulares quienes tomen la iniciativa en la redacción e impulso de los planes. Cuando este papel corresponde a la Administración estamos fundamentalmente ante un problema de relaciones interadministrativas, en cuanto la competencia en materia urbanística se reparte, normalmente, entre la Administración municipal y la Administración autonómica. Por ello abordaremos el estudio de esta problemática en sucesivos epígrafes de este trabajo. En este momento, aludiremos particularmente a la posibilidad de iniciativa particular de los planes de urbanismo. Tal posibilidad deriva del carácter indispensable del plan para el normal ejercicio de las facultades dominicales ⁶⁷⁶. La inactividad de la Administración en el ejercicio de su potestad planificadoras puede causar graves perjuicios al interés público y al particular. Por este motivo se faculta a los particulares para que puedan participar de una forma decisiva en el procedimiento de elaboración de planes, no sólo a través del trámite de información pública, sino también con la posibilidad de redactar ellos mismos los planes y someterlos al procedimiento de aprobación, cuya tramitación debe ser impulsada por la Administración pública y cuya inactividad puede generar normalmente el silencio positivo ⁶⁷⁷. Por tanto, la misma existencia de una iniciativa particular en el procedimiento de elaboración de planes supone una forma de paliar la inactividad administrativa y algunos de los perjuicios que de ella pueden derivarse.

La elaboración del planeamiento urbanístico se ha venido considerando como una potestad

⁶⁷⁶ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "Los planes de ordenación urbana de iniciativa particular" en *REDA* 2, julio-septiembre 1974, p. 242.

⁶⁷⁷ Con todo alguna legislación autonómica establece efectos desestimatorios para el silencio cuando se trata de solicitudes de tramitación y aprobación de modificaciones de plan municipal promovidas por la iniciativa particular. Vid. en este sentido el art. 108 de la Ley foral navarra 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo.

de carácter público ⁶⁷⁸, pero ello no impide que el particular colabore en su realización. La notable complejidad del urbanismo como función social hace necesaria una mayor colaboración entre Estado y sociedad civil, colaboración cuya necesidad hemos ya advertido en el nuevo contexto del Estado social y democrático de Derecho. Ahora bien, esta necesaria colaboración, como también señalamos, no implica una confusión entre ambas realidades, y así en el ámbito urbanístico simplemente se concede a los particulares la iniciativa de redactar planes, pero la Administración sigue conservando sus potestades ⁶⁷⁹, no quedando vinculada por las propuestas privadas.

De esta forma, la legislación venía reconociendo que al particular la posibilidad de redactar planes de cualquier tipo, siempre que sean de competencia municipal, excluyéndose tan sólo los Planes nacionales y Directores territoriales, aunque fuera de forma meramente teórica ⁶⁸⁰. Tal posibilidad se produce incluso respecto a la formulación de Planes parciales,

⁶⁷⁸ Sobre el tema *vid. por todos* GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho urbanístico... op. cit.* pp. 113-115. En la actualidad, como advierte el profesor José María BAÑO LEÓN, se observan ciertas tendencias restrictivas del urbanismo como función pública. *Vid.* de este autor "Urbanismo" en FONT I LLOVET, Tomàs (Ed.): *Anuario del Gobierno Local 1996*, Ed. Marcial Pons y Diputació de Barcelona, Madrid, 1996, p. 472.

⁶⁷⁹ Según la STS de 17 de junio de 1989 (ref. Ar. 4.732): "El planeamiento es sin duda una potestad irrenunciable de la Administración pero aún así el principio de la participación ciudadana - art. 9.2 de la Constitución y 4.2 del Texto refundido de la Ley del suelo, da lugar a que se reconozca a los administrados la posibilidad de una iniciativa en la redacción de planes - art. 52.1 del Texto refundido -. Ciertamente esta iniciativa no elimina las potestades de la Administración en cuanto al contenido de la resolución que ponga fin al procedimiento para, en último término, llegar a la decisión adecuada, en la que a diferencia de lo que ocurre en la licencia urbanística de naturaleza rigurosamente reglada - art. 178.2 del Texto refundido, ha de entrar en juego la consideración de los aspectos discrecionales del plan."

⁶⁸⁰ De acuerdo con la STS de 29 de abril de 1986 (ref. Ar. 2.980): "El artículo 52.1 establece con toda claridad que las personas privadas podrán formar Planes municipales, precepto que ha sido invocado por esta Sala en su Sentencia de 8 de julio de 1977 aplicando el artículo 40 de la Ley del suelo de 1956 en el sentido que no ofrece duda de que los particulares pueden formar Planes municipales a cualquier nivel puesto que ninguna limitación formula al respecto este precepto y contrariamente, el mismo enumera todos los posibles (municipales, comarcales, especiales y proyectos de urbanización) y tanto más cuanto que no se trata de atribuir facultades de sustitución respecto de competencias públicas, sino solamente de permitir que los particulares puedan redactar y preparar los Planes para que ulteriormente la Administración los asuma, modifique o rechace; y aún más recientemente, la Sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1984 también ha proclamado, aplicando dicho artículo 52.1 de la Ley del suelo, que "[...] las personas privadas podrán formar también Planes municipales, especiales y Proyectos de urbanización" por lo que en la dicción literal del precepto, con la excepción de los Planes Nacionales y Directores Territoriales, que no son municipales, se comprenden como de iniciativa particular todos los de elaboración municipal, es decir tanto los parciales y especiales, como los

cuando aún no existe el correspondiente Plan general, aunque eso sí dentro de unos requisitos concretos ⁶⁸¹. Con la legislación vigente se mantiene la iniciativa particular en la elaboración del planeamiento, si bien parece limitarse a determinado tipo de planes. En efecto, el art. 104 del Texto refundido estatal de 1992 señala que las "entidades públicas y los particulares podrán redactar y elevar a la Administración competente para su tramitación los instrumentos de desarrollo del planeamiento general que, en cada caso, establezca la legislación urbanística aplicable". Por tanto, la iniciativa particular se ciñe, de acuerdo con la dicción de este precepto, a los planes regulados en la Sección 6ª del capítulo primero del Título III del Texto refundido estatal de 1992 ⁶⁸². Esta nueva delimitación del ámbito de la iniciativa privada es congruente con lo que podríamos denominar gradación del carácter normativo de los planes. En efecto, parece que los planes generales serían los que tienen un contenido normativo más acusado, en cuanto son los que determinan los elementos fundamentales de la estructura general de la ordenación urbanística del territorio, mientras que el planeamiento de desarrollo tiene un contenido más de ejecución, que le aproxima más al acto administrativo.

Se ha señalado que la participación del particular a través de la redacción del plan es algo más que el de un simple peticionario o denunciante, sino el de un portador de intereses que

generales de ordenación [...]."

⁶⁸¹ Así la STS de 14 de marzo de 1984 (ref. Ar. 1.330): "Que la posibilidad de formulación y aplicación de un Plan parcial sin la previa existencia del Plan general es, como se ha alegado, doctrina que tras reiteradas vacilaciones, ha prevalecido finalmente en las sentencias del TS si bien, puntualizando, que ha de ser para ello efectivamente planes (y no meros proyectos de parcelación o urbanización) en el aspecto rigurosamente técnico de conjunto orgánico de concretas previsiones para la ordenación urbana de una zona o sector - S. de 23 de abril de 1975 y 8 de julio de 1977 - y dentro por tanto de unas previsiones de conjunto omnicomprendivas de la ulterior integración en las de carácter general, circunstancias que en el caso concurren, puesto que no se trata aquí, simplemente de parcelación de unos terrenos sino de la efectiva ordenación del extremo Nor-Este del término de Lupiana (Guadalajara), articulado sobre un conjunto de planos técnicos formulados siguiendo las exigencias del art. 10 de la Ley del suelo, y comprendiendo incluso, aunque sintéticas unas normas de ordenación y edificación [...]." Tal posibilidad es fruto de una larga evolución jurisprudencial de la cual se ha hecho reflejo la doctrina. Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "Plan parcial sin plan general aprobado por silencio administrativo positivo" en *REDA* 7, octubre-diciembre 1975, pp. 625-629.

⁶⁸² También cabría incluir a los regulados en la Sección 7ª, bajo el título de "Otros instrumentos" regula los Estudios de detalle, Proyectos de urbanización y Catálogos, en cuanto suponen también una forma de completar, adaptar o llevar a la práctica determinaciones del planeamiento general y de los planes parciales.

colabora a alcanzar el interés público. En base a ello se ha sostenido que el particular al redactar un plan no realiza una instancia "entendida como acto privado del particular con efectos jurídico-administrativos y, concretamente como acto de iniciación del procedimiento"⁶⁸³. Otros autores, en cambio, sostienen que "si el derecho particular de iniciativa no supone limitación alguna de las facultades administrativas de resolución sobre el Plan en cuanto al fondo, sí parece que debe implicar cuando menos, so pena de desproveerlo de todo contenido (lo que sería absurdo) un derecho a obtener dicha resolución"⁶⁸⁴. De esta forma ha venido pronunciándose una jurisprudencia mayoritaria que entiende que el ejercicio del derecho de iniciativa de los particulares en la formación del planeamiento comporta que la Administración "contrae la obligación de proceder a tramitar los planes y proyectos presentados si se ajustan a la normativa específica"⁶⁸⁵. Ello es así, de manera que la Administración no puede denegar la aprobación inicial del planeamiento de iniciativa particular a menos que se considere que se infringe de forma clara la normativa urbanística⁶⁸⁶. En cualquier caso, la solución que acabemos adoptando es la de si consideramos el procedimiento de elaboración de planes como un procedimiento específico regulado exclusivamente por la legislación urbanística, o como venimos apuntando a lo largo de este epígrafe por un procedimiento que si bien tiene lógicas especialidades, le es de aplicación la normativa de procedimiento administrativo común, regulada en la actualidad por la LRJPAC.

⁶⁸³ Vid. LLISSET BORRELL, Francisco: *La actividad urbanística de los particulares*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1975, p. 115.

⁶⁸⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho urbanístico... op. cit.* p. 348.

⁶⁸⁵ Vid. en este sentido a la STS de 19 de abril de 1995 (ref. Ar. 3.159).

⁶⁸⁶ Vid. la STS de 18 de febrero de 1992 (ref. Ar. 2.830): "Con relación al alcance de las potestades municipales en orden a la posible denegación de los Planes urbanísticos promovidos por la iniciativa particular, la jurisprudencia viene haciendo declaraciones que responden a un criterio restrictivo respecto de la mencionada posibilidad de denegación de la aprobación inicial. En Sentencia de 7 de marzo de 1987 (ref. Ar. 3.508), reiterando lo declarado en otra de 10 de febrero de 1986 (ref. Ar. 1.423), este Tribunal manifestó que sólo cabe la denegación de la aprobación inicial cuando se aprecien defectos que de manera "manifiesta e incuestionable" predeterminen la denegación de la aprobación definitiva. Y en Sentencia de 14 de abril de 1987 (ref. Ar. 4.447) se indica que la Corporación Municipal puede rechazar la aprobación inicial cuando entiende que se infringe "claramente" la normativa urbanística."

La posibilidad que el particular consiga que el plan que ha redactado sea objeto de aprobación por silencio positivo, llevó a los autores y a la jurisprudencia a construir una serie de límites. Tales límites fueron sistematizados por el Reglamento de planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD 2.159/1978, de 23 de junio (art. 133), cuya enumeración es como sigue:

- No habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el Plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo de Plan de que se trate.
- La aprobación definitiva obtenida por silencio administrativo será nula si el Plan contuviere determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo de Plan de que se trate.
- También será nula cuando la aprobación del Plan esté sometida a los requisitos especiales legal o reglamentariamente establecidos. Un ejemplo de estos requisitos sería "las modificaciones de planes que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los Planes o modificar; modificaciones que para las que el art. 50 LS (art. 162 RP) exige, entre otros trámites, el informe favorable del Consejo de Estado" ⁶⁸⁷.

En base a estos requisitos la jurisprudencia vino a atenuar la automaticidad de la producción del silencio positivo, según ya tuvimos oportunidad de comprobar en el capítulo primero de este trabajo, entendiéndose que en estos casos no se producía el silencio positivo y por tanto no había que acudir a la revisión de oficio, sino que bastaba con una mera revocación. A lo sumo alguna doctrina suavizó el rigor con que se exigía estos requisitos de producción del silencio positivo, restringiéndolos a los supuestos de nulidad de pleno derecho. Nótese, sin embargo, que se habla en unos casos de "no habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo" mientras que en otros se señala que "la aprobación definitiva por silencio administrativo será

⁶⁸⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho urbanístico... op. cit.* p. 364.

nula". Ello quizás debería haber distinguido ambas posiciones ya que el hecho que exista una nulidad de pleno derecho, no implica necesariamente que no se produzca el silencio positivo. Éste se habrá obtenido pero ello no quiere decir que se pueda reaccionar ante él por estar incurrido en una causa de nulidad a través de los medios legales correspondientes. Esta situación sería la que apuntaría en la actualidad el art. 62.1.f) de la LRJPAC, que modificaría sustancialmente la línea seguida hasta ahora por la doctrina y la jurisprudencia de entender que la nulidad sería el límite de producción del silencio, si se entendiera aplicable a los planes de urbanismo. En cualquier caso, nos remitimos para su estudio al capítulo cuarto de este trabajo, donde se abordará de forma general el tema de la nulidad y el silencio positivo.

Con todo cabe advertir que, a pesar de la intervención de los particulares y del establecimiento del silencio positivo, existe la conciencia generalizada de que los planes de urbanismo tienen una duración excesiva que comporta graves perjuicios tanto al interés privado como particular ⁶⁸⁸. Por tanto, tales fórmulas si bien necesarias deben quizás ser complementadas con otras, como la simplificación del procedimiento o la misma intervención de la Administración que realiza la aprobación definitiva. Quizás sería más oportuno que su intervención se realizara, por ejemplo, de forma simultánea a la información pública emitiendo en el mismo plazo un informe vinculante.

Por otra parte, cabe advertir que los planes de urbanismo presentan, además unos determinados aspectos temporales de interés. En este sentido cabe advertir que determinados planes, los generales de ordenación, han de contener necesariamente una serie de determinaciones, entre las cuales se encuentran "los plazos para la aprobación del planeamiento parcial" (art. 72.h del Texto refundido estatal de 1992). Los planes generales habrán de incluir un Programa de Actuación que establecerá entre otras cuestiones: "Las

⁶⁸⁸ Vid. en este sentido el trabajo del profesor José Luis MEILÁN GIL: "La dimensión temporal de la ordenación urbanística" en *RDUyMA* octubre-noviembre-diciembre 1995. Especialmente en la p. 20, donde se señala que: "La congelación de suelo que supone la elaboración del Plan, empezando por la suspensión del otorgamiento de licencias, conlleva efectos perversos para los objetivos perseguidos: se encarece el suelo disponible, la oferta no se adecua a la demanda, el coste final del producto - vivienda, locales comerciales, etc. - se ve influido por la espera."

etapas cuatrienales en que han de aprobarse los Planes parciales en suelo urbanizado programado" y "para las áreas del suelo urbano remitidas a planeamiento de reforma interior, el plazo para su aprobación". La cuestión que se plantea esencialmente es que sucede si la Administración incumple los plazos establecidos en el Plan general y en el Programa de actuación, no aprobando los planes de desarrollo correspondientes. Al efecto, algunos autores han señalado que "el incumplimiento o cumplimiento tardío del deber de desarrollo del Plan General en Planes Parciales carece de consecuencias jurídicas precisas" ⁶⁸⁹. En cualquier caso, parece que el transcurso del tiempo sin desarrollar o ejecutar el plan, no supone la pérdida de vigencia del mismo. Así, por ejemplo, se manifiesta la STS de 23 de septiembre de 1977 (ref. Ar. 5.022):

"Toda la tesis actora arranca de la equivocada creencia que los "planes de ordenación urbana" pierden su vigencia por el transcurso del tiempo sin desarrollarlos, y por esto, arguye que el "plan parcial de ordenación" del sector donde está ubicada su parcela, ha devenido, por el transcurso del tiempo, ineficaz, y, en consecuencia sustituido por la ordenación anterior, o según parece inferirse de los alegatos de la demanda, por un régimen que hace posible la edificación pretendida, contraria a aquél plan; pero este criterio del actor está en patente contradicción con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley del Suelo, a cuyo tenor los planes de ordenación tienen vigencia indefinida, de tal modo que en tanto un "plan" posterior o una modificación del plan, estableciendo una ordenación distinta, los particulares, al igual que la Administración, están obligados al cumplimiento de lo dispuesto en el plan, tal como dice el artículo 45, núm. 1, de la Ley citada [...]."

2.3.- Potestad sancionadora

⁶⁸⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho urbanístico... op. cit.* p. 370.

El elemento temporal ha ido adquiriendo una importancia considerable en el ejercicio de la potestad sancionadora. Ello ha sido posible fundamentalmente a través de la recepción de las garantías substanciales y procesales elaboradas desde el Derecho penal. La jurisprudencia a partir de los años 70, especialmente con la trascendental STS de 9 de marzo de 1972 (ref. Ar. 1.291), de la cual era ponente el magistrado Rafael MENDIZABAL DE ALLENDE, considera de aplicación los principios inspiradores del orden penal y con ello la regulación que para el instituto de la prescripción realiza el Código penal.

Dentro de este orden de consideraciones, podemos encontrar diversos motivos que justifican la existencia de la prescripción dentro del ámbito punitivo o sancionador. Por una parte se han argumentado diversas razones de orden substantivo que origina el transcurso del tiempo: a) el infractor corrige su comportamiento; b) el culpable ya ha pagado suficientemente por la angustia de ser sancionado; c) la sociedad olvida incluso las infracciones más graves; d) los efectos antijurídicos de la infracción desaparecen; e) el nexos psicológico entre el hecho y su agente desaparece. Por otra parte se han encontrado razones de tipo procesal como es la dificultad de probar que se han producido estas conductas ilícitas. Razones que vienen a confluír en la necesidad de conseguir una rápida reacción de los poderes públicos contra la infracción de la normativa que protege un bien jurídico determinado, con la finalidad de evitar que se prolongue una situación de inseguridad jurídica que estaría en grave contradicción con lo que se dispone en el art. 9.3 de la CE ⁶⁹⁰, según veíamos anteriormente. La jurisprudencia, en definitiva, ha aludido a una pluralidad de finalidades donde se vienen a recoger las que hemos expuesto anteriormente ⁶⁹¹.

En cambio, se ha negado que la prescripción pudiera incluirse dentro de la garantía contenida

⁶⁹⁰ Vid. la STS de 13 de febrero de 1991 (ref. Ar. 1.223).

⁶⁹¹ Vid. la STS de 11 de abril de 1989 (ref. Ar. 3.343): "[...] su fundamento se encuentra en el efecto destructor del tiempo que hace a la sanción ineficaz a los fines para los cuales fue instituida, a la vez que sirve a razones de seguridad jurídica que impide que el sancionado viva en todo momento pendiente de su imposición, aunque el mismo con su conducta posterior revele un deseo de reinserción en el quehacer de los demás miembros de la sociedad a la cual pertenece dentro del Ordenamiento Jurídico, que la misma se ha dado a través de sus instituciones [...]."

en el art. 24.2 de la CE del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado, en la sentencia 224/1991, de 25 de noviembre, que: "[...] no cabe deducir del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable, un derecho a que juegue o se produzca la prescripción penal (SSTC 255/1988 y 83/1989)", a pesar de que alguna jurisprudencia del TS parece haber mantenido la tesis contraria (STS de 16 de mayo de 1989, ref. Ar. 3.694). Inaplicación del 24.2 que incluso se ha mantenido en relación a una institución típicamente procesal, como es la caducidad del procedimiento ⁶⁹².

Estrechamente relacionado con el fundamento de esta institución está, por tanto, el tema de la naturaleza jurídica. Así hay que advertir que dependerá de qué justificación hagamos prevalecer para decidir cuál es la naturaleza de la prescripción. Estamos, sin duda, ante un tema bastante polémico en el Derecho penal. Básicamente las diferentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales están divididas en: los que defienden su carácter substantivo (como causa de extinción material del ilícito) y los que, contrariamente, consideran que somos ante una institución procesal (como un mero obstáculo procesal), encontrándose incluso sectores que intentan conciliar, desde tesis eclécticas, ambas posturas. Problemática que, además, varía según el ordenamiento jurídico de cada país ⁶⁹³. Respecto al Derecho administrativo

⁶⁹² Vid. la STS de 26 de mayo de 1992 (ref. Ar. 3.937) sobre un proceso tramitado por la vía de la Ley 62/1978. Desde otra perspectiva vid. TRAYTER I JIMÉNEZ, Joan Manuel: *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Escola d'Administració Pública y Marcial Pons, 1994, donde se señala que la caducidad es consecuencia del derecho al proceso público sin dilaciones indebidas. Posteriormente este planteamiento también está presente en NIETO GARCÍA, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 411: "Desde una perspectiva general que englobase al proceso penal y al expediente administrativo sancionador (como cauces procesales de las dos manifestaciones del *ius puniendi* único del Estado), es factible la traspolación al procedimiento administrativo del derecho a obtener una resolución sin dilaciones indebidas, ya que no hay ninguna razón lógica para limitar la aplicación de este principio a las actuaciones judiciales". Posteriormente en la 2ª ed. de la misma obra, 1994, omite la referencia a este derecho constitucional y su posible conexión con la caducidad del procedimiento. Asimismo debe aludirse a alguna jurisprudencia que parece fundamentarse en esta conexión: vid. la STS de 9 de mayo de 1989 (ref. Ar. 3.622) cuando al hablar de la caducidad nos dice que: "[...] la Administración ha de incoar y resolver el expediente sin dilaciones no permitidas [...]."

⁶⁹³ Así mientras que en Alemania, Francia y Holanda se opta mayoritariamente por una concepción procesalista, debe señalarse que en España, Austria y Suiza predominan las tesis substantivas. Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal (Parte General)*, vol. II, traducción y notas de Derecho español de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE, Ed. Bosch, Barcelona, p. 1.243.

sancionador parece que en la actualidad predomina la opción de una prescripción sustantiva⁶⁹⁴.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de optar por una o por otra opción son importantísimas. De esta forma si la prescripción tiene naturaleza sustantiva sería vigente el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, proclamado en el art. 9.3 de la CE. De esta forma no se podría aplicar retroactivamente un plazo más largo que el previsto en la legislación anterior. En cambio, si la prescripción tuviera una naturaleza adjetiva o procedimental regiría la regla contraria, tal y como sucede con la caducidad del procedimiento (STS de 26 de febrero de 1991, ref. Ar. 1.089).

El tema de la naturaleza jurídica puede enfocarse, además, desde otra perspectiva que es complementaria. Nos referimos, precisamente, al tema de las diferencias existentes entre la prescripción civil y la prescripción sancionadora. Análisis que también ha de verse desde su justificación en cada uno de sus ámbitos. Hemos de advertir, de entrada, que si bien la prescripción sancionadora recibe en sus inicios una clara influencia de la prescripción civil, en la actualidad la fundamentación de ambas es esencialmente diferente. En efecto, mientras que en el ámbito civil se justifica la institución de la prescripción para la tutela de un interés muy concreto (el que una persona no se vea expuesta a reclamaciones antiguas), en el ámbito sancionador se protege además un interés público (el que la responsabilidad administrativa sancionadora se exija, si procede, dentro de un plazo establecido para tutelar eficazmente el bien jurídico protegido por la norma administrativa).

El diverso fundamento de la prescripción en el Derecho civil y en el Derecho sancionador comporta la vigencia de un régimen diverso en cuanto a su alegación. Así en el primer caso regiría el denominado principio dispositivo, en su manifestación de la vinculación de las resoluciones judiciales a las pretensiones de las partes (*ne eat iudex ultra petitum partium*).

⁶⁹⁴ Vid. la STS de 7 de julio de 1989 (ref. Ar. 5.338).

De esta forma la prescripción civil ha de ser alegada por las partes, haciéndose efectiva por la vía de las excepciones procesales. En cambio, por lo que respecta a los diversos aspectos del *ius puniendi* del Estado la prescripción se configura como una condición objetiva para imponer la sanción, quedando fuera de la disponibilidad del infractor y habiendo de ser declarada de oficio por la Administración o por los Tribunales ⁶⁹⁵. Solución que no puede considerarse que vulnera el principio de congruencia que informa los procesos jurisdiccionales (art.24 CE), entre ellos el contencioso-administrativo (art. 43 de LJCA), ya que nos encontramos que "en materia sancionadora el cumplimiento de los plazos es rigurosa observancia por la Administración, sin que pueda ser renunciada por los administrados" ⁶⁹⁶.

La naturaleza jurídica de la prescripción permite además diferenciarla de otras figuras jurídicas afines. Así alguna jurisprudencia ha advertido que "[...] hay que distinguir prescripción de la infracción, caducidad del derecho de acción para perseguir esa infracción, y perención del procedimiento [...]" (STS de 20 de diciembre de 1980, ref. Ar. 9.988). Distinción que trae causa de un estudio dogmático realizado en el año 1969 por el profesor y magistrado GONZÁLEZ NAVARRO (ponente de la STS mencionada) sobre la caducidad del procedimiento administrativo ⁶⁹⁷. Así, por una parte prescripción y caducidad de la acción se diferenciarían de la caducidad del procedimiento, llamada también perención, en que las primeras tendrían efectos substantivos (entraría dentro de lo que denominamos inactividad jurídico-sustancial) y no meramente procedimental, como la segunda (que vendría a encuadrarse en la inactividad jurídico-formal). Por otro lado, prescripción y caducidad de la acción se diferenciarían entre sí en relación al cómputo de los plazos, que en el primer caso admitiría interrupción (volviéndose a iniciar *ex novo* el cómputo), mientras que en el segundo sólo excepcionalmente se suspendería (teniéndose en cuenta el tiempo transcurrido).

⁶⁹⁵ Vid. las SSTS de 13 de febrero de 1975 (ref. Ar. 471); 22 de mayo de 1979 (ref. Ar. 2.032); 14 de febrero de 1988 (ref. Ar. 9.390); 12 de septiembre de 1988 (ref. Ar. 6.615); 21 de septiembre de 1988 (ref. Ar. 6.741); 7 de febrero de 1989 (ref. Ar. 986); 13 de junio de 1989 (ref. Ar. 4.382).

⁶⁹⁶ Vid. la STS de 23 de junio de 1989 (ref. Ar. 4.434).

⁶⁹⁷ Vid. de este autor "La llamada caducidad del procedimiento administrativo" en *RAP* 45, septiembre-diciembre 1964, pp. 191-230.

En relación a la caducidad del procedimiento o perención nos remitimos, como ya hemos señalado en otro lugar, al capítulo tercero de este trabajo. Por lo que respecta a la denominada caducidad de la acción para perseguir infracciones hemos de advertir que ha quedado recogida en algunos textos legislativos. En este sentido, por ejemplo, puede verse el art. 18.2 del RD 1945/1983, de 22 de junio, por el cual se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria (BOE 168, de 15 de julio de 1983) cuando señala que:

"Caducará la acción para perseguir las infracciones en materia de disciplina del mercado, cuando conocida por la Administración la existencia de una infracción y finalizadas las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos hubieren transcurridos seis meses sin que la autoridad competente hubiera ordenado incoar el oportuno procedimiento. A estos efectos, cuando exista toma de muestras, las actuaciones de la inspección de la infracción se entenderán finalizadas después de practicado el análisis inicial. Las solicitudes de análisis contradictorios y dirimentes que fueren necesarios, interrumpirán los plazos de caducidad hasta que se practiquen (la cursiva es nuestra)."

Ahora bien, ¿realmente estamos ante supuestos de caducidad? y en el caso de que ello sea así ¿es conveniente la implantación de este tipo de plazos en relación al ejercicio de la potestad sancionadora? Debe decirse que la LRJPAC silencia cualquier referencia a la caducidad del derecho a perseguir infracciones, hablando exclusivamente de prescripción (art. 132) y caducidad del procedimiento (art. 43.4). En este sentido, tal y como hemos señalado anteriormente, hay que decir que el ejercicio de la potestad sancionadora, por su propia configuración, responde a plazos de prescripción y no de caducidad⁶⁹⁸. No estamos ante una situación claudicante o en la que el ordenamiento jurídico requiera que se aclare la

⁶⁹⁸ Así se ha pronunciado el profesor José GARBERÍ LLOBREGAT: *Vid.* de este autor: *El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1.398/1993) (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y Legislación)*, Ed. Tirant lo Blanch, Col. "Tratados", València, 1994, p. 142.

situación, para que se produzcan unas situaciones jurídicas firmes e inatacables, sino que tal y como hemos dicho se trata de sancionar conductas dentro de un plazo razonable y no en la configuración o modificación de una situación jurídica. Es, por este motivo, que la dicotomía entre prescripción y caducidad, habría de plantearse en el campo de las sanciones administrativas únicamente desde dos aspectos: la prescripción en relación al ejercicio de la potestad administrativa y la caducidad respecto al procedimiento en que aquella se formaliza. Desde esta perspectiva, consideramos que cuando se habla de "caducidad de la acción", en realidad se trata de un supuesto de prescripción especial en el cual se fija un plazo diferente, más corto, ya que su *dies a quo* es el conocimiento que tiene la Administración sobre aquellos hechos ilícitos y no cuando estos se realice. Esta depuración conceptual fue realizada por REBOLLO PUIG ⁶⁹⁹, denunciando la confusión que introducía en este caso el legislador con la equívoca denominación de "caducidad de la acción". Argumento que se refuerza si pensamos que el art. 18.2 del RD 1945/1983 habla de interrupción de plazos (propio de la prescripción) y no de su suspensión (caducidad). La introducción de esta tercera figura, como es la caducidad de la acción, si bien es factible en relación a otro tipo de potestades administrativas, puede llevar ciertas distorsiones y confusiones en el mundo de las sanciones administrativas. A pesar de estas consideraciones hemos de decir que la jurisprudencia acostumbra a individualizar y distinguir la "caducidad de la acción" de la prescripción. Así entre las más recientes ver la STS de 19 de mayo de 1993 (ref. Ar. 3.813):

"La caducidad de la acción es un concepto procesal según el cual, el transcurso del tiempo fijado en la norma sin que se ejercite la acción, extingue ésta. La caducidad de la acción en las infracciones administrativas sobre materia de defensa del consumidor, opera una vez que la Administración haya finalizado las diligencias de esclarecimiento de los hechos que puedan constituir infracciones administrativas, siempre que el órgano administrativo competente no inicie el oportuno expediente sancionador. El plazo de

⁶⁹⁹ Vid. de este autor: *Potestad sancionadora... op. cit.* pp. 792-794.

caducidad de la acción en la materia a que se refiere la presente apelación, es de seis meses a partir de finalizado el análisis inicial."

A parte de la naturaleza jurídica de la prescripción, el tema fundamental que preocupa es el de los plazos, en especial su determinación y su cómputo. Al no existir hasta fechas recientes una regulación general de los plazos para el ejercicio de la potestad sancionadora era necesario acudir a la legislación sectorial. Sucedió, sin embargo, que tales normas no establecían ningún tipo de plazo. Por ello la jurisprudencia adoptó diversas soluciones:

a) Entender la imprescriptibilidad y, por tanto, la posibilidad, siempre abierta, de sancionar. Interpretación que se había querido fundamentar en el antiguo art. 49 de la LPA, según el cual las actuaciones administrativas realizadas fuera de plazo solamente implicarán la anulación del acto, si así lo dispusiera la naturaleza del plazo.

b) Estimar que regía supletoriamente el plazo de quince años que establece el Código civil para la prescripción de las obligaciones personales (art. 1.964 del Cc.).

c) Considerar que era de aplicación, por vía analógica, el plazo de dos meses que el Código penal establece para las faltas administrativas.

d) Inferir de la regulación penal dos plazos diferentes, según si la cantidad de la sanción ultrapasaba la que se establecía para las faltas penales o no. En el primer caso se equiparaba la infracción al delito y se aplicaba un plazo de cinco años, mientras que en el segundo caso se entendía que eran los dos meses.

La necesidad de establecer un plazo reside, sin duda, en la sujeción de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), destacando a los efectos que nos interesa el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Hasta tal punto que la falta de previsión de un plazo más o menos preciso del ejercicio de estas potestades podría suponer una infracción del citado principio. Especialmente cuando, por la incidencia que pueden tener determinadas

actuaciones en la esfera del ciudadano, la existencia de plazos se convierte en esencial para garantizar adecuadamente esta seguridad jurídica. Por tanto, en determinados casos como es el sancionador, entendemos inadmisibles, o cuando menos difícilmente justificables, que pueda considerarse imprescriptible el ejercicio de la potestad sin ningún tipo de límite temporal. En cambio, en otros casos, el ejercicio de la potestad puede no estar sometida a plazo al primar en frente a la seguridad jurídica algún otro principio o valor constitucional, según tendremos ocasión de comprobar en otros apartados de este trabajo. Pensemos que en el Derecho penal la imprescriptibilidad únicamente se admite de forma excepcional, en relación a los delitos de genocidio o contra la humanidad, a razón de los hechos que sucedieron en Alemania durante la II Guerra Mundial, tal como consta en algunos textos internacionales ⁷⁰⁰

Afortunadamente parece que la jurisprudencia y la legislación van superando determinadas inercias históricas ⁷⁰¹. Debe recordarse que, hasta hace relativamente poco tiempo, se podía encontrar en la legislación sectorial administrativa, algún auténtico "fósil" jurídico donde se declaraba expresamente la imprescriptibilidad. Este era el caso del art. 94 del Reglamento de disciplina urbanística, aprobado por RD 2.187/1978, de 23 de junio (BOE 223, de 18 de septiembre de 1978) relativo a las infracciones en zonas verdes y espacios libres. Precepto que ha sido derogado, con buen criterio, por el art. 263 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio (BOE 156, de 30 de junio de 1992) ⁷⁰². Máxime cuando el art. 132.1 de la LRJPAC establece de forma imperativa la regla de la prescriptibilidad de la responsabilidad

⁷⁰⁰ Vid. la Convención sobre la no aplicabilidad de medidas de prescripción a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968.

⁷⁰¹ Tal como ha afirmado la STS de 25 de octubre de 1988 (ref. Ar. 7.872): "[...] no se puede excluir el efecto extintivo de la prescripción en el campo de lo ilícito administrativo pues se crearían situaciones contrarias a la seguridad jurídica de los ciudadanos y se produciría el contrasentido y la incoherencia de una mayor exigencia o rigor en el campo del derecho sancionador administrativo que en el punitivo penal, cuando éste representa casi siempre un reproche social más profundo [...]."

⁷⁰² Esta derogación consta expresamente en el RD 304/1993, de 26 de febrero, por el cual se aprueba la tabla de vigencias de los Reglamentos de planeamiento, gestión urbanística, disciplina urbanística, edificación forzosa y registro municipal de Solares y Reparcelaciones, en ejecución de la disposición final única del Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (BOE 56, de 18 de marzo de 1993).

administrativa sancionadora ("Las infracciones y sanciones *prescribirán* según lo dispuesto en las leyes que las establezcan", estableciéndose en su defecto unos plazos supletorios). Cuestión distinta, como veremos más adelante, es el tema de las denominadas infracciones continuadas donde el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción no empieza hasta que cesa la actividad ilegal. En realidad, creemos que el tema de la "imprescriptibilidad" habría que reconducirlo desde esta perspectiva. Así el ejercicio de la potestad sancionadora será "imprescriptible" hasta que no finalicen las actuaciones ilícitas de las que trae causa, demorándose indefinidamente el *dies a quo*.

Por otra parte, hay que recordar que en alguna ocasión la CE habla de imprescriptibilidad, si bien lo hace como a principio informador del régimen jurídico de los bienes de dominio público (art. 132.1). Ahora bien esta imprescriptibilidad hay que depurarla en sus estrictos términos, es decir, en cuanto extrae determinados bienes del tráfico jurídico (bienes *extra commercium*), pero no en relación a las infracciones y sanciones originadas sobre los mismos, a pesar de que alguna jurisprudencia parece predicar su carácter imprescriptible⁷⁰³. Máxime cuando el art. 132.1 de la LRJPAC establece de forma imperativa la regla de la prescriptibilidad de la responsabilidad administrativa sancionadora ("Las infracciones y sanciones *prescribirán* según lo dispuesto en las leyes que las establezcan", estableciéndose en su defecto unos plazos supletorios). Cuestión distinta, como veremos más adelante, es el tema de las denominadas infracciones continuadas donde el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción no empieza hasta que cesa la actividad ilegal. En realidad, creemos que el tema de la "imprescriptibilidad" habría que reconducirlo desde esta perspectiva. Así el ejercicio de la potestad sancionadora será "imprescriptible" hasta que no finalicen las actuaciones ilícitas de las que trae causa, demorándose indefinidamente el *dies a quo*.

Las divergencias jurisprudenciales en torno a la existencia de plazos de prescripción se centró fundamentalmente en torno a la aplicación generalizada de dos meses, en defecto de expresa

⁷⁰³ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, José: *El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios... op. cit.*, p. 165.

previsión normativa, o bien la aludida distinción entre dos meses y cinco años atendiendo a la gravedad de la infracción. Tales divergencias fueron superadas parcialmente por la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo prevista por el art. 61 de la LOPJ, al considerar en su Sentencia de 6 de abril de 1990 que "en caso de silencio legal el plazo de prescripción de las infracciones administrativas ha de ser el de dos meses previsto para las faltas en el artículo 113 del Código penal, doctrina que se fundamenta en el principio de seguridad jurídica expuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, que inspira la prescripción, y en los artículos 25.1 de la Constitución y 603 del Código penal."

No obstante, la solución era insatisfactoria pues el plazo de dos meses se revela insuficiente en determinados ámbitos para imponer las correspondientes sanciones en un tiempo razonable. Por este motivo se realiza una regulación general de la potestad sancionadora en el Título IX de la LRJPAC. El art. 132 de este cuerpo normativo se dedica específicamente a la prescripción, estableciendo unos plazos supletorios que regirán en defecto de una expresa regulación normativa.

El carácter supletorio del art. 132.1, que se remite "a las leyes que las establezcan", plantea el problema de si también los reglamentos pueden regular válidamente la prescripción. La doctrina de forma mayoritaria ha venido respondiendo negativamente a esta posibilidad. Así el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, antes de entrar en vigor la CE ⁷⁰⁴, cuestionó la práctica habitual de la Administración que alargaba a través de una disposición reglamentaria los plazos establecidos por el art. 114 del Código penal. Este autor argumentaba que la unidad del ordenamiento punitivo hacía dudosa la validez de normas que establecían plazos más largos a los establecidos por las normas penales. Al entrar en vigor el Texto fundamental de 1978 defendía incluso la inconstitucionalidad de las leyes formales que extendían los

⁷⁰⁴ Vid. de este autor "El problema jurídico de las sanciones administrativas" en *REDA* julio-septiembre 1976, pp. 413-414. Palabras que después se recogerían en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo II*, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 162-163 y en ediciones posteriores.

plazos más allá del regulado por el Código penal ⁷⁰⁵. Y si eran cuestionables las leyes dictadas por el Parlamento todavía lo habían de ser más los reglamentos dictados por la Administración ⁷⁰⁶.

Otros autores como TORNÓS MAS ⁷⁰⁷ entienden que esta extensión del plazo de prescripción supone "una acción de limitación de derechos de los particulares" que, por un lado, se opone "a una corriente jurisprudencial basada en un principio general de derecho y por otro al principio de reserva de ley." Apoyando estas argumentaciones REBOLLO PUIG ⁷⁰⁸ manifiesta que la prescripción forma parte de la materia reservada a la Ley ya que "esta no sólo incluye la determinación de las sanciones sino su régimen en el que como aspecto relevante destaca la misma extinción de la responsabilidad." Recientemente también se manifiesta, en sentido parecido, MESTRE DELGADO ⁷⁰⁹, basándose en que forma parte de la conformación del tipo y, por tanto, se encuentra sujeta al principio de reserva de Ley. Según este autor es la Ley quien ha de contener tales plazos, sin que sea admisible que la norma reglamentaria los cree.

⁷⁰⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo II*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 169.

⁷⁰⁶ En la actualidad, empero, como señala Blanca LOZANO CUTANDA: "La Administración impone hoy sanciones pecuniarias mucho más elevadas que las previstas en el Código penal para las faltas - e incluso para los delitos -, y resulta coherente con ello que se dispongan plazos de prescripción más largos que los establecidos para aquéllas." Citando al respecto el Auto del TC italiano de 11 de noviembre de 1987, núm. 420, donde se desestimó una cuestión de inconstitucionalidad por establecer un plazo de prescripción para el ilícito administrativo muy superior al previsto para las contravenciones penales castigadas con pena de multa. Vid. de esta autora: *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1990, pp. 209-210.

⁷⁰⁷ Vid. de este autor *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1982, p. 419.

⁷⁰⁸ Vid. de este autor *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ed. Ministerio para las Administraciones públicas, Col. "Estudios", Serie "Administración del Estado", Madrid, 1989, p. 788.

⁷⁰⁹ Vid. de este autor "Los principios de la potestad sancionadora" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Eds.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 378.

Esta corriente doctrinal ha sido recogida en diversos pronunciamientos del TS ⁷¹⁰. No obstante la jurisprudencia constitucional ha dejado bien claro, en unas pocas líneas y sin muchas explicaciones, que la prescripción no se encuentra dentro del art. 25.1 de la CE y que, por tanto, no se podía derivar una reserva material de ley para la regulación del plazo de prescripción de las sanciones administrativas (STC 29/1989, de 6 de febrero "Chocolates Elgorriaga"). Posición que también ha sido apoyada posteriormente por el TS al entender, en algunas sentencias, que no existía reserva de ley respecto al establecimiento de los plazos de prescripción ⁷¹¹.

¿Cuáles son las razones que han llevado al TC a excluir del art. 25.1 de la CE el instituto de la prescripción? Parece que en este caso se ha impuesto una solución parecida a la del tema de la irretroactividad de las disposiciones normativas de naturaleza sancionadora. En efecto, a partir de la STC 15/1981, de 7 de mayo, el Alto Tribunal ha declarado que esta regla tiene su fundamento en el art. 9.3 de la CE, siendo a la vez un mandato dirigido a los poderes públicos, pero que no establece un derecho que sea susceptible de recurso de amparo, tal y como establece el art. 53.2 del Texto Fundamental. En el caso que nos ocupa es posible que en la mente del TC se haya considerado que la prescripción si bien puede tener una base constitucional a partir del principio de seguridad jurídica (art. 9.3) no puede incluirse dentro del art. 25.1. Esta postura, empero, ha sido criticada por SANZ GANDASEGUI ⁷¹² quien señala que si bien este argumento puede ser irreprochable desde una perspectiva formal y material "puede ser cuestionado si se pone en relación con la opción

⁷¹⁰ Así la STS de 19 de octubre de 1983 (ref. Ar. 5.206) donde se anula el art. 6 del RD 1.864/1980, de 11 de julio, por el cual se dictan normas en desarrollo de la Ley de 10 de enero de 1980 sobre regulación de cuotas de pantalla y distribución cinematográfica (BOE 227, de 20 de setiembre de 1980). En esta STS se recoge la opinión de diversos informes, concretamente de los Ministerios de Industria y Energía y el de Hacienda, donde es dudaba, en este punto, de la legalidad del RD mencionada. También entre las más recientes, la STS de 23 de junio de 1989 (ref. Ar. 4.434): "[...] es el plazo de dos meses establecido para la prescripción de las faltas en el Código Penal el límite máximo aplicable a la prescripción de las infracciones administrativas, por lo menos a falta de precepto expreso de ley formal (y no simplemente reglamentario) [...]" (la cursiva es nuestra).

⁷¹¹ Vid. la STS de 23 de enero de 1990 (ref. Ar. 338).

⁷¹² Vid. de este autor *La potestad sancionadora de la Administración en la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pp. 123-124.

hecha por el Tribunal en otros casos, como en el principio *non bis in idem* que, sin aparecer literalmente en el artículo 25 se admite como derecho fundamental". Asimismo PÉREZ LUÑO ⁷¹³ ha señalado que si bien es obvio que del art. 9.3 de la CE no se deduce un derecho fundamental susceptible de amparo, "de esta apreciación no debieran haberse inferido argumentos tan poco plausibles como los tendentes a negar la conexión entre el derecho fundamental a la seguridad personal, garantizada en el artículo 17 de la Constitución, y el principio de seguridad jurídica *ex* artículo 9.3 de la propia norma básica; o entre el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que dimana del artículo 25.1 y la seguridad jurídica. Cuando resulta notorio que, precisamente, éstas son dos de las manifestaciones históricas y sistemáticas más importantes de la seguridad jurídica."

Con independencia de las diversas posiciones expuestas, la entrada en vigor de la LRJPAC plantea si el art. 132.1 ha producido una congelación de rango en la materia. Algunos autores se han pronunciado afirmativamente manejando argumentos de sólida consistencia, como es el caso de GARCÍA MANZANO ⁷¹⁴. Según este magistrado del TS tal conclusión se deriva de la ubicación sistemática del precepto que no está dentro de la regulación de los principios del procedimiento sancionador, sino dentro del régimen material o sustantivo de los principios de la potestad sancionadora. Pensemos que el art. 134.1 nos dice que el ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido, mientras que no encontramos ninguna remisión parecida en relación al capítulo precedente. Un argumento que nosotros añadiríamos para defender esta posición, a la cual nos adscribimos, es que el art. 132.1 habla de "las leyes *que las establezcan*". Como es sabido por aplicación del principio de legalidad las normas que establecen las infracciones y las sanciones administrativas son leyes formales, permitiéndose que la intervención del reglamento especifique o concrete su régimen, pero no que las pueda implantar *ex novo*. Por otra parte y a mayor abundamiento, parece dudoso que el reglamento pueda romper el

⁷¹³ Vid. de este autor *La seguridad jurídica*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1991, p. 33.

⁷¹⁴ Vid. de este autor "De la potestad sancionadora" en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso [et al.]: *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Carperi, 1993, p. 389.

régimen homogéneo que se ha querido crear en este aspecto con la entrada en vigor de la LRJPAC.

La interpretación jurisprudencial sobre la situación anterior a la LRJPAC, al mantener algunas sentencias la inexistencia de reserva de ley, ha permitido mantener la legalidad de los reglamentos que introducían *ex novo* plazos de prescripción de infracciones y sanciones administrativas. Un ejemplo es la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios no regula ningún plazo de prescripción y si lo hace el art. 18 del RD 1.945/1983, de 22 de junio, por el cual se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria. ¿Quiere decir esto que a partir de ahora se habría de considerar, desde esta interpretación, la nulidad de estos preceptos reglamentarios por entrar en contradicción con lo que se dispone en el art. 132.1? Parece que se habría de mantener su vigencia, dado que la jurisprudencia constitucional se ha mostrado siempre desfavorable a la aplicación retroactiva de las reservas de ley establecidas por la CE. Si esto es así, con mayor razón nos habremos de pronunciar respecto a la reserva que entendemos que establece la LRJPAC: no puede atribuirse a la misma carácter retroactivo.

El *dies a quo* de la prescripción para las infracciones administrativas fue objeto de regulación en la legislación sectorial anterior a la LRJPAC. En realidad se vino a positivizar lo que la jurisprudencia venía aplicando al recoger los principios del Derecho penal ⁷¹⁵. Debe advertirse, no obstante, que las normas sectoriales fueron estableciendo algunos matices. Así, por ejemplo, el art. 81.1 del Texto articulado de la Ley sobre circulación de vehículos a motor, tráfico y seguridad viaria, aprobado por RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (BOE 63, de 14 de marzo de 1990). En este precepto, a diferencia del art. 132.2 de la LRJPAC, se establece que el plazo de prescripción de las infracciones se cuenta a partir del

⁷¹⁵ Un ejemplo reciente de esta tendencia puede encontrarse en la STS de 20 de marzo de 1992 (ref. Ar. 3.113): "[...] la doctrina de este Tribunal recogida por la sentencia de 26 de marzo de 1990 (ref. Ar. 2.217) la prescripción de las faltas administrativas o disciplinarias se produce desde la comisión de dichas faltas y no desde el conocimiento de las mismas por la Administración, doctrina esta que afirma la sentencia mencionada recogiendo la aplicación de los principios del Derecho penal al procedimiento administrativo sancionador."

día siguiente a aquél que se cometió la infracción. Podemos preguntarnos entonces si ha quedado derogado este precepto por la LRJPAC, o si bien ésta solamente tiene un carácter supletorio respecto a la legislación sectorial.

El profesor y magistrado GONZÁLEZ NAVARRO ⁷¹⁶ entiende que a pesar que esta Ley no dice si es supletoria o no, parece que habría que dar a todo el art. 132 el mismo tratamiento y en consecuencia que esta regulación ha de ceder ante una más específica que regule el sector concreto. A pesar esta defendible interpretación creemos, empero, que se puede razonar la solución contraria que es a la que nosotros nos adscribimos. En efecto, hay un argumento de carácter sistemático ya que la remisión a la legislación sectorial se encuentra en el primer apartado del precepto que se refiere a los plazos concretos y por tanto no sería extensible a los demás apartados del precepto ⁷¹⁷. Y todavía más, puesto que en el art. 132.1 la supletoriedad se ciñe al establecimiento de los plazos concretos, pero no de la regla de prescriptibilidad de la responsabilidad administrativa sancionadora, a la cual hemos aludido en los inicios de este trabajo, que es de directa aplicación y que se traduce en una prohibición de la imprescriptibilidad en esta materia. Por tanto, la existencia de plazos y el cómputo de los mismos se convierte en una regla esencial.

Así lo ha entendido con acierto el art. 18.1 del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por RD 320/1994, de 25 de febrero, (BOE 95, de 21 de abril de 1994) cuando la prescripción en relación a las infracciones se fija en dos meses contados a partir del día en que los hechos se hayan cometido, a diferencia de lo que establecía el Texto refundido (a partir del día siguiente). Entendemos, en este punto, que el reglamento no ha derogado la Ley sectorial como consecuencia de la deslegalización que prevé la disposición adicional tercera de la

⁷¹⁶ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 1.291.

⁷¹⁷ En este sentido se pronuncia el magistrado del TS GARCÍA MANZANO, en "De la potestad sancionadora (Título IX)"... *op. cit.* p. 389.

LRJPAC, sino que aquélla ya se había producido por la aplicabilidad directa del art. 132.2 del mismo cuerpo legal ⁷¹⁸.

Un problema particular lo constituyen las denominadas "infracciones continuadas", que alguna legislación sectorial ha venido reconociendo ⁷¹⁹, y que algunos pronunciamientos jurisprudenciales han utilizado para no considerar prescritas determinadas infracciones ⁷²⁰. Este tipo de infracciones si bien son ignoradas por la LRJPAC, son objeto de atención por el art. 4.6 segundo apartado del Reglamento estatal de procedimiento sancionador de 1993. Se trata de una "transposición técnica del Derecho penal" ⁷²¹ en la que el Reglamento se

⁷¹⁸ Sobre las relaciones entre Ley general-Ley especial, en especial el papel de la LRJPAC, *vid.* las consideraciones que se realizan en el capítulo cuarto de este trabajo, II.5, al hablar de la nulidad de pleno de los actos presuntos del art. 62.1.f) de la LRJPAC y la legislación urbanística.

⁷¹⁹ *Vid.* a título de ejemplo: el art. 35.1 tercer párrafo de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones (BOE de 19 de diciembre de 1987); art. 7.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (BOE de 30 de julio de 1988); art. 263 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio (BOE 156, de 30 de junio de 1992); art. 92.2 del Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD 2.187/1978, de 23 de junio (BOE 223, de 18 de septiembre de 1978); art. 29.2 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de mediación en seguros privados (BOE 106, de 2 de mayo de 1992); art. 117.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la Marina mercante (BOE 283, de 25 de noviembre de 1992); art. 21.2 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada.

⁷²⁰ Así la STS de 2 de abril de 1956 (ref. Ar. 1.444): "[...] aun siendo cierto que este precepto admite la prescripción de los efectos disciplinarios de tales infracciones cuando no son perseguidas dentro del año a partir de su realización, ello sería aplicable si las ausencia(s) del Secretario hubieran ocurrido solamente durante cierto tiempo y una vez reintegrado el mismo a sus funciones se hubieran perseguido con un año de posterioridad, pero, habiendo continuado en este caso la constante y apenas interrumpida desatención por el titular de las obligaciones inherentes a la función que le estaba encomendada, hasta la fecha en que, precisamente por esa persistencia en su actitud, hubo de ser sometido a expediente, es forzoso entender que, por no haber transcurrido el plazo de un año desde los hechos determinantes de la falta, la pretendida prescripción no puede ser estimada." También la STS de 8 de abril de 1967 (ref. Ar. 2.159): "Que al imputársele al funcionario demandante una falta continuada, que según la jurisprudencia del TS (SS. de 24 de marzo 1941, 2 de abril de 1956, etc.), supone una suma de actos del funcionario, homogéneos, sistemáticos e intermitentes, que integran infracciones de la misma clase, constitutivas cada una de sí de una falta disciplinaria pero unificadas jurídicamente por el común propósito del autor, las infracciones integrantes de la falta continuada, son sólo la ejecución parcial de una falta única, por lo que al subsistir ésta en el momento de iniciarse el expediente, no puede estimarse la excepción de prescripción de los hechos."

⁷²¹ *Vid.* NIETO GARCÍA, Alejandro: *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 388. Posteriormente en la 2ª ed., 1994, dedica un epígrafe específico a la infracción continuada, pp. 451-453.

limita a transcribir lo que dispone el art. 69 bis del Código penal. Según estos preceptos y siguiendo en este punto a RODRÍGUEZ DEVESA ⁷²² los requisitos de estas infracciones continuadas son:

- La ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una idéntica ocasión. Por plan preconcebido habría que entender una meditación más o menos reflexiva y un plan de actuación repetido, mientras que idéntica ocasión equivale a la misma o similar forma de ejecución. Ambos requisitos no han de darse cumulativamente sino que puede ser que no exista el plan pero que se haya hecho en una idéntica ocasión, o viceversa.
- La realización de una pluralidad de acciones. De esta forma un solo hecho no puede dar lugar a una infracción continuada. Pensemos que un mismo hecho puede llegar a producir diversos resultados, pero en este caso entraría en juego la teoría del concurso. Estas acciones han de tener una unidad psicológica y material para llegar a ser consideradas infracción continuada ⁷²³
- La infracción del mismo o semejantes preceptos administrativos. En este caso el problema se plantea en determinar que hemos de considerar como precepto semejante. Parece que habrá de considerarse como aquellos que puedan lesionar un mismo bien jurídico protegido. Interpretación que, en todo caso, habrá de considerarse restrictivamente en su aplicación si no se quiere hacer un uso abusivo de esta figura.

La regulación que hace la legislación administrativa en relación a las infracciones continuadas tiene el objetivo claro de determinar, en estos casos, el inicio o *dies a quo* del plazo de prescripción, pero no se regula la sanción que hay que aplicar en estos supuestos por la cual cosa nos habremos de remitir a lo que establece el Código penal. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto en diversas ocasiones, como es en las SSTs de 19 de octubre de

⁷²² Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho penal español general*, 13ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1990.

⁷²³ Vid. la STS de 14 de mayo de 1992, ref. 4.456, referida a una sanción administrativa para la realización de una actividad de propaganda sin licencia). La jurisprudencia penal ha añadido que ha de haber un nexo temporal que no sea muy largo entre las diversas acciones que se realizan y que fueron realizadas en un mismo lugar o espacio físico.

1981 (ref. Ar. 4.490) y de 27 de septiembre de 1984 (ref. Ar. 5.586), señalándonos que:

"[...] hay que atender, como *dies a quo*, del plazo del año, no a los actos, hechos u operaciones iniciales sino a los finales o de terminación de un procedimiento complicado y que inexcusablemente se prolonga en el tiempo a través del cumplimiento de diversas operaciones (materiales y jurídicas) o fases."

Estrechamente relacionadas con las infracciones continuadas encontramos las denominadas infracciones permanentes donde no hay una pluralidad de acciones, sino un único hecho que se prolonga indefinidamente en el tiempo, si bien la jurisprudencia no acostumbra a distinguir nítidamente entre ambos supuestos. En éste último caso el *dies a quo* se produce con la finalización o cesación de la actividad ilícita.

Entre los diversos ejemplos que podemos encontrar, en las diferentes decisiones jurisprudenciales ⁷²⁴, sobre las denominadas infracciones permanentes, hay que destacar aquellos supuestos en lo que se sanciona es el hecho de realizar un determinado comportamiento sin la preceptiva autorización ⁷²⁵. Otro supuesto típico lo encontramos en materia de viviendas de protección oficial respecto a la conducta típica de "no destinar la

⁷²⁴ Vid. por ejemplo la STS de 21 de febrero de 1991 (ref. Ar. 1.486) sobre unas infracciones relativas a concentración de riesgos en volumen superior al establecido legalmente, en el periodo que el sancionado era miembro del Consejo Rector de la Caja Rural Provincial de Jaén.

⁷²⁵ Así la STS de 15 de septiembre de 1989 (ponente: DELGADO BARRIO): "El acto administrativo aquí impugnado impone ante todo una sanción con invocación del art. 79 RDU - alteración del uso -. Así las cosas, será de significar que ya en el pliego de cargos se constataban unas obras no amparadas por licencia con expresa indicación de que se alteraban el uso de garaje como aparcamiento obligatorio de la finca: las obras tenían un carácter instrumental, y el núcleo de la conducta era precisamente la alteración del uso. Ya en este punto será de recordar que el uso del suelo constituye ordinariamente una actividad continuada y, por tanto, el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que tal actividad finaliza (art. 9.2 RDU). Que haya prescrito con anterioridad la infracción integrada por las obras que dieron lugar a la edificación en la que se desarrolla el uso no es obstáculo para que subsista la posibilidad de sancionar dicho uso: mientras que las obras integran una actividad pasajera, el uso normalmente está destinado a desarrollarse activamente a los largo del tiempo (Sentencia de 10 de octubre de 1988)."

vivienda a domicilio habitual y permanente" ⁷²⁶ o en el de "venta con sobreprecio de Viviendas de protección oficial y mediando aplazamiento de pago" ⁷²⁷. En estos supuestos el TS entiende que la carga de la prueba corresponde al sujeto infractor al haber de demostrar que se ha producido la última actuación ilícita (infracción continuada) o bien la cesación de la actividad (infracción permanente) ⁷²⁸.

La jurisprudencia ha entendido que no puede considerarse como infracción continuada aquellos actos que no están tipificados como tales, pero que derivan de la comisión de un ilícito. Pensemos en el caso del funcionamiento de las instalaciones de bombeo de agua fruto de un sondeo realizado sin autorización. En este caso lo que está tipificado es la perforación o prospección, pero no la utilización del agua, por la cual cosa en este caso no estaríamos ante una infracción continuada ⁷²⁹. Cuestión distinta será la obligación de restituir el daño ocasionado, que como es sabido no participa de la naturaleza sancionadora y, por tanto, no se le podrá aplicar el plazo de prescripción.

Otro tema es el que podríamos calificar de infracciones clandestinas o ocultas. Es el caso de que los hechos o actividades constitutivos de infracción fueran desconocidos por falta de signos externos que puedan hacerla conocida. En estos casos tanto la LRJPAC como el

⁷²⁶ Vid. la STS de 30 de octubre de 1991 (ref. Ar. 9.176) según la cual esta conducta "[...] es de las que en derecho punitivo se denominan "permanentes", esto es, que subsisten mientras no cesa la situación que la motiva ni por tanto se inicia el cómputo del plazo de prescripción [...]."

⁷²⁷ Vid. la STS de 28 de noviembre de 1991 (ref. Ar. 8.016): "[...] la actuación ilegal que consiste en el percibo de sobreprecio se prolonga en el tiempo mientras el vendedor está percibiendo la prestación dineraria del comprador, de suerte que el cese de la actividad ilegal sólo se produce cuando íntegramente se ha pagado aquélla." En este caso sería discutible la apreciación del TS ya que podría considerarse que la infracción se consuma en el momento de la perfección del contrato de compraventa y no en la ejecución del mismo."

⁷²⁸ En este sentido ver respectivamente la STS de 15 de septiembre de 1989 (ponente: DELGADO BARRIO) y la STS de 20 de diciembre de 1990 (ponente: LLORENTE CALAMA). Concepción que era presente en el art. 33 del Texto de la Ley de contrabando, aprobado por Decreto 2.166/1964, de 16 de julio: "La acción para perseguir las infracciones prescribe a los cinco años, contados desde el día en que hubieran sido cometidas, entendiéndose que lo han sido, salvo prueba en contrario, en la fecha de su descubrimiento."

⁷²⁹ Vid. la STS de 7 de abril de 1989 (ref. Ar. 3.158) sobre la ejecución de un sondeo para encontrar agua sin autorización.

Reglamento estatal de procedimiento sancionador de 1993 y el Decreto catalán de procedimiento sancionador no hacen ningún tipo de referencia, mientras que si que se puede encontrar en algunas regulaciones sectoriales. Aquí el *dies a quo* se inicia cuando ha habido posibilidad de iniciar el procedimiento sancionador ⁷³⁰. Es decir, al aparecer signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de infracción ⁷³¹. No estaremos en esta situación cuando la infracción fuera ostensible de forma que la Administración estuviera en condiciones de conocer los hechos, ya que de otra forma se estaría privando de virtualidad al instituto de la prescripción ⁷³².

El art. 132.2 como el 133.3 de la LRJPAC dicen que se interrumpirá la iniciación, con conocimiento del interesado del procedimiento sancionador (para las infracciones administrativas) y del procedimiento de ejecución (para las sanciones administrativas).

Esta regulación es clara al respecto acabando, por su aplicabilidad inmediata, con alguna legislación sectorial que posibilitaba la interrupción de la prescripción mediante actuaciones reservadas de carácter previo que no trascendían a la esfera del particular. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 81.1 del Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, según el cual se interrumpía el plazo por cualquier actividad de la Administración encaminada a averiguar la identidad o domicilio del presunto infractor. Sorprendentemente el art. 18.1 apartado tercero del Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por RD 320/1994, de 25 de febrero (BOE 95, de 21 de abril de 1994) reproduce

⁷³⁰ Así la STS de 31 de diciembre de 1983 (ref. Ar. 479 de 1984) relativa a una infracción por transmisión de licencia sin autorización municipal: "[...] obsta la circunstancia de que la clandestinidad de la cesión del disfrute de la licencia no permite computar el comienzo del indicado término hasta el día en que el Ayuntamiento, ajeno a la relación existente entre el denunciante y el actor, tuvo conocimiento de los hechos y, por consiguiente, le fue factible ejercitar aquella potestad, es decir desde la fecha de la denuncia [...]".

⁷³¹ En sentido parecido las SSTS de 27 de abril de 1984 (ref. Ar. 2.582), 22 de mayo de 1984 (ref. Ar. 3.127), 7 de febrero de 1990 (ref. Ar. 961).

⁷³² Así la STS de 7 de abril de 1989 (ref. Ar. 3.158) sobre la ejecución de un sondeo para encontrar agua sin autorización.

en este punto el precepto de su Ley sectorial, sin tener en cuenta las novedades que incorpora, en este sentido, la LRJPAC. Solución que, además, había sido avalada por alguna jurisprudencia ⁷³³, si bien no siempre en todos los casos ⁷³⁴. Esta interpretación legal y jurisprudencial creemos, por tanto, que ha sido superada por la nueva regulación que se realiza en la LRJPAC. A partir de ahora, se requerirá el conocimiento del interesado para que la Administración pueda interrumpir la prescripción.

En la STS de 8 de noviembre de 1993 (ref. Ar. 8.606) sigue manteniéndose la tendencia de entender que la prescripción no se interrumpe, pese a no tener conocimiento el interesado. En este caso durante la tramitación del expediente, se acreditó que la persona contra la cual se dirigió inicialmente el procedimiento no era la responsable de la misma, momento en el cual se dirige la acción contra el titular del establecimiento. La Sala de instancia estima la no concurrencia de la prescripción, justificando tal aseveración, en que la Administración puede en cualquier momento rectificar los errores materiales o de hecho en base al art. 111 de la LPA. El TS, por su parte, entiende que la razón que justifica la actuación administrativa sancionadora no está en la posibilidad de rectificar los errores materiales o de hecho, sino en la finalidad del procedimiento sancionador y el significado de la prescripción.

⁷³³ Vid. en este sentido a la STS de 25 de mayo de 1992 (ref. Ar. 3.721): "[...] la prescripción deja de correr desde que el procedimiento se dirige contra el culpable, pues el plazo de prescripción se interrumpe con la iniciación del expediente sancionador, que es el criterio que para las infracciones penales se establece en el art. 114.2 del Código penal - desde que el procedimiento se dirija contra el culpable - es decir, con independencia de que el mismo tenga o no conocimiento de su iniciación, interrupción que incluso se produce con el acto de conocimiento previo al ejercicio de la acción penal, criterio que es también acogido mayoritariamente cuando se trate de infracciones administrativas, como no podría ser de otra forma, puesto que el Derecho administrativo sancionador participa, con ciertos matices, de la misma naturaleza y principios que el Derecho penal, no es menos cierto que la prescripción vuelve a correr de nuevo desde que el procedimiento se paralice."

⁷³⁴ Vid. la STS de 16 de mayo de 1989 (ref. Ar. 3.717): "[...] para que la interrupción sea plenamente eficaz es necesario no sólo la existencia de una diligencia administrativa, sino de una diligencia que sea eficaz a los efectos interruptivos de la prescripción y lo cierto es que ello no puede aseverarse de lo que resulta de las actuaciones del expediente, pues la realidad es que no consta el contenido real de la plica enviada, ya que en el expediente no consta copia de la misma, ni diligencia que se acredite la remisión del pliego de cargos, lo cual nos devuelve a la situación inicial y a la necesidad de estimar la existencia de la prescripción." De forma parecida la STS de 31 de julio de 1989 (ref. Ar. 6.194): "La prescripción corre aunque del expediente se tramite desde el momento en que tenga lugar la presunta infracción si de aquel expediente se tramite desde el momento en que tenga lugar la presunta infracción si de aquel expediente no se da conocimiento alguno al denunciado ni intención al mismo."

Entiende en este caso el TS que la prescripción supone el abandono de la acción para perseguir la infracción. En consecuencia, se advierte que el procedimiento sancionador se incoa antes de transcurrir el plazo de prescripción de la infracción y es tramitado sin solución de continuidad hasta pronunciarse la resolución sancionadora. Por tanto no hay prescripción aunque se notificara el pliego de cargos al responsable una vez transcurrido el plazo de prescripción computado desde el momento de la comisión de la infracción ya que una de las finalidades del procedimiento sancionador es, precisamente, aclarar los hechos para determinar las responsabilidades susceptibles de sanción.

Por otra parte, la regulación que realiza la LRJPAC parece que se limita a los actos que inicien el procedimiento, ya sea el sancionador (infracciones) ya sea el ejecutivo (sanciones), pero no nos dice nada respecto a los demás actos de trámite que pueden dictarse durante los mismos ⁷³⁵. ¿Esto quiere decir, que una vez iniciado el procedimiento no se puede interrumpir la prescripción? Esta solución es realmente inaceptable y se deriva de la defectuosa redacción del precepto. Por tanto, hay que interpretarlo que comprende los diversos actos de trámite de los que se derive una actividad administrativa dirigida a formar un pronunciamiento sancionador o absolutorio.

Ahora bien, se requerirá que nos encontremos con actos que formen parte del procedimiento sancionador en sentido estricto, quedando excluidas aquellas actuaciones previas que tienen por finalidad decidir si hay motivos suficientes para abrir el correspondiente expediente, según ha declarado una lúcida jurisprudencia ⁷³⁶. En este sentido, existen diversas

⁷³⁵ Como ha recordado el TS, "[...] la prescripción también opera cuando una vez iniciado el procedimiento, el mismo queda paralizado durante el plazo prescriptivo [...]". Así las SSTs de 9 de marzo de 1972 (ref. Ar. 1.291), 30 de noviembre de 1987 (ref. Ar. 9.331), 7 de marzo de 1988 (ref. Ar. 2.203), 5 de mayo de 1989 (ref. Ar. 3.653) y 11 de mayo de 1989 (ref. Ar. 3.869)

⁷³⁶ Así las SSTs de 26 de octubre de 1973 (ref. Ar. 4.567), 24 de septiembre de 1976 (ref. Ar. 4.564), 22 de febrero de 1985 (ref. Ar. 502), 26 de mayo de 1987 (ref. Ar. 5.850). Es especialmente clarificadora la primera sentencia mencionada, según la cual: "[...] las diligencias previas o información reservada [...] no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente que la Ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente; esto es el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente; por ello es correcta jurídicamente hablando la tesis mantenida por la Administración al estimar que las diligencias previas son meramente unas

regulaciones del procedimiento sancionador que dejan bien claro que las informaciones previas o actuaciones semejantes no inician el procedimiento sancionador, ya que esta iniciación habrá de realizarse por acuerdo del órgano competente que habrá de notificarse al interesado. Un ejemplo bastante taxativo lo encontramos en el art. 5.3 del Reglamento extremeño de procedimiento sancionador donde se nos dice que: "La información reservada no implica la iniciación del procedimiento sancionador, que tampoco será iniciado por las actuaciones de inspección o control, levantamiento de actas y otros documentos que se extiendan relativos a los hechos en cuestión."

Pensemos, además, que estas diligencias acostumbran a tener carácter reservado que no trasciende a los que posteriormente podrían ser inculcados. Como puede observarse estas actuaciones ni forman parte del procedimiento ni se comunican al presunto infractor, con la cual cosa no se reúne ninguno de los requisitos que establece el art. 132.2 de la LRJPAC para interrumpir la prescripción. Por tanto, con la entrada en vigor de la LRJPAC será difícilmente sostenible la tendencia jurisprudencial de algunos pronunciamientos que habían

actuaciones de régimen interior tendentes a decantar los hechos presuntamente constitutivos de ilícitos administrativos imputables a determinadas personas y con la finalidad de reforzar la seriedad - objetividad - de los actos administrativos de incoación de expediente sancionador [...] Que por la misma la opinión o criterio que se sostiene sobre la naturaleza de las diligencias previas o información reservada nos llevaría a rechazar la virtualidad enervadora de las mismas frente a la indudable aplicación, en todo caso y de resultar procedente, del instituto prescriptorio, ya que tal actividad de régimen interno carece de las exigencias mínimas predicables a un acto administrativo interruptorio [...]." Más recientemente se ha pronunciado la STS de 30 de octubre de 1993 (ref. Ar. 8.018) que prosigue la misma línea jurisprudencial: "[...] lo único que este Tribunal puede tener por evidente es que para que se produjera la prescripción era indispensable que esos acuerdos y trámites previos legitimantes de los informes cuya eficacia se alega tuvieron que producirse antes de que éstos se emitieran, es decir, antes de que por ministerio legal la prescripción operara; pero lo decisivo es que la versión que de ello se desencadena es totalmente rechazable por su propio planteamiento, en la medida en que, precisamente, salvo una cumplida prueba en contrario, producida en primera instancia por la Administración, a la que con base en una realidad que constaba en el expediente administrativo se oponía la excepción de prescripción, lo único que podía tener por evidente la Sala sentenciadora -y tenerlo ahora este Alto Tribunal- es que dichos actos no se produjeron y que, dada esta no producción, se incorporaron, sin más, a las actuaciones con el designio de impedir la inmediata prescripción unos informes que, incluso, en sí mismo carecen de las exigencias formales que podían atribuirles fehaciencia, nada de lo que es admisible por un elemental principio de seguridad jurídica y de la correlativa garantía que el administrado merece para que sus derechos e intereses no experimenten indefensión alguna principalmente cuando la Administración, en el legítimo ejercicio de su potestad sancionadora, ha de proyectarla sobre aquél; razones ambas que imponen al órgano actuante la obligación de que todos los actos, acuerdos y diligencias propias del procedimiento que de algún modo puedan afectar a aquéllos, sean notificadas -salvo muy cualificadas excepciones- al sometido a expediente y, en cualquier caso sobre todo, que esos trámites se reflejen documental y oportunamente en éste."

sostenido la tesis contraria. La citada línea jurisprudencial que aplicaba analógicamente el art. 114 del Código penal argumentaba que la utilización del término "procedimiento" que hace este precepto es tan vago y genérico que comprende "dentro del mismo cualquier tipo de actuación oficial encaminada al descubrimiento del delito y a la identificación de sus autores, siempre y cuando, se sobrentiende, que sea emprendida por los órganos adecuados de la jurisdicción competente." A tal efecto si estas diligencias previas desembocan en un procedimiento sancionador "tal información forma un todo con el resto de los trámites que a ella siguen, sin solución de continuidad, sirviendo el conjunto para demostrar la existencia de una voluntad - en este caso de la Administración -, resueltamente decidida a impedir que la infracción prescriba, por el transcurso del tiempo; voluntad que aquí hay que retrotraer al momento inicial de las que puedan calificarse de "diligencias previas" del expediente tan repetido ⁷³⁷."

Finalmente señalamos que la jurisprudencia ha negado que tengan carácter interruptivo las multas coercitivas, atendiendo a su carácter no sancionador, a pesar de que trascienden a la esfera del particular ⁷³⁸. Sobre tales medidas volveremos ulteriormente, al hablar de la potestad de ejecución forzosa.

2.4.- Potestades ablatorias no sancionadoras

Dentro de este apartado se estudia los efectos del transcurso del tiempo en aquellas potestades que tienen como resultado directo el producir una ablación, pérdida o disminución, del patrimonio del particular destinatario. Se trata fundamentalmente de la privación de bienes y derechos por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de acuerdo con las leyes (art. 33 de la CE); bien de aquellos casos en que deba contribuirse al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo

⁷³⁷ Así en este sentido las SSTs de 2 de enero de 1980 (ref. Ar. 150) y de 22 de febrero de 1985 (ref. Ar. 502).

⁷³⁸ Vid. la STS de 28 de septiembre de 1973 (ref. Ar. 3.452).

con su capacidad económica (art. 31 de la CE); cuando la ablación sea el resultado de una obligación previa que el particular se resiste a cumplir y por ello se ejecuta a la fuerza; o finalmente en aquellos casos donde se quieren revisar actos declarativos de derechos. El carácter no sancionador de este tipo de potestades comporta la no aplicación de las garantías surgidas del Derecho penal que, como habíamos visto en el apartado anterior, estaban dotadas de un especial reconocimiento constitucional.

2.4.1.- La potestad expropiatoria

Las exigencias de una rápida satisfacción del interés público que envuelven la potestad expropiatoria, ha llevado a que nuestro ordenamiento no instrumente tanto el elemento temporal como un freno o límite a la actuación administrativa, sino fundamentalmente como una forma de medición del sacrificio impuesto al particular, para el cual se instrumentan una serie de mecanismos compensatorios. Así lo entiende magistralmente la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa, en cuanto señala que: "[...] desde una preocupación de eficacia, puede la Administración española contar con un instrumento capaz para que su acción no resulte frenada por la rigidez de concepciones dogmáticas de las relaciones jurídico-privadas ⁷³⁹, y al propio tiempo para que no quede sin su justa compensación la lesión acarreada, siquiera por motivos fundados, al particular." Preside, por tanto, la voluntad de eliminar todos los obstáculos, entre los cuales están los de orden temporal, que pudieran alzarse contra el mismo hecho de la expropiación. Ello no significa, reiteramos, que el tiempo sea irrelevante, pues "[...] el imperativo del interés

⁷³⁹ Tales concepciones han supuesto verdaderos frenos en algunos países en donde no existía una articulación técnico precisa de la potestad expropiatoria. Al respecto es bastante ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley andorrana de 3 de septiembre de 1993, de expropiación forzosa (*Butlletí Oficial del Principat d'Andorra* 51, de 28 de septiembre de 1993): "La falta de un procedimiento de expropiación forzosa por causa de utilidad pública realmente operativo y adaptado a las necesidades de la Administración ha sido, durante años, uno de los principales frenos al desarrollo de las obras y servicios públicos del Principado. [...] Así, a pesar de la necesidad apremiante de adquirir terrenos para el desarrollo de los principales servicios públicos, el Gobierno se ha visto abocado a la negociación como única vía para la adquisición de los terrenos necesarios para las obras públicas, con la consecuencia, muchas veces sufrida, que una sola voluntad individual podía paralizar de forma prácticamente indefinida la satisfacción del interés general. El estado actual de la red de carreteras es ejemplo vivo y palpable [...]."

público que gobierna toda la institución no se agota en la transmisión imperativa del derecho o bien expropiado, sino que da por supuesto que esto ha de conseguirse en plazo que no perjudique la oportunidad de la medida. Las dificultades de este orden proceden de que, por otra parte, la Ley de Expropiación ha de concebirse en forma que proporcione al particular interesado un adecuado sistema de garantías, lo que exige medios procesales proporcionados." Consciente de esta situación, incluso la jurisprudencia se muestra reacia a detener la ejecutividad de la expropiación, a través de los correspondientes incidentes cautelares ⁷⁴⁰.

Por ello, es destacable que como regla general la potestad expropiatoria no decae por el transcurso del tiempo, sino que habilita al sujeto expropiado a exigir determinadas compensaciones e indemnizaciones y en determinadas circunstancias a recuperar los bienes expropiados. De cualquier forma, lo que sí parece más oportuno, es el establecimiento en determinados supuestos de plazos que no afecten a la potestad en sí, sino al procedimiento utilizado, para asegurar un correcto ejercicio del mismo. Situación que, por ejemplo, es particularmente necesaria en las denominadas expropiaciones urgentes. Tales expropiaciones permiten, como es sabido, la ocupación del bien sin que previamente tenga que abonarse el correspondiente justiprecio. La ventaja extraordinaria que presenta el procedimiento de urgencia frente al procedimiento ordinario, ha comportado que las Administraciones acudan sistemáticamente al mismo para realizar todo tipo de expropiaciones. Ello ha provocado la lógica desnaturalización del sistema, dándose la grave contradicción que una expropiación declarada urgente ha estado bastantes años sin llevarse a cabo. Tal desconcertante situación ha sido objeto de la más contundente crítica por la doctrina, la cual ha apuntado soluciones alternativas para hacer efectivo la exigencia de un tiempo razonable en la ejecución de tal tipo de expropiaciones. Se ha señalado, de esta forma, que uno de sus muchos defectos es precisamente en el no haber establecido plazos de tales características para estas ocupaciones.

⁷⁴⁰ A título de ejemplo *vid.* AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: "La reciente evolución de la tutela cautelar..." *op. cit.* pp. 1.715-1.716.

⁷⁴¹. La situación no es empero satisfactoria ya que requeriría que el legislador estableciera de forma expresa el rigor en el transcurso de estos plazos, ya que de tal forma se reforzaría el correcto ejercicio de la potestad a través de los procedimientos oportunos y pertinentes. En cualquier caso, para las cuestiones que aluden a la caducidad del procedimiento nos remitimos con carácter general al capítulo tercero de este trabajo ⁷⁴².

Entre las diversas garantías que establece la legislación expropiatoria en beneficio del interesado, cabe destacar aquellas dedicadas a paliar la extemporaneidad de la actividad administrativa. En este sentido el art. 54 de la Ley de expropiación forzosa (LEF) posibilita al sujeto expropiado el ejercicio del derecho de reversión, entre otros motivos, por la no ejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motivó la expropiación. También deben destacarse los arts. 52.8, 56 y 57 de la LEF donde se prevé la posibilidad de abonar intereses de demora, ya sea en la determinación del justiprecio ya sea en el pago de la cantidad establecida. Por último, el art. 58 del mismo Cuerpo legal regula el instituto de la retasación como técnica correctora de la inflación. No se pretende realizar en este apartado un análisis de todas ellas, pues se excederían los límites razonables de este trabajo de investigación, sino plantear determinadas cuestiones en torno a algunas de las mismas, desde la perspectiva de su eventual incidencia en la potestad.

⁷⁴¹ Según la importante STS de 19 de julio de 1985 (ref. Ar. 3587): "[...] la consecuencia sexta del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, impone a la Administración, que sigue el excepcional procedimiento de urgencia, que, una vez efectuado el depósito se proceda a la inmediata ocupación del bien de que se trata, lo que deberá hacer en el plazo máximo de quince días, y ésto no se ha cumplido en el presente caso pues transcurrieron cuatro años, sin acordar la ocupación y desalojo; [...] lo que lleva, legalmente, según el precepto citado, a la conclusión de que el procedimiento seguido, ha sido el ordinario, al incumplir la regulación del excepcional, y los efectos son los de aquel; que sólo puede ser ocupada la finca expropiada, una vez pagado el justiprecio determinado, como dispone el artículo 48 de la Ley de Expropiación Forzosa;[...]".

⁷⁴² La opción por plazos de caducidad en el procedimiento es seguida por determinados países como Italia, donde la Ley de 25 de junio de 1865, n. 2.359, sobre la disciplina de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, señala que en el acto en el que se declara una obra de utilidad pública serán establecidos los plazos, dentro de los cuales habrán de comenzarse a cumplirse las expropiaciones y los trabajos. Señalándose que transcurridos los plazos, la declaración de utilidad pública se convierte en ineficaz y no podrá procederse a la expropiación si no de acuerdo con una nueva declaración obtenida en la forma prescrita en la presente ley. Podría incluso plantearse si el art. 43.4 de la LRJPAC posibilita hablar de la caducidad del procedimiento expropiatorio, al señalar el art. 56 de la LEF, al hablar de la responsabilidad por demora, de un plazo de seis meses para adoptar la resolución definitiva del justiprecio desde la iniciación del expediente expropiatorio.

La reversión expropiatoria ha girado tradicionalmente en torno al concepto de *causa expropriandi*. Este último es recogido no solamente por textos de rango legal (art. 9 de la LEF y 349 del Cc), sino que ha sido llevado incluso hasta el propio articulado de nuestra Norma fundamental (art. 33 de la CE). Desde una concepción ya clásica, la *causa expropriandi* se inserta "en el fenómeno expropiatorio de un modo permanente y no sólo en el momento previo de autorizar o abrir el ejercicio de la potestad ⁷⁴³." Esta inserción permanente de la *causa expropriandi* es la que viene a justificar la institución de la reversión, en cuanto invalidez sucesiva o sobrevenida por desaparición del elemento causal. A partir de aquí la figura de la reversión adquiere el carácter de derecho constitucional, aplicable a todo tipo de expropiaciones forzosas.

La jurisprudencia constitucional, sin embargo, ha dejado sentado que la reversión expropiatoria no está incluida en el art. 33.3 de la CE y, que por tanto, es un derecho de configuración legal (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre y 67/1988, de 18 de abril, ambas sobre el "asunto RUMASA"). Tal configuración ha sido explicada doctrinalmente a través de la distinción entre causa y fin en la expropiación ⁷⁴⁴, retomando la formulación que

⁷⁴³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 63. Tesis que también está presente en las sucesivas ediciones de su *Curso de Derecho administrativo II*, escrito en colaboración con el profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. En el mismo sentido vid. PÉREZ MORENO, Alfonso: *La reversión en materia de expropiación forzosa*, Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1967.

⁷⁴⁴ En la actualidad vid. en este sentido los trabajos de Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: "El derecho de reversión en las expropiaciones legislativas. El caso Rumasa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" en *RAP* 132 septiembre-diciembre 1993, en especial pp. 255-263; Miguel CASINO RUBIO: "Breves consideraciones en torno al nacimiento y la legislación aplicable al derecho de reversión en la expropiación forzosa (comentario a la Sentencia del TSJ de Aragón de 26 de septiembre de 1992) en *RAP* 131, mayo-agosto 1993; Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN: "El derecho de reversión: naturaleza jurídica y límites a su ejercicio" en *RArAP* 8, junio 1996, pp. 11-12. Defendiendo, en cambio, la identidad entre causa y fin expropiatorio vid. recientemente a José M. GIMENO FELIU: "La invalidez sobrevenida en la causa expropiatoria" en *RArAP* 8, junio 1996, pp. 253-265. De este último autor vid. recientemente *El derecho de reversión en la Ley de expropiación forzosa. Fundamentación y condiciones de ejercicio*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1996.

realizó en su día el profesor Fernando GARRIDO FALLA ⁷⁴⁵. De esta forma, la reversión vendría a ser, en realidad, una frustración del fin expropiatorio ⁷⁴⁶. Esta distinción puede comprenderse de forma muy gráfica a través de las distintas preguntas de las que traen causa ambos. Así mientras en la *causa expropriandi* sería ¿por qué se expropia?; en el fin de la expropiación ¿para qué se expropia? Por tanto, la causa expropiatoria se desprendería de su adherencia al fin, con lo que la reversión no sería un supuesto de "invalidez sobrevenida", sino de la cesación de los efectos del negocio jurídico del que trae causa el ejercicio de la potestad expropiatoria.

El instituto de la reversión pasa necesariamente, a nuestro entender, por distinguir entre la potestad expropiatoria en cuanto privación forzosa de un bien y la potestad de ejecución en cuanto realización del fin que perseguía tal privación ⁷⁴⁷. La no ejecución de la obra o no establecimiento de servicio, como supuestos legalmente tipificados de reversión, vienen a incidir sobre la realización o ejecución del fin de la expropiación. Estos supuestos, en cambio, no son consecuencia inmediatamente directa del incumplimiento de la *causa expropriandi* pues la misma agota su contenido con la exigencia de que la expropiación se realice para perseguir un fin determinado.

Los efectos de la reversión expropiatoria no se producen *ex lege*. Se precisa en estos casos no sólo el transcurso del tiempo sino que es necesario, además, un acto en que la

⁷⁴⁵ Vid. de este autor "Los motivos de impugnación del acto administrativo" en *RAP* 117, 1995, pp. 51-52, en la nota 80. Sin embargo, el citado profesor rectificó de su criterio inicial tal y como se advierte en su *Tratado de Derecho administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 215 en nota 50.

⁷⁴⁶ Vid. el excelente trabajo del profesor Juan Manuel ALEGRE ÁVILA: "El derecho de reversión en las expropiaciones legislativas..." *op. cit.* en especial pp. 255-263.

⁷⁴⁷ Así el profesor Juan Manuel ALEGRE ÁVILA señala que: "La traslación patrimonial en que consiste la privación expropiatoria es consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa, la expropiatoria, de suerte que, en este sentido, la causa de la obligación se localiza en el propio ordenamiento jurídico, que habilita a la Administración mediante la atribución de la potestad expropiatoria, en tanto que la causa de la atribución ha de situarse en la ejecutividad inherente a los actos dictados en ejercicio de la potestad expropiatoria." Vid. de este autor "El derecho de reversión en las expropiaciones legislativas..." *op. cit.* p. 260.

Administración reconozca el derecho a la reversión del sujeto expropiado ⁷⁴⁸. Asimismo se precisa que cuando no haya previa notificación de la Administración de que se da tal circunstancia, transcurra un período de tiempo (cinco años) para formular un requerimiento a la Administración, para volver a contar otro período temporal (dos años). Vemos, por tanto, como la reversión no tiene lugar como consecuencia de un efecto automático que produce el tiempo en el ejercicio de la potestad. Estamos, por tanto, ante una potestad de ejecución sometida a determinados plazos temporales, donde media un previo requerimiento del interesado y una declaración administrativa.

En cuanto a la técnica de la retasación, ésta consiste en una nueva evaluación de los bienes expropiados cuando hubiesen transcurrido dos años sin que se hubiese procedido al pago o consignación del justiprecio fijado. Tal institución fue construida jurisprudencialmente a través de la cláusula del *rebus sic stantibus* y de la regla del enriquecimiento injusto, hasta el punto que se recogió en un célebre dictamen del Consejo de Estado ⁷⁴⁹, llegando finalmente hasta el art. 58 de la LEF y concordantes. En este sentido el art. 35.3 del mismo cuerpo legal señala que "la fecha del acuerdo constituirá el término inicial *para la caducidad* de la valoración establecida en el art. 58 de esta Ley (la cursiva es nuestra) ⁷⁵⁰." Es más,

⁷⁴⁸ Vid. en este sentido a la STS de 7 de febrero de 1979 (ref. Ar. 310).

⁷⁴⁹ Vid. VILLAR PALASÍ, José Luis: "Un dictamen del Consejo de Estado sobre aplicación de la cláusula del *rebus sic stantibus* en un supuesto de expropiación forzosa" en *Anuario de Derecho Civil* 1-2, 1948, pp. 543-554.

⁷⁵⁰ Es ilustrativa a este respecto la STS de 26 de octubre de 1993 (ref. Ar. 7.203) donde se pone de relieve esta identificación de la retasación con la caducidad: "[...] para que proceda la retasación, la «caducidad del justiprecio» o «nueva valoración por pago tardío» como también se le denomina, a este instituto jurídico, se requiere la falta de pago o de consignación eficaz, de un lado y que transcurran dos años desde que el justiprecio quede fijado en vía administrativa definitivamente, sin que éste se pague o se consigne, y ello es así porque la retasación tiene su razón de ser en la caducidad de los justiprecios expropiatorios, a los que se les priva de eficacia por el simple transcurso de los plazos legales, siendo un remedio legal, no siempre eficaz, que introduce la Ley de 1954, para compeler de un lado al cumplimiento de los plazos a los beneficiarios, cuya transgresión puede dar lugar al señalamiento de un nuevo justiprecio, por caducidad del anteriormente establecido y de otro a corregir el valor conmutativo que el justiprecio debe representar si se demora la efectividad del justiprecio, compensando al expropiado de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, por efecto de la inflación, que no se cumple con el simple abono de los intereses que la Ley establece, y desde esta doble perspectiva ha de entenderse como una garantía del expropiado [...]." Vid. en similar sentido la STS de 1 de marzo de 1993 (ref. Ar. 1.610).

en algunos ordenamientos jurídicos, fuertemente tributarios del modelo español, la retasación ha sido considerada expresamente como una forma de caducidad del procedimiento de tasación ⁷⁵¹. En realidad, parece que estamos ante una forma de caducidad procedimental referida al procedimiento de ejecución del justiprecio, y por tanto no impediría el ulterior ejercicio de la potestad a través de un nuevo procedimiento en el cual habría que proceder a fijarse *ex novo* el precio de la expropiación. El hecho que tal caducidad incide en la ejecución y no en la determinación del justiprecio es relevante, pues ello no significa que el primitivo justiprecio no haya causado efecto alguno. Así lo entiende determinada jurisprudencia que al respecto de los intereses de demora en el pago del justiprecio (art. 57 de la LEF) distinguen dos momentos bien diferenciados: el que concurre hasta la retasación en el que los intereses se aplican al primer justiprecio y el que sucede después de la misma donde tales intereses giran en torno a la nueva cantidad fijada en la retasación ⁷⁵². La retasación no tiene efectos *ex lege*, es decir que su producción no es automática, sino que requiere para su operatividad la intervención del interesado, dado que la jurisprudencia la viene configurándola como una "garantía potestativa del expropiado" ⁷⁵³. Se advierte, de esta forma, que la retasación no supone un instrumento sancionador para la Administración a causa de su inactividad, sino una medida de garantía para el administrado para los

⁷⁵¹ El art. 33 de la Ley andorrana de 3 de septiembre de 1993, de expropiación forzosa, considera explícitamente la retasación como una forma de caducidad del expediente: "Si transcurren dos años desde la fecha de la resolución que fijaba el importe de la indemnización y de las restantes sumas a cargo del expropiante, sin que éste las haya pagado o consignado, se entenderá caducado el expediente de tasación y habrá de procederse nuevamente a la evaluación de los bienes expropiables de acuerdo con las normas del Capítulo segundo del Título II."

⁷⁵² Según la STS de 15 de noviembre de 1994 (ref. Ar. 8.817): "No empeco a cuanto se viene exponiendo el hecho de que haya existido, en ambos casos, retasación de las fincas expropiadas por darse las circunstancias exigidas por el artículo 58 de la Ley Expropiatoria, pues aun cuando la retasación supone una nueva valoración, que no tiene más entronque respecto de la anterior que referirse a los mismos bienes o derechos objeto de expropiación y una temporalidad posterior a la que hay que estar para la nueva valoración (presentación de la nueva hoja de aprecio por parte del expropiado), sin embargo la jurisprudencia viene señalando que cuando en el procedimiento de retasación se establece una nueva valoración del bien o derecho expropiado, el justiprecio primitivo es el que ha de tenerse en cuenta para calcular los intereses de los artículos 52.8, 56 y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa [...]."

⁷⁵³ Según la STS de 8 de febrero de 1994 (ref. Ar. 877) la retasación es un "derecho por supuesto, renunciable por el expropiado, ya que el transcurso de ese plazo da opción al interesado o para pedir la retasación o para cobrar el precio ya fijado con los correspondientes intereses de demora."

supuestos de laxitud administrativa ⁷⁵⁴. El particular podrá solicitarla mientras no prescriba la acción, que los tribunales entienden mayoritariamente en quince años, por aplicación supletoria del art. 1.964 del Cc. Por ello, los tribunales no la aprecian de oficio, debiéndose solicitar a la Administración que abra un nuevo procedimiento para determinar el justiprecio. Ahora bien, el hecho que haya de solicitarse expresamente no implica que los plazos no sean imperativos para la Administración pública. Así lo entiende de forma reiterada la jurisprudencia, señalando que se tratan de plazos de caducidad, que únicamente pueden paralizarse en circunstancias excepcionales ⁷⁵⁵. En definitiva, la "caducidad del justiprecio" o retasación presenta en esta ámbito particularidades respecto a otros ámbitos, acusadamente respecto a la caducidad civil, pues tales plazos ni operan automáticamente, ni son apreciables de oficio.

En definitiva, ambas instituciones presentan unas peculiaridades características dado el tipo de potestad en la cual nos encontramos. Suponen, ante todo, mecanismos de garantía para el interesado y no tienen tanto, por objetivo, paralizar la acción administrativa. En un caso ello sucede claramente pues tienden a compensar al expropiado volviendo a valorar el derecho o interés patrimonial sobre el cual ha incidido tal potestad (retasación), sin provocar efecto alguno en cuanto a la titularidad. En el otro supuesto, en cambio, viene a crear un derecho *ex novo* en el sujeto expropiado que le habilita para recuperar el bien, al no haber ejecutado

⁷⁵⁴ Según la STS de 17 de mayo de 1994 (ref. Ar. 4.267): "La retasación -Sentencia de 8 marzo 1991 (RJ 1991\1805)- es una figura jurídica de marcado corte garantista en beneficio del expropiado, no tratándose de un mecanismo sancionador a la Administración en razón de su inactividad sino que incorpora una garantía en favor del expropiado, siendo claro que lo tutelado es la lesión del expropiado consistente en no haber recibido el justiprecio señalado en dicho plazo, con independencia de la causa de la demora, tanto si ésta es debida a la mera inactividad administrativa como a la equivocación o error al pagar a otra persona [...]."

⁷⁵⁵ Según la STS de 22 de diciembre de 1983 (ref. Ar. 6.648): "[...] el plazo en que ha de verificarse, dado su carácter de caducidad, según el referido art. 35,3, opera por voluntad imperativa de la Ley, obligando a la Administración al pago o consignación del justiprecio por ella fijado definitivamente como valor conmutativo de la adquisición forzosa que realizó, y, sólo cedería su riguroso mandato ante supuestos muy excepcionales, ninguno aquí existente." Se trataba de un caso en que la Administración alegaba que el plazo no había transcurrido por causa imputable al expropiado, por no haber presentado el título de propiedad de la finca. El Tribunal rechaza tales alegaciones señalando, como hemos visto, la imperatividad del plazo y advirtiendo que en caso de no acreditar el interesado la propiedad del derecho expropiado podía la Administración haber consignado el justiprecio.

la Administración su potestad de realizar la obra o establecer el servicio (reversión). Tal recuperación implica que la Administración ha podido disponer del bien durante un período más que suficiente, siete años, para llevar a cabo las finalidades perseguidas.

2.4.2.- La potestad tributaria

La potestad tributaria es quizás, junto a la potestad sancionadora, aquella en que los efectos del transcurso del tiempo han supuesto una mayor atención por los autores, especialmente en relación al instituto de la prescripción. Cuando hablamos en general de potestad tributaria estamos refiriéndonos, en definitiva, a dos tipos de potestades: la de liquidación y la de recaudación. Tales potestades son los instrumentos con los cuales la Administración lleva a cabo las facultades de determinar la deuda tributaria y exigir su cumplimiento (liquidación), así como las de obtención del importe de la deuda tributaria a través de la ejecución en el patrimonio del deudor (recaudación) ⁷⁵⁶. Se obvian en este punto las sanciones tributarias, pues a las mismas les es aplicable las consideraciones generales vistas en el apartado dedicado a la potestad sancionadora, con las especificidades previstas por la Ley General Tributaria, pues la LRJPAC es, en este caso, de aplicación subsidiaria de acuerdo con su disposición adicional quinta ⁷⁵⁷. Así como tampoco tratamos el derecho a la devolución de ingresos indebidos pues el mismo se plantea no tanto desde la teoría de las potestades, sino en cuanto a la situación subjetiva del particular que acciona para obtener una prestación de la Administración, afectando por tanto principalmente a los derechos de este particular.

En cuanto a la naturaleza de la prescripción parece que la jurisprudencia mayoritaria se pronuncia por su carácter sustantivo, con las importantes consecuencias jurídicas que ya

⁷⁵⁶ El art. 64 de la Ley 290/1963, de 28 de diciembre, general tributaria, parece distinguir entre prescripción para determinar la deuda tributaria [letra a)] y prescripción para exigir el pago de la misma [letra b)]. En realidad, cabe precisar que desde el momento que se realiza la liquidación, el acto administrativo ya es ejecutivo, y por tanto tiene capacidad de exigir. Cuestión distinta que en caso de que no se atienda a la exigencia administrativa se pueda proceder a ejecutar sobre el patrimonio del deudor.

⁷⁵⁷ Cabe decir que el régimen de la prescripción sancionatoria en el ámbito tributario no se aparta sustancialmente del régimen general previsto en la LRJPAC.

hemos visto, al tratar sobre la potestad sancionadora, en orden a la aplicación retroactiva o no de los plazos ⁷⁵⁸. Cabe decir, sin embargo, que alguna jurisprudencia ha señalado su naturaleza procesal a los efectos de aplicación del art. 8.2 del Código civil, según el cual las "leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español [...]". Se trataba en este caso de la reclamación de una deuda tributaria que un Ayuntamiento alemán realiza a través de la vía jurisdiccional civil a un ciudadano español que no satisficó un impuesto durante su permanencia en aquel país. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo además de señalar la improcedencia de esta vía, entiende que es aplicable el régimen de prescripción español y no el alemán, en apoyo del precepto del Código civil anteriormente citado ⁷⁵⁹. Con independencia de que sea aplicable el régimen español o el alemán en este caso, lo que si parece coherente es que una misma institución, la prescripción no puede tener una naturaleza distinta según la norma que en cada caso deba aplicarse. Estamos ante un conflicto de calificaciones ⁷⁶⁰ que debe ser resuelto de acuerdo con la *lex fori* según dispone el art. 12.1 del Código civil ("La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española"). Hoy, es bastante pacífico el entender que esta labor de calificación debe realizarse acudiendo a las vías de integración previstas en el propio ordenamiento, sin atender a la naturaleza de las

⁷⁵⁸ Vid. la STS de 16 de mayo de 1995 (ref. Ar. 3.681), en relación al inicio del cómputo previsto en el art. 65 de la Ley General Tributaria, que fue modificado durante la sustanciación del caso por la Ley 10/1985, de 10 de abril. La Sala declara la inadmisibilidad de aplicar retroactivamente el nuevo cómputo desfavorable al contribuyente.

⁷⁵⁹ Vid. la STS de la Sala de lo Civil de 4 de mayo de 1995 (ref. Ar. 3.893) (Ayuntamiento de Dissen am Teutoburger Wald): "Y también se aprovecha el motivo para alegar que no se ha acreditado la prescripción de la deuda, con base sin duda en la legislación alemana, según el dictamen jurídico antes mencionado que figura en autos; con olvido de que **la prescripción, como excepción perentoria que es, tiene desde este punto de vista que ahora interesa un carácter de norma procesal**, a la que, conforme al artículo 8, párrafo 2, del Código Civil, habría que aplicar las normas españolas, no las alemanas, y que, en esta dirección, de los artículos 1966, número 3.º, y 1973 del Código Civil español, se deduce que la acción ejercitada habría prescrito, ya que los casos de interrupción de la prescripción, según Sentencias, entre otras, de 18 abril 1989 (ref. Ar. 3064), no pueden interpretarse en sentido extensivo, y, por lo tanto, no puede considerarse, según la «*lex fori*», como acto interruptivo la carta que unos terceros, no el propio deudor, dirigen hablando de la deuda, pero sin reconocerla, con fecha 13 de marzo de 1987, al Vicecónsul de la República Federal de Alemania en Sevilla, y toda vez que el precepto aplicable se refiere a «reconocimientos» verificados «por el deudor», no por terceros. En definitiva, estos últimos motivos decaen también, y con ellos la totalidad del recurso."

⁷⁶⁰ Sobre el tema *vid.* la famosa Sentencia del *Reichgericht* alemán de 23 de enero de 1882 sobre la prescripción de un efecto de comercio emitido en Estados Unidos.

instituciones tal como existen en otros ordenamientos. Así, en este caso, cabrá atender a la naturaleza substantiva de la prescripción, que es la tesis mayoritaria en el sistema español, para determinar la norma de conflicto. Por tanto, en este caso, la norma de aplicación hubiera debido ser el art. 10.10 del Código civil, según el cual: "La ley reguladora de una obligación se extiende a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, *así como a su extinción*. Sin embargo, se aplicará la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa." La prescripción es una de las formas de extinción de la obligación tributaria por lo que sería aplicable la ley que regulara tal obligación, a menos que su ejecución requiriera intervención administrativa, como ocurría en el caso citado, dado el carácter tributario y no civil de la obligación.

En sus orígenes la legislación tributaria no establecía unos plazos generales para liquidar y recaudar sus tributos, sino que eran objeto de una regulación dispersa y fragmentada. El momento determinante fue la promulgación de la vigente Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria y el Reglamento General de Recaudación. La Exposición de Motivos de la Ley señala como una de las medidas que facilitan o reducen las obligaciones a cargo de los sujetos pasivos: "La unificación de los vigentes plazos de prescripción de las acciones administrativas para liquidar y recaudar las deudas tributarias con arreglo al más reducido de los que actualmente rigen." Cabe con ello decir que se anticipó, al menos una década, en relación al ámbito administrativo sancionador, cuya generalización de plazos viene a través de una construcción jurisprudencial en los años '70, que sólo muy recientemente ha sido asumida expresamente por el legislador.

Según establece el ordenamiento tributario se regularán en todo caso por ley "los plazos de prescripción o caducidad y su modificación" (art. 10.d de la Ley General Tributaria). Esta exigencia de Ley se planteaba, según hemos visto con anterioridad en relación al ámbito de las sanciones administrativas. En este caso parece, a primera vista, que la reserva de ley se podría conectar con los art. 31.3 (establecimiento de prestaciones personales y patrimoniales) y 133.1 de la CE (potestad de establecer los tributos). No obstante, algún autor ha advertido

que la prescripción "no forma parte de los elementos configuradores del tributo" y, por tanto, no le sería de aplicación tales reservas constitucionales. De esta forma, se ha fundamentado esta exigencia de ley previa en la misma indisponibilidad de la obligación tributaria, la cual no puede quedar en manos de la Administración al dictar los correspondientes reglamentos y en la necesaria garantía del principio de seguridad jurídica ⁷⁶¹.

En la prescripción relativa a la deuda tributaria rige la exigencia de su apreciación de oficio, según establece el art. 67 de la Ley General Tributaria y el art. 60.1 del Reglamento General de Recaudación, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la prescripción civil. En el régimen sancionador tal exigencia derivaba en gran medida de la aplicación analógica del Derecho penal, al constituir diversas manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. En cambio, en el ámbito tributario no sancionador, el punto de referencia parece que habría de ser más bien la prescripción civil. ¿Estamos, pues, ante una mera especialidad introducida por el legislador en el ámbito de la prescripción tributaria o bien tal régimen es la consecuencia del régimen constitucional en el que se enmarca la potestad tributaria? En este último sentido algunos autores entienden que este régimen encuentra su fundamento en los principios de legalidad y de seguridad jurídica ⁷⁶². De otro modo difícilmente sería justificable un régimen el no exigir el tributo que parece contradecir los principios de generalidad y de igualdad.

El *dies a quo* de la prescripción tributaria es establecido expresamente por la legislación que distingue los diversos supuestos. Así en el caso de la liquidación será el día en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración, mientras que en el supuesto de la recaudación será desde la fecha que finalice el plazo del pago voluntario. Como vemos en el primer caso no se computa desde la realización del hecho imponible del impuesto, sino a partir de que acaba el período de tiempo para presentar la autoliquidación.

⁷⁶¹ Vid. FALCÓN Y TELLA, Ramón: *La prescripción en materia tributaria*, Ed. La Ley, Madrid, 1992, pp. 53-54.

⁷⁶² Vid. MARTÍN CÁCERES, Adriana Fabiola: *La prescripción del crédito tributario*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales y Marcial Pons, Madrid, pp. 217-222.

La razón de ello debe encontrarse en que hasta ese momento la Administración no puede realizar la liquidación, pues le corresponde realizarlo al particular a través de la correspondiente autoliquidación. Por tanto, debe distinguirse dos momentos: la realización del hecho imponible y la determinación de la deuda tributaria. Sólo a partir de este último caso, es cuando podrá iniciarse el cómputo. En el supuesto de la recaudación el inicio se establece en al finalizar el período en el que el contribuyente puede satisfacer la deuda voluntariamente. Solución totalmente coherente pues hasta ese momento no puede considerarse que el particular haya incumplido sus deudas tributarias y tampoco hasta entonces la Administración ha podido iniciar el correspondiente procedimiento de apremio para satisfacer lo adeudado. Presenta cierto interés el tema de la prueba del inicio del cómputo, especialmente en determinados tipos de impuestos como el de transmisiones patrimoniales, en el que se intentaba hacer valer a estos efectos la realización de escrituras privadas. Cabe decir que en este supuesto se aplica una doctrina muy similar a la existente para las infracciones clandestinas, pues tales documentos privados sólo producirán efectos para determinar el *dies a quo* desde que se presentan a liquidación o se dan algunas de las condiciones previstas en el art. 1.227 del Código civil ⁷⁶³.

Por lo que respecta al régimen de interrupciones la legislación tributaria distingue dos situaciones: las actuaciones realizadas por la Administración y las realizadas por el particular. Debe destacarse la exigencia de que la acción administrativa se realice con conocimiento formal del obligado al pago. Recuérdese que en el ámbito sancionador habíamos visto como

⁷⁶³ En este sentido debe destacarse la STS de 29 de noviembre de 1995 (ref. Ar. 9.706) en la que se hace una brillante exposición de la evolución legislativa que se suscitó sobre este tema: "Desde la definitiva implantación de los Impuestos de Derechos Reales y sobre Transmisiones de Bienes, a principios de este siglo, la Hacienda Pública ha luchado contra el fraude, conseguido a través de las transmisiones formalizadas en documento privado, en cuatro frentes: 1. Estableciendo normas especiales de cómputo de la prescripción de la acción para liquidar el tributo, concretamente que ésta no corre, hasta el momento en que el documento se presenta a liquidación, salvo que se den los supuestos previstos en el artículo 1227 del Código Civil, y no todos, porque durante años no se admitió, a estos efectos, el fallecimiento de uno de los contratantes. 2. Negando eficacia jurídica a los documentos privados en tanto no se liquide el Impuesto, de ahí la obligación exigida a todos los Tribunales, Oficinas, Registro Públicos, etc., de no reconocer efecto alguno, ni dar curso a las demandas, acciones, peticiones, etc. en tanto que no se pague el Impuesto. 3. Liquidando como transmisiones onerosas, los expedientes de dominio y actas de notoriedad, que podrían ser el medio de legalizar antiguas ocultaciones y acceder así al Registro de la Propiedad. 4. Mediante la acción investigadora."

alguna legislación establecía efectos interruptivos a actuaciones de averiguación, que no trascendían a la esfera de conocimiento del interesado, normativa que entendíamos derogada por la LRJPAC. Con buen criterio, la regulación de la prescripción tributaria sólo prevé estos efectos interruptivos a las actuaciones eficaces de la Administración, por haber entrado en juego los requisitos de la notificación, publicación y aprobación de los actos administrativos. Tal afirmación queda matizada, sin embargo, cuando existe varios obligados al pago. En estos casos, excepto en las obligaciones mancomunadas, es posible que uno o varios de los obligados no haya tenido conocimiento de la actuación administrativa y, sin embargo, se haya interrumpido la prescripción de su deuda. Las razones de esta particularidad las veremos más adelante al tratar de los efectos y extensión de la prescripción.

Una cuestión importante es que las actuaciones que producen la interrupción no deben limitarse a poner en conocimiento la existencia de una posible obligación tributaria del sujeto pasivo, sino que *han de ser actuaciones que tengan por finalidad inmediata hacer avanzar el procedimiento* ⁷⁶⁴. No tienen efectos interruptivos, por tanto, aquellas actuaciones administrativas que una vez iniciado el procedimiento no constituyan estrictamente trámites del mismo, sino meros recordatorios o advertencias que no aportan ni contribuyen para nada a la tramitación del procedimiento. En este sentido lo señala el art. 66.1.a) de la Ley general tributaria, cuando advierte que los plazos de prescripción se interrumpen por "cualquier actuación [...] *conducente al reconocimiento, regulación, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del impuesto devengado por cada hecho imponible.*" Por consiguiente, en la medida que no cumpla ninguna de las finalidades descritas, limitándose a recordar la mera existencia de la obligación tributaria, y sin añadir nada a la situación jurídica existente, debe rechazarse de forma contundente su eventual carácter interruptivo.

En cuanto a las actuaciones realizadas por el particular es importante señalar que la presentación de recursos, ya sean administrativos ya sean jurisdiccionales, interrumpen el

⁷⁶⁴ Vid. FALCÓN Y TELLA, Ramón: *La prescripción...* op. cit. p. 133.

plazo de prescripción, según viene declarando reiteradamente la jurisprudencia. Pero, y aquí debe ponerse énfasis, el plazo vuelve a contar, de tal forma que si a partir de entonces no se realiza ninguna actuación ni por el particular ni por la Administración puede llegar a producirse la prescripción. La prescripción a la que estamos refiriéndonos es fundamentalmente la de la ejecución de la deuda tributaria, pues la misma ya ha quedado determinada a través de la resolución recurrida ⁷⁶⁵.

El reinicio del cómputo, una vez producida la prescripción se realiza "a partir de la fecha de la última actuación del obligado" (art. 61.2 del Reglamento general de recaudación). No existe, a diferencia del ámbito sancionatorio, un plazo de espera para volverse a iniciar el cómputo. La solución escogida por la prescripción tributaria es perfectamente lógica debido a que el momento en que debe iniciarse el nuevo cómputo de prescripción es precisamente cuando cesa la eficacia de la causa interruptiva. En cambio, la legislación sancionadora está dilatando esta eficacia atendiendo meramente a un requisito temporal, cuya única justificación reside en que así lo ha establecido el legislador para este supuesto concreto.

Presenta cierto interés la regulación que se realiza de la extensión y efectos de la prescripción (art. 62 del Reglamento general de recaudación). Se trata de la existencia de varios obligados al pago de la deuda tributaria ⁷⁶⁶. En estos supuestos los efectos favorables y desfavorables del régimen prescriptivo se extienden por igual a todos los obligados. Únicamente se excepcionan las obligaciones tributarias mancomunadas debido a las propias particularidades de las mismas. En efecto, en estos casos, el crédito tributario se presume dividido en partes iguales, las cuales operan independientemente las unas de las otras, por lo cual es perfectamente lógico que funcione de igual forma el régimen de prescripción y sus eventuales interrupciones. En realidad todas estas previsiones no son más que la aplicación al ámbito

⁷⁶⁵ *Vid.* la STS de 17 de junio de 1995 (ref. Ar. 4.708) donde se advierte que: "[...] la circunstancia de haber permanecido bajo la competencia de un Tribunal (tanto impropio como propio o jurisdiccional) obste a que el instituto de la prescripción entre en juego." El Tribunal "impropio" es, lógicamente, el Tribunal económico-administrativo. En similar sentido *vid.* la STS de 22 de abril de 1995 (ref. Ar. 3.328).

⁷⁶⁶ Cabe señalar que en el ámbito tributario, a diferencia del civil, las obligaciones son como regla general solidarias, salvo que la propia ley de cada tributo establezca lo contrario (art. 24 de la Ley General Tributaria).

tributario de la regulación que establece al efecto el art. 1.974 del Código civil.

2.4.3.- La potestad de ejecución forzosa

El ordenamiento jurídico atribuye a la Administración, en ciertos sistemas jurídicos como el español, la potestad de ejecutar por sí misma los actos administrativos que ella mismo ha dictado, sin necesidad de acudir al juez ⁷⁶⁷. Tal potestad viene configurándose por la doctrina mayoritaria como una manifestación de la autotutela administrativa, esto es una situación posicional de la Administración. Potestad que se articula como un instrumento previsto por el ordenamiento para hacer efectivo el principio constitucional de eficacia que informa la actuación de las Administraciones públicas (art. 103.1 de la CE).

La regulación general sobre la potestad de ejecución forzosa (contenida en los arts. 93 a 101 de la LRJPAC) no establece expresamente la referencia a unos límites temporales para su ejercicio. Solamente se alude al factor tiempo, en cuanto a la necesidad de establecer unos plazos para que el particular pueda cumplir lo ordenado, antes de proceder a la medida expeditiva ⁷⁶⁸. Puede decirse con ello que, de forma general, no se establecen plazos para el ejercicio de esta potestad administrativa. Cuestión distinta, como ya hemos tenido ocasión de ir comprobando a lo largo de este trabajo, es que el tiempo puede suponer un límite al ejercicio de la potestad, al incidir sobre la propia realidad en la que trae causa. De esta

⁷⁶⁷ Con carácter general *vid.* por todos: LAFUENTE BENACHES, Mercedes: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración pública*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992 y BARCELONA LLOP, Javier: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Ed. Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

⁷⁶⁸ De esta forma la STS de 19 de junio de 1987 (ref. Ar. 6.509) en relación a las multas coercitivas señala que: "Pero además tales multas, que son reiterables, han de señalar un plazo para llevar a efecto la actuación que imponía el acto que se trata de ejecutar, plazo este que ha de ser «suficiente para cumplir lo ordenado» -art. 107.1 de la Ley de Procedimiento-. Si así no fuera, es decir, si fuera imposible realizar lo ordenado en el plazo señalado, el art. 47.1.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo conduciría también a una nulidad de pleno derecho. CUARTO.-Pues bien, ninguno de los requisitos mencionados resulta cumplido en estos autos: no aparecen en el expediente ni el acto administrativo que ordenara al ahora apelado la instalación de un acondicionamiento de aire, ni el apercibimiento que advirtiera la entrada en juego de las multas coercitivas. Por otra parte, el plazo de un día con que las multas se reiteraban resultaba claramente insuficiente para la instalación pretendida."

forma, en gran parte de los medios de ejecución forzosa regirá la normativa general que respecto a la prescripción de deudas, consagra el Reglamento general de recaudación y demás legislación tributaria. Ello es así por cuanto tales medios se fundamentan en obligaciones que, por no ser personalísimas, son pecuniarias o son susceptibles de traducirse económicamente (así el apremio sobre el patrimonio y la ejecución subsidiaria). O bien aunque se basen en obligaciones personalísimas, como es en algunos casos la multa coercitiva, el contenido de la medida tiene un carácter esencialmente pecuniario, al exigirse una concreta cantidad dineraria. Recuérdese por lo demás que el art. 1.936 del Código civil establece que son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres, es decir aquellas pretensiones o exigencias relativas a derechos de contenido patrimonial. Por ello donde la obligación es personalísima y el contenido de la medida no es económico (compulsión de las personas), el factor tiempo, fundamentalmente la exigencia de urgencia, jugará más como un límite habilitante para su ejercicio, que como un límite que haga decaer la posibilidad de su aplicación ⁷⁶⁹. Con todo, según veremos en sucesivos epígrafes de este trabajo, al referirnos a la recuperación de oficio de los bienes patrimoniales de la Administración, el transcurso del tiempo comporta que la Administración pierda la posibilidad de recuperar por sí misma la posesión y tenga que acudir a los tribunales de justicia.

Por otra parte la denominación de algunos de los medios de ejecución forzosa no debe llevarnos a confusión. Tal es el supuesto característico de las multas coercitivas cuyo nombre es similar al de una de las medidas sancionadoras, por excelencia: la multa pecuniaria. Por ello cabría plantearse la extensión del régimen de prescripción que rige en materia sancionadora al ámbito de la multa coercitiva. No obstante, la jurisprudencia de forma reiterada señala la diversa naturaleza y finalidades que presentan ambos tipos de medidas

⁷⁶⁹ Vid. por todos el magnífico estudio de Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA: *La coacción administrativa directa*, Ed. Civitas e INVAP, Col. "Monografías", Madrid, 1990.

⁷⁷⁰. Debe señalarse, con todo, que cuando se habla de "prescripción de la sanción", según ya hemos tenido oportunidad de constatar, se hace referencia en realidad a los efectos del transcurso del tiempo en relación a uno de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, por lo que no sería tan impensable su eventual aplicabilidad. Piénsese en la existencia de procedimientos en donde se dan simultáneamente una sanción y una multa coercitiva. En tales situaciones puede que en aplicación estricta de los plazos aplicables a una y otra medida, la sanción haya prescrito mientras que la multa coercitiva no. Podría llegar a pensarse en la circunstancia que extinguida la responsabilidad administrativa sancionadora habrían de quedar extinguidas. Lógicamente tales situaciones podrían plantearse cuando hubiera una estrecha conexión o interrelación entre ambos tipos de medidas.

El carácter esencialmente económico que presentan la mayoría de medios de ejecución forzosa hacen que nos remitamos en cuanto a las cuestiones generales a lo que hemos aludido anteriormente al hablar de la potestad tributaria. En este momento si que plantearemos algunas otras consecuencias que puede producir el transcurso del tiempo en la ejecución forzosa, como es el incremento del coste que puede generar una ejecución tardía. Debe señalarse al respecto que este incremento, no debe ser soportado por el particular si éste no ha realizado una conducta obstruccionista que impidiera a la Administración llevar a cabo en tiempo oportuno la misma. En este sentido no cabe exigir a los destinatarios es una colaboración activa ⁷⁷¹, pues uno de los presupuestos para que entre en juego esta potestad

⁷⁷⁰ Tal doctrina ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en Sentencias 22/1984, de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre, 144/1987, de 23 de septiembre y 239/1988, de 14 de diciembre. Por lo que respecta al Tribunal Supremo *vid.*, a título de ejemplo, la Sentencia de 19 de junio de 1987 (ref. Ar. 6.509): "Calificadas, a pesar de su autodenominación, como multas coercitivas, tampoco mejora mucho el juicio a emitir sobre su validez. En efecto, sin necesidad de suscitar el problema de su cobertura legal -art. 107.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo-, sí es de advertir que las multas coercitivas no tienen carácter retributivo o sancionador y aspiran a doblegar o vencer la resistencia de los administrados a observar la conducta impuesta en un previo acto administrativo. Constituyen, claro está, uno de los medios de ejecución forzosa de los que dispone la Administración -art. 104.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo-."

⁷⁷¹ Según la STS de 23 de octubre de 1990 (ref. Ar. 8.258): "lo cierto es que los recurrentes acusan omisión y aun pasividad de la Corporación en la ejecución subsidiaria; es decir, la cuestión que surge de este planteamiento es, si el incremento del coste de las obras determinante de la nueva exacción cautelar se debe a las resistencias de los recurrentes o a las omisiones de la propia Corporación donostiarra al no proceder con la debida diligencia a la ejecución de la exacción y de las obras cuestionadas e indudablemente, a la vista de

es una resistencia del particular al cumplimiento del acto que quiere llevarse a cabo. En el caso en que el ciudadano obtenga la suspensión del acto, la propia legislación reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece la posibilidad que el Tribunal exija caución suficiente si pudiera resultar daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero. La Administración aún en los casos de suspensión obtenida en vía jurisdiccional no puede proceder por sí misma a repercutirle los gastos que ha ocasionado el transcurso del tiempo, sino que tiene que acudir al juez. Así lo determina el art. 124.4 de la LJCA cuando advierte que "la Administración o persona que pretendiese tener derecho a indemnización de los daños causados por la suspensión deberá solicitarlo ante el Tribunal por el trámite de los incidentes [...]." Si que podrá lógicamente en aquellos casos que la suspensión haya sido acordada en vía administrativa, al habilitarle la legislación que al acordar la suspensión pueda simultáneamente adoptar las medidas cautelares necesarias (entre las que puede haber exigencia de caución) para asegurar la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada (art. 111.3 de la LRJPAC).

2.4.4.- La potestad de revisión de oficio

Sin perjuicio de su examen más pormenorizado en otros puntos de este trabajo, parece oportuno, en este momento, realizar una primera aproximación a la problemática de la revisión de oficio. La legislación distingue los efectos del transcurso del tiempo en el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, según el grado de invalidez del acto. Por lo que se refiere a los actos nulos de pleno derecho se establece que la Administración podrá "en cualquier momento", a iniciativa propia o a solicitud de cualquier interesado, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados el art. 62.1 de la LRJPAC, con el previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico. En cambio, por lo que se refiere a

cuanto resulta del expediente y de los autos, es necesario inclinarse por esta última causa, por cuanto habiéndose llegado a la subsidiaria ejecución forzosa, no cabía esperar de los recurrentes colaboración alguna que justificase la dilación en el actuar administrativo, conclusión esta importante, por cuanto ella determina la imposibilidad de aceptar como causas del aumento del valor de las obras, tanto los mayores deterioros de los miradores, como el incremento de los precios de los materiales y de los salarios, tal y como hace la sentencia de instancia." Para Javier BARCELONA LLOP esta sentencia si bien referida al ámbito de la ejecución subsidiaria contiene una doctrina extensible al resto de medios de ejecución forzosa. *Vid.* de este autor *Ejecutividad... op. cit.* p. 359.

la anulabilidad o nulidad relativa se requiere, entre otros requisitos, "que el procedimiento de revisión se inicie antes de transcurridos cuatro años desde que fueron dictados".

El legislador ha decidido con esta distinción primar, en el primer caso, la legalidad frente a la seguridad jurídica. La razón de ello es la trascendencia de los vicios que ocasionan la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, los cuales se consideran de orden público. Sería de aplicación en este caso el brocárdico latino: *quo ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convallescere*. En cambio, por lo que respecta a la anulabilidad que afectaría a cualquier infracción del ordenamiento jurídico, con excepción de los supuestos tipificados como de nulidad, se considera que su menor gravedad permite su convalidación por el mero transcurso del tiempo. La menor trascendencia de la vulneración que se ha realizado al ordenamiento jurídico, en este segundo caso, comporta que pueda prevalecer la seguridad jurídica frente a la legalidad. De esta forma, la persona interesada en que se ejercitara la revisión de oficio, se entiende que ha consentido el acto anulable, al no promover su anulación en el tiempo establecido.

La ausencia de plazo en la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho no significa, sin embargo, que se desconozca la seguridad jurídica, otorgando una primacía absoluta al principio de legalidad. La propia legislación establece unos límites a la potestad al señalar que las "facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes (art. 106 de la LRJPAC)." Ello comporta que tanto el ejercicio de la potestad como de las causas de nulidad hayan de ser objeto de una aplicación y de una interpretación restrictiva ⁷⁷².

En relación a la revisión de oficio de actos anulables, algunos autores han considerado que

⁷⁷² Una muestra de como el transcurso del tiempo puede producir un resultado contrario a la equidad que lleve a declarar la improcedencia de ejercitar la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, puede encontrarse en la sentencia comentada en el interesante trabajo de Francisco Javier MACHADO MARTÍN: "Acción de nulidad y límites de la revisión de oficio de actos nulos" en *La Ley* 22 de septiembre de 1995, pp. 1-4.

el plazo de cuatro años establecido por la Ley es de prescripción. Así, se ha señalado que "el plazo de tiempo [...] para que pueden entenderse convalidados por prescripción [...] no puede ser otro que el que la ley otorga a la Administración para ejercer sus facultades de revisión de oficio que es [...] de cuatro años, sin perjuicio de los plazos que puedan establecer las leyes especiales; por ejemplo, la LGT en su artículo 64 establece un plazo de cinco años, excepto en el impuesto de sucesiones que será de diez ⁷⁷³." Tal afirmación parece fundamentarse en el tenor literal del art. 106 de la LRJPAC según el cual:

"La facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por *prescripción de acciones*, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes."

Cabe advertir, de entrada, que este precepto parece distinguir entre "prescripción de acciones" y "tiempo transcurrido". En realidad, no sería inimaginable pensar que estamos ante dos situaciones bien diferenciadas: la potestad de revisión de oficio sometida que al límite temporal de cuatro años, tiempo que una vez transcurrido impide su ejercicio; y las acciones en que se fundamente la nulidad, las cuales pueden estar sometidas a prescripción. Ahora bien, una vez se distinguen ambos plazos, cabe preguntarse si los cuatro años de la revisión de actos anulables son de prescripción o de caducidad.

Tal cuestión se planteó singularmente a raíz del art. 154 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria. Este precepto señala que serán revisables "en tanto no haya prescrito la acción administrativa" los actos dictados en vía de gestión tributaria. Un conocido dictamen del Consejo de Estado de 20 de diciembre de 1972 (Consulta 38.264) distinguió nítidamente ambas situaciones:

"Los cuatro años que la Ley de procedimiento administrativo establece

⁷⁷³ Vid. BELADÍEZ ROJO, Margarita: *Validez y eficacia...* op. cit. pp. 268-269.

constituyen un plazo de caducidad, en que se protege el interés general de obtener una pronta certidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación. En consecuencia, la caducidad es automática, se aplica de oficio y no sufre interrupciones como consecuencia de la acción de los particulares o de la Administración. Si no se ejercita en cuatro años la potestad de revisión, no cabe anular el acto.

Por el contrario, el plazo de cinco o diez años a que la Ley General Tributaria se remite es un plazo de prescripción. La prescripción funciona así como un límite del ejercicio del derecho subjetivo del Estado o el particular como acreedor y como límite de las facultades administrativas de sanción. La prescripción opera al transcurrir el tiempo que fija la Ley como hábil para exigir el cumplimiento de la obligación. Por ello opera en el campo de las llamadas facultades de exigir [...].

Sentada esta distinción, el Alto órgano consultivo vino a señalar que:

"[...] la potestad revisora a que se refiere el artículo 154.b) de la Ley General Tributaria carece de plazo específico para su ejercicio, pudiendo volver la Administración sobre sus actos de gestión tributaria mientras no hayan prescrito los derechos de la Hacienda, conforme a lo dispuesto en los artículos 64 a 67 de la Ley General Tributaria. Cuando no exista plazo de prescripción determinado, la potestad de revocación de actos declarativos de derechos caduca a los cuatro años, conforme dispone el artículo 110 de la Ley de procedimiento administrativo."

Cabe advertir que la posición del Consejo de Estado si bien fue unánime en cuanto a la calificación de los plazos como de caducidad, tuvo posiciones disidentes en cuanto a la aplicación del plazo de cuatro años a la potestad de revisión de oficio regulada por la Ley

General Tributaria. En este sentido se formuló un voto particular por cuatro consejeros al dictamen mayoritario de la Comisión permanente, en el que se propugnaba que además de la aplicación del plazo de prescripción referida a la existencia misma del crédito debía añadirse los cuatro años que la legislación de procedimiento administrativo establecía para el ejercicio de la potestad de revisión de oficio de actos anulables ⁷⁷⁴. Esta última posición parecía la más coherente en el sistema de la LPA de 1958, pues partía de una interpretación sistemática de la normativa sobre procedimiento, ya fuera general ya fuera específicamente tributaria. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria, pese a señalar la conexión entre la potestad de revisión de oficio de la legislación tributaria y la de la legislación general de procedimiento ⁷⁷⁵, entiende que son dos realidades diferenciadas, una con carácter general y la otra de carácter sectorial, sometidas a regímenes temporales diferenciados, tal como ya apuntó la tesis mayoritaria del Consejo de Estado ⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ En este sentido se señala en el Voto particular al Dictamen que: "A juicio de los firmantes, la única interpretación lógica, porque armoniza los preceptos especiales de la Ley General Tributaria con los de la Ley de Procedimiento Administrativo en esta importante materia, es entender que para el ejercicio de la acción revisora es necesario, aparte de los requisitos de fondo, la concurrencia de dos circunstancias:

a) Que no haya transcurrido el plazo de prescripción administrativa ("el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación") señalado en el apartado a) del artículo 64 de la Ley General Tributaria, contado aquél conforme a las normas de los artículos 65 y 66.

b) Que, con independencia de ello, no haya transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años - no susceptible de interrupción - desde que fue adoptado el acto que pretenda revisarse.

De modo que la falta de cumplimiento de cualquiera de esos dos requisitos impide el ejercicio de la acción revisora o anulatoria en el artículo 154 de la Ley General Tributaria respecto de los actos dictados en vía de gestión tributaria.

Sólo con el mantenimiento y aplicación del criterio expuesto pueden armonizarse el derecho de la Hacienda a revisar o anular sus propios actos, en los supuestos excepcionales que contempla dicho artículo 154, y el derecho del administrado contribuyente a su seguridad jurídica."

⁷⁷⁵ Vid. la STS de 9 de junio de 1986 (ref. Ar. 3.370): "La potestad que la Ley General Tributaria 230/1963, de 28 de diciembre, otorga al Ministro de Hacienda, en su art. 154, para revisar los actos dictados en vía de gestión, es una modalidad específica de la que con carácter más genérico regula el art. 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo."

⁷⁷⁶ Vid. la citada STS de 9 de junio de 1986 (ref. Ar. 3.370): "El art. 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece un plazo de cuatro años desde que aquellos actos fueren adoptados para el ejercicio de la facultad excepcional que nos ocupa (párrafo 2.º, apartado b), plazo que es de caducidad. Sin embargo, la Ley General Tributaria permite esta revisión de oficio «en tanto no haya prescrito la acción administrativa» (art. 154), prescripción que se produce como regla a los cinco años (art. 64). La compatibilidad y coexistencia de ambas normas, una con carácter general y la otra sectorial, han sido admitidas explícitamente por esta Sala. En efecto, la sentencia de 13 de marzo de 1982 (ref. Ar. 1339) así lo dice, con base en dos circunstancias, una cronológica (la Ley 230/1963 es posterior a la de procedimiento administrativo, sancionada en 1958) y otra

En la actualidad parece constatarse una tendencia a profundizar en la singularidad de la legislación tributaria en esta materia, la cual se desmarca claramente de la legislación general de procedimiento administrativo. De esta forma la disposición adicional quinta de la LRJPAC después de predicar en su apartado primero la aplicación subsidiaria de la Ley en los procedimientos administrativos en materia tributaria, señala en su apartado segundo que la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma. Por tanto, parece excluir la aplicación aún subsidiaria de la LRJPAC para la revisión de oficio de procedimientos tributarios, poniendo singular énfasis en la regulación, al parecer autónoma, que de esta materia realiza la Ley General Tributaria.

En cualquier caso, y dejando a parte las especialidades tributarias, la doctrina del Consejo de Estado es constante en considerar que los cuatro años son de caducidad y no de prescripción ⁷⁷⁷. El carácter excepcional que reviste esta potestad administrativa, de contenido materialmente jurisdiccional, comporta que se establezcan límites perentorios a su posible ejercicio. Todo ello es coherente, en definitiva con la situación que subyace en los supuestos de anulabilidad donde se ha producido una infracción del ordenamiento que no es tan grave como la nulidad de pleno derecho, o al menos así es valorada por el ordenamiento jurídico, y donde concurren ciertos intereses y situaciones a las que debe darse una pronta certidumbre.

El estudio del plazo de ejercicio de la potestad revisión de oficio plantea otro importante

objetiva, por ser aquella especial para el ámbito de la Hacienda Pública, mientras la otra afecta a la Administración entera."

⁷⁷⁷ Vid. el Dictamen de 25 de febrero de 1988 (expediente 51.189/50.868): "En efecto, como ha tenido ocasión de abordar en determinadas ocasiones este Consejo, el plazo de cuatro años previsto en el citado artículo 110.2 de la Ley de procedimiento administrativo constituye un plazo de caducidad y no de prescripción; la potestad revisora de la Administración no consiste en una facultad que nazca sin limitación de tiempo para su ejercicio concreto y que únicamente por razones de seguridad jurídica quede sometida a un plazo de prescripción, sino que, por el contrario, nace ya sometida a un plazo dentro del cual deberá ejercitarse tal potestad revisora para que surta efectos." Este mismo Dictamen cita otros anteriores como el de 2 de marzo de 1977 (expediente 35.282) y 25 de enero de 1979 (expediente 41.930).

problema, a parte de su calificación como de prescripción o de caducidad y su aplicación a normativa específica como la tributaria. Se trata nada más ni nada menos que del inicio del cómputo o *dies a quo* para poder ejercitarse. Por tanto, parece desde una interpretación meramente literal que basta con que el acto haya sido dictado, aún cuando no haya trascendido a la esfera de conocimiento de los interesados en tal actuación. Esta solución es calificada de acertada por BELADÍEZ ROJO para quien: "No hubiera tenido sentido que el plazo comenzase a correr cuando éste fuese eficaz frente a terceros, ya que el titular de la acción es la propia Administración - sin perjuicio de que se pueda ejercer a instancia del interesado - y para ella el acto es eficaz desde que se dicta."

Cabe decir, sin embargo, que la Administración es la titular de la potestad de revisión de oficio, mientras que la acción puede ser de titularidad de la Administración o del interesado. No debe identificarse, pues, necesariamente los conceptos de potestad y de acción aun cuando ambas realidad van en ocasiones estrechamente interrelacionadas. En realidad, la potestad de revisión de oficio es uno de los cauces, junto al recurso administrativo, para que el particular ejercite la acción impugnatoria ⁷⁷⁸. A través de la misma, el interesado puede pretender no el examen directo de la validez del acto, sino que se ordene a la Administración que siga los trámites del procedimiento de revisión de oficio, resolviendo en consecuencia, salvo que la pretensión careciera claramente de un fundamento razonable ⁷⁷⁹.

De acuerdo con el art. 1.969 del Código civil el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Sería posible, en este sentido, distinguir entre la Administración y el particular en relación al inicio del cómputo. La Administración conoce la existencia de sus actos desde el momento en que los dicta y, por tanto, es lógico que respecto a las acciones que le corresponden empiecen a correr los plazos. Es más, en caso

⁷⁷⁸ Vid. la STS de 16 de diciembre de 1993 (ref. Ar. 9.747): "[...] la acción se manifiesta en ambos casos, siendo el recurso administrativo cauce para la acción impugnatoria, como lo es el art. 109 (revisión de oficio)."

⁷⁷⁹ Así se han pronunciado diversa jurisprudencia en relación al procedimiento de revisión de oficio. Tesis que consideramos extensible a la revisión de oficio de actos anulables. Vid. la STS de 7 de mayo de 1992.

de que hubiera realizado la notificación o publicación de forma defectuosa, no podría alegar los vicios por ella misma cometidos para alargar los plazos de ejercicio de la potestad. En cambio, por lo que respecta al particular interesado es lógico que no empiecen a correr los plazos hasta que no pueda ejercitar la acción. Una solución distinta atendería a los más elementales derechos de defensa, consagrados por el art. 24 de la CE. En este sentido el profesor José Antonio TREVIJANO FOS señaló que el *dies a quo* será el siguiente a aquél en que el acto adquirió eficacia, habiendo de estar para ello al juego de notificaciones, publicaciones e incluso aprobaciones ⁷⁸⁰.

En relación a cuando finaliza el plazo o *dies ad quem* se plantea si es admisible jurídicamente el mero inicio del procedimiento, sin aún haber dictado la correspondiente resolución, en el plazo de cuatro años y si éste debe ser o no notificado. La LPA de 1958 establecía en este sentido: "Que no hayan transcurridos cuatro años *desde que fueron adoptados* (la cursiva es nuestra)." Tal precepto llevó a los autores a sustentar diversas posiciones doctrinales. En este sentido algunos autores defendieron que era "suficiente el acuerdo inicial de incoacción del expediente para considerar que la revisión se produce dentro de plazo. Esta es la solución que finalmente ha acogido el legislador, pues la LRJPAC de 1992 dispone: "Que el procedimiento de revisión se inicie antes de transcurridos cuatro años *desde que fueron dictados* (la cursiva es nuestra)." En cualquier caso, parece que será exigible que el acuerdo de iniciación contenga todos los elementos precisos para ello y sea notificado a los interesados. Cuando menos "una continuidad en el expediente que demuestre seriedad y mantenida voluntad administrativa de revisar".

Realizada esta breve aproximación al tema planteado, nos remitimos a un momento ulterior de este trabajo en el cual se examinará el silencio administrativo en las potestades de revisión y revocación, concretamente en este mismo capítulo, dentro de la problemática de la validez y eficacia de los actos. Asimismo daremos cuenta, desde otra perspectiva, de la relación entre el silencio administrativo y la revisión de oficio en el capítulo cuarto, al plantearse la

⁷⁸⁰ Vid. de este autor *Los actos administrativos*, 2ª ed. actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 435.

nulidad del acto presunto y los mecanismos para su extinción. En ambos casos se pretende contextualizar esta potestad dentro de los problemas específicos que plantea el silencio.

2.5.- Potestades relativas a bienes públicos

El régimen jurídico del dominio público se rige por los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, como así ha venido a establecerlo expresamente nuestra Constitución (art. 132.1). De estas notas nos interesa fundamentalmente la de imprescriptibilidad, pues a través de la misma se impide que el transcurso del tiempo transfiera a manos particulares la propiedad de estos bienes. Por tanto, la posibilidad de adquirir a través del tiempo facultades relativas al demanio es una exigencia que deriva del propio Texto constitucional. Se acaba, de esta forma, con la posibilidad de adquirir por vía de prescripción adquisitiva determinados derechos y facultades que alguna legislación había previsto ⁷⁸¹. No obstante ello no ha sido siempre así, ya que según hemos visto el primer supuesto que conocemos del silencio positivo en las relaciones particular-Administración pública aparece precisamente en la Ley de aguas de 1866.

En la actualidad el mismo concepto de dominio público ha experimentado profundas transformaciones, especialmente en cuanto a las derivadas de la cláusula del Estado social de Derecho ⁷⁸². El régimen jurídico peculiar de los bienes de dominio público se explica no por razones meramente subjetivas, de titularidad, sino especialmente por la finalidad, el destino al cual van dirigidos estos bienes públicos. Así todo el sistema protector "va dirigido

⁷⁸¹ Debe citarse en este sentido la Ley de 1879 de aguas que permitía ganar por prescripción de veinte años los aprovechamientos de aguas públicas, posibilidad que derogó la Ley de 1985. Esta derogación viene a recoger la propuesta formulada por el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos*, Caracas, 1976, pp. 37 y 100 y GUAITA MARTORELL, Aurelio: *Derecho administrativo. Aguas, Montes, Minas*, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 159. Por su parte, aún la jurisprudencia viene reconociendo la existencia de derechos obtenidos por prescripción al amparo de esta legislación: *vid.* en este sentido a la STS de 28 de septiembre de 1993 (ref. Ar. 6.749).

⁷⁸² La proyección de la cláusula del Estado social sobre el dominio público ha sido singularmente puesta de relieve por el profesor Tomàs FONT I LLOVET: "La ordenación constitucional del dominio público" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo V (Economía y Hacienda), pp. 3.931-3.942.

rectamente a garantizar la permanencia de los bienes en su afectación al destino público señalado para cada caso, de forma que la protección de la titularidad o pertenencia pública de los bienes a que se dirige inicialmente dicho régimen, es en realidad un medio instrumental para asegurar el mantenimiento de la afectación" ⁷⁸³. Con ello no quiere decirse que la noción de titularidad haya desaparecido del concepto de dominio público ⁷⁸⁴, sino que "se mantiene como uno de los elementos esenciales de la noción constitucional de dominio público" ⁷⁸⁵.

En este contexto jurídico se dota a la Administración de una serie de potestades, las cuales no se someten como regla general a límites temporales. No obstante, como es sabido, la Administración no es únicamente titular de bienes de dominio público, sino también de bienes denominados patrimoniales, los cuales están sometidos también a un régimen jurídico público si bien de carácter más atenuado o de menor intensidad ⁷⁸⁶. El ordenamiento jurídico, según veremos, suele distinguir los efectos del transcurso del tiempo, según se trate de un tipo u otro de estos bienes.

Pueden distinguirse fundamentalmente dos tipos de potestades relativas a bienes públicos. Así, estarían aquellas que tienen como objetivo fundamental asegurar la protección de estos bienes, evitando que pasen a terceras personas o que sufran detrimentos en su integridad, mientras que pueden aludirse a aquellas otras que están orientadas fundamentalmente a regular su utilización bien para asegurar un régimen de igualdad en su utilización, bien para

⁷⁸³ Vid. FONT I LLOVET, Tomàs: *La responsabilidad por daños al dominio público* (obra inédita), concurso para la provisión de una plaza de catedrático de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1986.

⁷⁸⁴ En todo caso la idea de titularidad supone un gran avance histórico pues trae como consecuencia jurídica más relevante el excluir la posibilidad de que un particular pudiera ser titular del demanio. Vid. LÓPEZ RAMÓN, Fernando: *La conservación de la naturaleza: Los espacios públicos protegidos*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980, pp. 235-236.

⁷⁸⁵ Vid. FONT I LLOVET, Tomàs: "La ordenación constitucional..." *op. cit.* p. 3.922.

⁷⁸⁶ Como advierte la STS de 3 de diciembre de 1990 (ref. Ar. 9.715): "[...] en el terreno de sus bienes, el Derecho administrativo introduce un régimen jurídico peculiar que alcanza no sólo al dominio público sino también, aunque sea con menor intensidad, a los bienes patrimoniales."

asegurar que el uso que se realiza es compatible con la afectación o destino personal del bien.

2.5.1.- Potestades relativas a la protección de bienes públicos

2.5.1.1.- Potestades destinadas a garantizar la titularidad y posesión de bienes públicos: En especial la recuperación de oficio. La alternativa de la acción subrogatoria

La legislación al regular los bienes públicos alude a las potestades de investigación, deslinde y recuperación de oficio [art. 4.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local]. A las cuales cabría añadir la potestad de desahucio administrativo [art. 44.d) del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por RD 1.372/1986, de 13 de junio]. Tales potestades tienen en definitiva un propósito común como es la protección y defensa de los bienes cuya titularidad se atribuye a la Administración. La doctrina entiende que tales potestades constituyen, en realidad, manifestaciones del poder general de autotutela de la Administración que se ofrece en dos de sus variantes: la declarativa y la ejecutiva ⁷⁸⁷. De esta forma a través de la investigación y el deslinde, se está definiendo la situación jurídica de unos bienes a los que se declara como públicos o no. En cambio, con la recuperación y el desahucio, se está llevando en práctica la ejecución de una situación previamente declarada sin necesidad de acudir al juez, en un caso (recuperación de oficio) el particular ha perturbado indebidamente la posesión, mientras que en el otro (desahucio administrativo) es consecuencia de la extinción de derechos sobre los bienes que venía poseyendo en virtud de un título (concesión, autorización, arrendamiento, etc.). Como vemos tales potestades, están estrechamente interrelacionadas, teniendo a veces entre sí un carácter instrumental o complementario. Ello puede reflejarse claramente con el deslinde y la

⁷⁸⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I... op. cit.* pp. 489-493. Cabría entender también que en alguna de estas potestades, como es la recuperación de oficio, se estaría dando una autotutela de carácter conservativa, en cuanto "protege una situación dada, resiste a la pretensión de un tercero de alterar dicha situación, propugna, por tanto, una omisión. Vid. la p. 488 de la obra citada.

recuperación de oficio, pues el primero constituye la base o fundamento de la segunda ⁷⁸⁸. Cabe decir, según veremos a continuación, que los problemas de índole temporal se plantean esencialmente en orden a la recuperación de oficio, pero es obvio que tales límites condicionarán a otras potestades, como el deslinde, pues lo que se cuestiona es la ejecución o efectividad de lo que se ha declarado previamente.

La posibilidad de que la Administración pueda recuperar por sí misma la posesión que ha perdido sobre sus bienes o derechos está expresamente reconocida por la legislación vigente. En el caso de los bienes patrimoniales la recuperación sólo puede ejercitarse antes de que se cumpla un año, contando desde el día siguiente al del que se produjo la usurpación ⁷⁸⁹. Si transcurre dicho año, sin que se ejercite la potestad, la Administración deberá acudir a los Tribunales civiles para recuperar esos bienes. En cambio, para los bienes de dominio público no existe límite alguno de tiempo ⁷⁹⁰.

La existencia de un plazo temporal de un año viene determinada por la necesaria relación de la normativa sobre bienes públicos con la regulación general de la posesión civil. Así el art. 460 del Código civil establece que: "El poseedor puede perder su posesión: 4. Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año." Señalándose en el art. 1.968 del citado Código que: "Prescriben por el transcurso de un año: 1. La acción para recobrar o retener la posesión." Preceptos a los que hay que añadir el art. 1.653 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que al hablar "Del interdicto de retener o recobrar" se dispone que: "El Juez admitirá la demanda y acordará

⁷⁸⁸ Tal observación es válida incluso en la que ha venido a denominarse "recuperación autónoma", pues "también en este caso precede al ejercicio de la autotutela un pronunciamiento administrativo (normalmente implícito) sobre la titularidad, extensión y límites del bien que se recupera." *Vid.* MENDOZA OLIVÁN, Víctor: *El deslinde de los bienes de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 250.

⁷⁸⁹ *Vid.* el art. 70.2 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por RD 1.372/1986, de 13 de junio: "Cuando se tratase de bienes patrimoniales, el plazo para recobrarlos será de un año, a contar del día siguiente de la fecha en que se hubiere producido la usurpación, y transcurrido ese tiempo procederá la acción correspondiente ante los Tribunales ordinarios."

⁷⁹⁰ *Vid.* el art. 70.1 del Reglamento de bienes, citado en la nota anterior: "Las corporaciones locales podrán recobrar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo."

recibir la información, si aparece presentada aquélla antes de haber transcurrido un año, a contar desde el acto que la ocasione." La relación entre ambas regulaciones, la de la posesión y la del dominio público, se constata con claridad en los orígenes mismos de la facultad de la Administración de recuperar sus propios bienes. En este sentido es de interés la Real Orden de 10 de mayo de 1884, resolviendo que en el término de un año, a contar desde el acto de usurpación, puede la Administración recobrar por sí la posesión de sus bienes, pasado el cual, deberá acudir a los Tribunales ordinarios. En la Exposición de Motivos de esta norma centenaria, se encuentra la explicación:

"Considerando que, por excepción, una constante jurisprudencia, fundada en razones de interés común, concede a la Administración del Estado la facultad de recobrar por sí misma la posesión de sus bienes, con tal que la usurpación sea reciente o de fácil comprobación.

Considerando que semejante facultad, por lo mismo que consiste en restituir la posesión interina sin necesidad de acudir a los Tribunales ordinarios, sólo debe durar hasta que la usurpación alcance por el lapso del tiempo una sanción legal, y *ese límite es el término que la ley señala para que sea respetada la posesión interina, que es la de un año, con arreglo a la que dispone el art. 1.653 de la Ley de enjuiciamiento civil* (la cursiva es nuestra)."

Cabe advertir que en sus orígenes no se distinguía por lo que respecta al régimen de plazos entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales, por cuanto a ambos se aplicaba el límite máximo de un año. No obstante, en el ámbito de los bienes de dominio público se irá extendiendo progresivamente los límites temporales, que se fijan en el prescripción treintenar, como consecuencia de la aplicación de la legislación forestal ⁷⁹¹. Pero es sobre todo a consecuencia de la brillante labor realizada desde el Consejo de Estado, especialmente a

⁷⁹¹ Sobre esta evolución *vid.* MENDOZA OLIVÁN, Víctor: *El deslinde de los bienes... op. cit.* pp. 254-272.

través del Dictamen de 14 de diciembre de 1949 (consulta 5.127) que se perfilan con nitidez la distinción entre ambas situaciones:

"Por lo que hace a la potestad de autodefinition administrativa de la existencia, extensión y derechos del dominio público, la cuestión es distinta. No es trata de una simple protección posesoria que, en todo caso, tiene la Administración por su facultad de policía de la pública utilidad, la cual protección está ínsita en el mismo concepto del dominio público. No es un *ius possessionis* lo que la Administración autodefine en los actos de deslinde de bienes demaniales, sino mucho más: un *ius possidendi* dimanante no ya del simple hecho de la posesión propia, sino del derecho de una titularidad dominical material. No es así un problema interdictal, de mera ocupación posesoria, sino una cuestión de *ius vindicatio*. Se trata de una verdadera auto-reivindicación dominical en el propio sentido del art. 348 del Código civil y, por tanto, no determinada por condiciones posesorias, sino por el propio derecho material que se afirma."

Para el Consejo de Estado, cuando la Administración está gestionando sus bienes patrimoniales no goza de potestad alguna, por cuanto tales bienes están dentro del comercio jurídico común:

"[...] en la gestión del dominio público, por ende, la Administración interviene con su cortejo de prerrogativas y, entre ellas, la esencial de la ejecutoriedad de sus decisiones resolutorias, de la "declaración previa" a todo conocimiento judicial. No es el caso de la gestión administrativa respecto de los bienes patrimoniales que, en cuanto a tales y como no interesantes a la utilidad pública institucionalmente (aunque sí lo sean, por modo indirecto, económicamente), están al nivel de los bienes propios de los súbditos y, por ende, en el comercio jurídico común."

Estas conclusiones fueron recogidas sustancialmente por el Reglamento de bienes de las Entidades locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, en el cual se dispuso expresamente la posibilidad de recuperar los bienes de dominio público "en cualquier tiempo", conservando el plazo de un año para los patrimoniales. Asimismo tales planteamientos son retomados por la doctrina, que pone de relieve la singularidad de las potestades sobre el dominio público frente a las facultades de carácter meramente posesorio. Así el profesor CLAVERO ARÉVALO señaló que el art. 460.3 del Código civil establece que el poseedor puede perder su posesión sobre la cosa "por quedar ésta fuera del comercio". Por lo que "nunca puede empezar jurídicamente una posesión sobre un bien que ya está anteriormente fuera del mismo comercio" ⁷⁹². Es, por tanto, las propias características del dominio público del cual se predica su extracomercialidad que justifican la atemporalidad del ejercicio de las potestades de conservación y defensa de los bienes públicos. Por ello se ha señalado que "la recuperación de oficio sin límite temporal no es realmente un interdicto administrativo, sino un ejercicio de la compulsión física sobre las personas al que puede remitirse en base al art. 108 LPA, ya que la conducta que se reprime es la obligación personalísima de no hacer un uso del Demanio que está prohibido" ⁷⁹³. No obstante tales consideraciones, la jurisprudencia utiliza la expresión *interdictum proprium*, tanto para referirse a las potestades sobre bienes públicos, como a las facultades posesorias sobre bienes patrimoniales ⁷⁹⁴. Cabe decir, con todo, que el significado originario de la palabra

⁷⁹² Vid. de este autor "La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales" en *RAP* 16, enero-abril 1955, p. 129.

⁷⁹³ Vid. PAREJO GAMIR, Roberto; RODRÍGUEZ OLIVER, José María: *Lecciones de dominio público*, Ed. Instituto católico de artes e industrias, Madrid, 1976, p. 39.

⁷⁹⁴ Vid. a título de ejemplo la STS de 5 de julio de 1991 (ref. Ar. 5.792): "El llamado *interdictum proprium*, esto es, la facultad que la Administración tiene de recuperar por sí misma sus propios bienes, tanto patrimoniales como de dominio público, está sujeta a límites estrictos más allá de los cuales la Administración está obligada a acudir a los Tribunales como cualquier particular para ejercitar la acción reivindicatoria que reconoce a todo propietario el artículo 348 del Código civil según reiterada doctrina del Tribunal Supremo [...]." Asimismo vid. la STS de 12 de febrero de 1986 (ref. Ar. 1.435): "Que al instrumento que pueden y deben servirse las citadas corporaciones (las locales), así como la Administración pública en general en el ejercicio de esta defensa, se le ha llamado entre los juristas y pasado a la jurisprudencia, desde un dictamen del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1949, *interdictum proprium*, en cuanto implica una actuación de protección posesoria, no judicial, sino administrativa, protección que se refiere al *ius possessionis* correspondiente a la realidad fáctica del dominio público [...]."

interdictum en el Derecho romano era un orden sumaria que el magistrado dictaba en virtud de su *imperium* y no de su *iurisdictio* ⁷⁹⁵.

En definitiva, tal y como se ha señalado, "la jurisprudencia no distingue, salvo en lo relativo al plazo de ejercicio, esta potestad demanial (la recuperación de oficio) de la relativa a la recuperación de los bienes patrimoniales" ⁷⁹⁶. Quizás la causa de ello deba encontrarse en la relativización, cada vez más presente, de la distinción entre bienes de dominio público y bienes patrimoniales de la Administración ⁷⁹⁷. La presencia de un interés público, si bien en diferente intensidad, justifica la existencia de un régimen jurídico exorbitante, con potestades que si bien son comunes para ambos bienes presentan ciertas diferencias ⁷⁹⁸. No estaríamos tanto, ante una situación posicional privilegiada de la Administración respecto de los particulares, sino ante la atribución a un sujeto público, la Administración, de una potestades para la protección de los bienes cuya titularidad tiene encomendada para la satisfacción de diversos intereses públicos, intereses que en unos casos justifican una

⁷⁹⁵ Así lo ponen de relieve OLIVA SANTOS, Andrés de la; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel: *Derecho procesal civil IV. Los procesos especiales*, Ed. CERA, Madrid, 1994, p. 325. Estos autores advierten la impropiedad del término interdicto respecto a un proceso jurisdiccional. Es más, señalan que: "Se trataba, pues, según nuestros actuales esquemas, más bien de una medida administrativa o de policía, consistente en la orden dirigida a una persona. Si ésta cumplía lo ordenado, la medida resultaba eficaz en su finalidad protectora del estado de cosas amenazado o perturbado. En caso contrario, había que acudir al que hoy consideraríamos verdadero proceso (el proceso o procedimiento *ex interdicto*)."

⁷⁹⁶ Vid. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: *Dominio público*, Ed. Trivium, 1992, p. 149.

⁷⁹⁷ Así el profesor Aurelio GUAITA MARTORELL señaló que "[...] la aludida dicotomía, con no haber estado completamente clara, cada vez está en mayor crisis, y la razón es que la Administración siempre es pública, por lo que "administrativiza" y "publifica" cuanto toca, y aun en los bienes patrimoniales, nunca es un propietario corriente o particular, siempre tiene sobre ellos potestades jurídico-públicas." Vid. el "Prólogo" a MENDOZA OLIVÁN, Víctor: *El deslinde de los bienes de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 18.

⁷⁹⁸ Así la STS de 8 de febrero de 1990 (ref. Ar. 1.003) al señalar la pluralidad de razones que justifican este régimen exorbitante señala precisamente la existencia del interés público. Así nos dice que: "[...] ocurre sin embargo que, en ciertos casos de expedición, como el deslinde de bienes, recuperación de su posesión, etc., cuestiones que conforme a aquel principio general son de la competencia de la Jurisdicción ordinaria, están atribuidas facultativa y provisionalmente a la Administración, y ello por varias razones: *finés de interés público e inaplazable que esos bienes están llamados a cumplir*; imposibilidad de las referidas Administraciones, por razón de su propia naturaleza, para llevar un control preciso sobre sus bienes y derechos con la exactitud y precisión de un particular, lo que aumenta el peligro de su despojo; situación tradicional de prevalencia, justificada o no, reconocida a la Administración para la defensa de sus bienes, etc. (la cursiva es nuestra)."

protección más intensa (dominio público) mientras que en otros más atenuada (bienes patrimoniales).

La fijación un año para el ejercicio del reintegro posesorio es un plazo de caducidad, dentro del cual habrá de notificarse el acuerdo resolutorio en el que se ordene el cese de la perturbación del estado posesorio del bien ⁷⁹⁹. No bastará, por tanto, con la mera iniciación del procedimiento en el que debe darse audiencia al interesado, al no haberse previsto tal supuesto por nuestro ordenamiento como una forma de suspensión del plazo ⁸⁰⁰. Podría pensarse, sin embargo, que tal posición parece contradecir el mismo tenor de la Ley, pues como ya hemos tenido oportunidad de mencionar el art. 1.968 del Código civil establece que prescribirá en el plazo de un año la acción para recobrar o retener la posesión ⁸⁰¹. En

⁷⁹⁹ En este sentido *vid.* el art. 147.2 del Reglamento de patrimonio de las entidades locales de Cataluña, aprobado por Decreto 336/1988, de 17 de octubre: "Igualmente, pueden recuperar los bienes patrimoniales en un año, a contar a partir del día siguiente a la fecha en la que se ha producido la usurpación, y es suficiente durante este plazo haber notificado el acuerdo resolutorio, que contendrá la orden al perturbador o usurpador para que cese en su actuación, conminándolo a que deje a la libre disposición del ente el bien ocupado. Transcurrido este período sólo pueden hacerlo acudiendo a la jurisdicción ordinaria.

⁸⁰⁰ Según el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 10 de abril de 1958, de competencia entre Gobernador civil y Juez de primera instancia (ref. Ar. 1.376): "[...] habiéndose de notarse que el año señalado en el artículo 404 (de la Ley de régimen local de 1955) sólo es de caducidad, para recobrar por sí misma la posesión de sus bienes, sino que se refiere también al plazo que el detentador de los bienes en cuestión tiene para consolidar la suya; de donde se infiere que si tal tiempo ha transcurrido de hecho y, por ello, el poseedor ha llegado a consolidar su posesión, la Administración no puede ya privarle de ella por el procedimiento ejecutivo descrito en el citado artículo de un año; sin que obste a esta consideración el que en tanto estaba transcurriendo el citado plazo de un año, la Corporación municipal adoptó acuerdos de cuya ejecución habría de derivarse la pérdida de la posesión de quien entonces estaba ganándola pues los acuerdos en sí mismo considerados, y en tanto no se ejecuten por la Administración, carecen de virtualidad suficiente para interrumpir la posesión de quien en aquel momento se encuentra consolidándola; de donde se infiere la inaplicación al presente caso de lo dispuesto en el citado artículo 404." Doctrina ratificada más recientemente por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 1985, de cuestión de competencia entre Gobierno civil y Juzgado de primera instancia (ref. Ar. 1.564). En sentido distinto se pronuncia el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ para quien: "Parece, sin embargo, suficiente que se hubiese incoado el procedimiento cuyo objeto fuese recuperar la posesión, siempre que se hubiese notificado al particular frente al que se dirige el acto administrativo dictado en tal sentido." *Vid.* de este autor *Régimen jurídico de la Administración local*, Ed. Abella, Madrid, 1985, p. 291. De este parecer también es el profesor Fernando SAINZ MORENO: "Bienes de las entidades locales" en MUÑOZ MACHADO, Santiago (Ed.): *Tratado de Derecho municipal*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 1.630.

⁸⁰¹ Esta parece además la solución adoptada por nuestro Derecho histórico. Así según la Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo de 26 de noviembre de 1890, la denuncia de la usurpación, antes de haber transcurrido un año y un día de la misma, interrumpe el plazo de prescripción de la posesión, y, por tanto, el

realidad la existencia de un plazo de caducidad y no de prescripción viene dada tanto por la asimilación de la facultad posesoria de recuperar bienes patrimoniales con el interdicto procesal de retener y recobrar, tanto si se considera una potestad administrativa ⁸⁰². Cabe señalar, respecto a su similitud con el interdicto, que los autores que han examinado esta cuestión desde la perspectiva del Derecho civil y de su Derecho procesal, entienden mayoritariamente que la acción interdictal está sometida a plazos de caducidad, si bien discrepan en la posibilidad de que exista un plazo de prescripción respecto a eventuales acciones posesorias ejercitables en un proceso ordinario ⁸⁰³. Por este motivo, la facultad de la Administración de recuperar de oficio sus bienes patrimoniales, al asimilarse al interdicto, deberá ejercitarla en el plazo perentorio de un año ⁸⁰⁴. Otra cosa será que la Administración pueda plantear en un proceso ordinario una acción posesoria, la cual parece que estaría sometida a plazo de prescripción. Por lo que respecta a su consideración de potestad administrativa, debe advertirse que en el caso de los bienes patrimoniales no existe un interés público tan intenso que justifique la atemporalidad de su ejercicio, sino que es precisamente la misma situación del tráfico jurídico, al cual está sometido el bien, que exige evitar situaciones de incerteza prolongada, requiriéndose que las mismas sean resueltas con la mayor prontitud posible. Se evita, de esta forma, a través de los plazos de caducidad que un bien *intra commercium* quede expuesto indefinidamente a una recuperación extemporánea de la Administración pública.

acuerdo municipal adoptado después de transcurrido dicho término y como consecuencia de la denuncia, tiene la eficacia bastante para restablecer el estado constituido antes de la perturbación.

⁸⁰² Recordemos que el Consejo de Estado parecía negar el carácter de potestad a la recuperación de oficio de bienes patrimoniales, a diferencia de lo que sucede respecto al dominio público.

⁸⁰³ Una exposición de las principales posiciones puede encontrarse en Manuel ALBALADEJO GARCÍA: "El plazo de la acción para recobrar la posesión ¿es de prescripción o de caducidad? en *Revista de Derecho privado* 1990, pp. 551 y ss; así como "Artículo 1.968, apartado 1º" en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Ed. Edersa, Madrid, 1994, pp. 379-395.

⁸⁰⁴ Vid. SALA I BONASTRA, Sebastià: *Els béns patrimonials dels ens locals*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, p. 291. En esta obra se distingue entre el plazo establecido entre el art. 1.968 del Código civil que se considera de prescripción y el art. 82.a) de la Ley 7/1985 que se entiende como de caducidad. En sentido similar se pronuncia Luis CHACÓN ORTEGA: *Bienes, derechos y acciones de las entidades locales*, Ed. Bayer hnos., Barcelona 1989, p. 373. Para este autor se trata de "un plazo improrrogable, imperativo, de manera que una vez transcurrido el año se incurre en caducidad."

En el caso que exista una situación de incertidumbre en los confines de dos o más fincas limítrofes o que se acredite la usurpación de un bien público, debe advertirse que las potestades, de deslinde y recuperación de oficio, atribuidas a la Administración no tiene carácter discrecional en cuanto a su realización, sino que, según viene señalando la legislación y la jurisprudencia, existe la obligación de su ejercicio ⁸⁰⁵. En realidad, cuando se advierte que la Administración "podrá" recuperar de oficio sus bienes, no lo hace en el sentido de establecer una potestad de carácter discrecional, sino en cuanto la existencia de un plazo respecto a los bienes patrimoniales posibilita realizar dentro de este plazo la recuperación por la propia Administración o bien transcurrido el mismo acudir a la jurisdicción civil ⁸⁰⁶. El pretendido carácter facultativo de tales potestades, no puede en ningún caso basarse en la existencia de una acción subrogatoria de los vecinos o administrados. El art. 68 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en el que se regula tal acción, advierte de entrada que las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.

La acción subrogatoria supone un mecanismo que viene a compensar los efectos que causa en el interés público y en el de la colectividad de los ciudadanos, el transcurso del tiempo sin ejercitarse las potestades y acciones que la Administración tiene sobre sus bienes. No por ello se trata de una acción popular, sino de una sustitución procesal, tal como lo ha advertido

⁸⁰⁵ Con respecto al deslinde *vid.* la STS de 14 de diciembre de 1974 (ref. Ar. 5.135) que trataba sobre la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de deslinde que instaban unos particulares. En este sentido se advierte que: "[...] la práctica del deslinde, que en tal caso no constituye facultad discrecional sino obligación municipal frente a sus administrados."

⁸⁰⁶ Según la STS de 6 de junio de 1990 (ref. Ar. 4.813): "en dicho artículo (art. 8 de la Ley de patrimonio del Estado), al declararse que: "La Administración podrá recuperar por sí la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos del Patrimonio [...]" emplea ese término (podrá) no como sinónimo de poder optativo, potestativo o discrecional, sino como poder limitado en su ejercicio a un período determinado de tiempo (un año), puesto que ese "podrá" lo supedita a que se ejercite "[...] antes de que se cumpla un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación." Ya que, a continuación, en el mismo artículo se ordena que "Transcurrido dicho plazo, la Administración deberá acudir a los Tribunales ordinarios ejercitando la acción correspondiente." Plazo que no cuenta en la defensa de los bienes de dominio público, cualquiera que sea la Administración titular de los mismos, ya que, como es sabido, una de sus principales características es la de su imprescriptibilidad."

nítidamente la jurisprudencia ⁸⁰⁷. Algún autor ha señalado por ello que esta acción vecinal estaría a medio camino entre la legitimación *strictu sensu* y la acción popular ⁸⁰⁸. Nótese que el vecino actúa en nombre propio y no de la entidad local, por lo que debe descartarse el instituto de la representación para caracterizar a este mecanismo procesal ⁸⁰⁹. Ello plantea la cuestión de si la Administración ha perdido sus facultades procesales, una vez se ha producido la sustitución. Cabe entender que ello no impide su participación en el pleito si decide personarse, pero ello no supone un menoscabo de las facultades que ha adquirido el vecino, pues está defendiendo un interés propio, si bien el mismo se integra en un interés general al cual había de haber servido la entidad local.

Los requisitos exigibles para ejercer la denominada acción subrogatoria, establecidos por la legislación vigente, son esencialmente de carácter subjetivo y procedimental. De carácter subjetivo por cuanto se alude a "cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos". Situación en la cual también se ha incluido a los extranjeros domiciliados, al extenderse a ellos también los derechos y deberes propios de los vecinos ⁸¹⁰. En cuanto a los requisitos procedimentales, la actual legislación prevé un requerimiento a la entidad interesada, del cual se dará cuenta a todos aquellos que pudieran resultar afectados por el ejercicio de la acción. En el caso que la entidad local no acordara el ejercicio de la acción que quiere solicitarse, el vecino solicitante podrá ejercerla en nombre e interés de la entidad local. Debe advertirse que se ha suprimido de tales requisitos la

⁸⁰⁷ De acuerdo con la STS de 26 de abril de 1966: "[...] no constituye una verdadera acción popular o pública, sino una sustitución procesal, por virtud de la cual los vecinos solamente pueden hacer valer las pretensiones que podría hacer valer el propio Ayuntamiento, y con los mismos supuestos, plazo y condiciones que a éste se exigieran, más las que deben cumplir los vecinos que les sustituyan."

⁸⁰⁸ Vid. SALA I BONASTRA, Sebastià: *Els béns patrimonials...* op. cit. p. 244.

⁸⁰⁹ Vid. MORELL OCAÑA, Luis: "La inactividad de la Administración..." op. cit. p. 72. También de este mismo autor: *El régimen local español*, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 415.

⁸¹⁰ Vid. MOLTÓ I DARNER, Josep Maria: "Problemática de la acción subrogatoria vecinal" en AA.VV.: *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XIX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Ed. Complutense, Madrid, 1992, p. 1.083.

intervención del Gobernador civil, según demandaba la doctrina más autorizada ⁸¹¹, ello pese a la oposición formulada por alguna Comunidad autónoma que pretendía asumir tal competencia ⁸¹². De igual forma, se han reducido sustancialmente los plazos para que en caso de inactividad, los vecinos quedan facultados para ejercitar la acción ante la jurisdicción ordinaria. En este sentido un exceso de plazos y trámites procedimentales ante la Administración, para llevar a cabo acciones de carácter subrogatorio, puede desincentivar a aquellos que se pretendieran ejercitarlas. La realidad práctica demuestra con todo el escaso éxito de esta acción, tanto por el número de pleitos que se suscitan a través de esta fórmula, como por la escasez de supuestos en que se llegan a resultados satisfactorios para el sufrido litigante. A ello cabe añadir que si bien se establece el derecho del actor a ser reembolsado por los gastos procesales, en caso de que prospere la acción, no se prevé ningún tipo de recompensas o premios que pudieran incentivarle a embarcarse en un pleito de tales características ⁸¹³.

2.5.1.2.- Potestades destinadas a la reparación de los daños ocasionados a los bienes públicos

La potestad de exigir la responsabilidad por daños ha venido tradicionalmente vinculada con la potestad sancionadora. Esta vinculación trae causa en razones de carácter histórico, por

⁸¹¹ *Vid.* SAINZ MORENO, Fernando: "Ejercicio subrogatorio de una acción reivindicatoria de bienes de dominio público realizado en nombre y en interés de una entidad local (Sentencia de 27 de diciembre de 1974. Ponente: Beltrán de Heredia)" en *REDA* 5, abril-junio 1975, pp. 260-267.

⁸¹² *Vid.* la STC 214/1989, de 21 de diciembre de 1989, resolviendo unos recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. En el FJ 23 se señala que: "[...] ninguna vulneración del ámbito competencial se ha producido, por cuanto que el art. 68.3 de la LBRL ha venido a derogar el art. 371.1 de la Ley de régimen local de 1955 que preveía también esa subrogación de los vecinos en el ejercicio de la acción pero "siempre que lo autorice el Gobernador civil, oído el Abogado del Estado." Fue esa facultad autorizatoria la que, en efecto, asumió Galicia en virtud de la transferencia efectuada por el referido Real Decreto 3.037/1982 [...], si bien tal transferencia en nada puede condicionar la modificación que, con el carácter de norma básica, ha incorporado el art. 68.3 de la LBRL. Eliminada, pues, la necesidad de autorización previa para el ejercicio de la acción, mal puede reivindicar para sí tal potestad la Comunidad Autónoma, sin que con ello, quede afectada ilegítimamente su competencia en materia de régimen local."

⁸¹³ Tal omisión no "parece justificada ni congruente", según SAINZ MORENO, quien propugna corregir esta situación "por la vía de la equidad y de la igualdad". *Vid.* de este autor "Bienes de las entidades..." *op. cit.* p. 1.617, nota 37.

cuanto ambas surgen como manifestaciones de la policía administrativa. En sus orígenes, por tanto, el contenido de lo que hoy denominaríamos potestad sancionadora ofrecía en el ámbito demanial un significado característico: "No se persigue únicamente la represión, ni siquiera primordialmente, sino que se pretende antes que nada obtener la reparación de los daños causados a los bienes públicos" ⁸¹⁴. Esta vinculación explica el por qué la potestad de exigir la responsabilidad, pese a sus características materialmente jurisdiccionales, se residenció al igual que la potestad sancionadora en manos de la Administración pública. La legislación si bien en sus inicios distinguió claramente el régimen de prescripción para ambos tipos de responsabilidades ⁸¹⁵, fue progresivamente condicionando la existencia de la responsabilidad por daños a la prescripción en la imposición de sanciones ⁸¹⁶. Sin embargo, últimamente se ha vuelto a la concepción originaria, diferenciándose nítidamente ambos tipos de potestades. Así, recientemente, la jurisprudencia ha declarado la procedencia de la

⁸¹⁴ *Vid.* FONT I LLOVET, Tomàs: "La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo..." *op. cit.* p. 80.

⁸¹⁵ *Vid.* el RD de 8 de mayo de 1884, aprobando la reforma de la legislación penal de Montes, establecida por las Ordenanzas de 22 de diciembre de 1883. En el art. 19 de esta disposición se señalaba que: "Las multas impuestas prescriben al año". Por su parte, el art. 20 establecía que: "La responsabilidad civil de reparar los daños e indemnizar los perjuicios se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas de Derecho civil". La Sentencia del Tribunal de lo contencioso-administrativo de 28 de noviembre de 1892, en aplicación de este precepto señaló que: "Considerando: que la prescripción establecida en el precitado artículo se refiere únicamente a la parte penal de la falta, o sea a la multa que como castigo debe imponerse al actor o a los actores de las mismas, toda vez que conforme a lo dispuesto en el art. 20 del expresado Real decreto, la responsabilidad civil de reparar los daños e indemnizar los perjuicios, se extingue del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del derecho civil; doctrina conforme, por otra parte, con los principios generales de derecho, y con lo establecido por el Código penal, respecto a la prescripción de los delitos y faltas en sus arts. 134 y 135."

⁸¹⁶ Tal circunstancia se advierte con la modificación de la legislación en materia de montes citada en la nota anterior. Pues, si bien se mantiene la remisión en materia de prescripción a las reglas del Derecho civil en el art. 475 del Reglamento de montes, aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero, que reproduce el artículo al que sustituía, se añade un segundo apartado en el cual se advierte que: "Sin embargo, dicha obligación no podrá ser exigida por la Administración forestal cuando ésta, por razón de prescripción o por cualquier otra, no haya sancionado la infracción cometida." Este precepto viene siendo aplicado por la jurisprudencia, tal y como lo demuestra la STS de 21 de junio de 1985 (ref. Ar. 3.255): "Que de acuerdo con el artículo 475.2 del mismo Reglamento, la prescripción de la supuesta infracción impide que puedan declararse la procedencia de exigir la indemnización de los daños y perjuicios supuestamente causados; declaración que por tanto también debe quedar sin efecto, sin perjuicio de lo que, en su caso, pudiera ser procedente en otra clase de procedimiento."

indemnización, aún habiéndose extinguido la responsabilidad sancionadora por prescripción⁸¹⁷. Ello no es óbice, por ejemplo, a que determinados procedimientos sancionadores, en la actualidad, incluyan en su tramitación la problemática de la responsabilidad por daños⁸¹⁸, tal y como sucede en el proceso penal⁸¹⁹, en orden a criterios de economía procesal.

Una vez establecida la necesaria distinción entre responsabilidad sancionadora y por daños, debe determinarse si existe para esta última un único régimen de prescripción. Para ello es necesario distinguir en la responsabilidad por daños a bienes públicos diversos tipos de acciones. Así podemos acudir, como punto de referencia, a la regulación de la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas que, según el Código penal (art. 110), comprende: 1º la restitución; 2º la reparación del daño; y 3º la indemnización de perjuicios materiales y morales. La restitución no persigue la reparación o el resarcimiento de un daño, sino reintegrar o restaurar la situación alterada a su estado original. Se trata, en definitiva, de dejar las cosas como estaban antes de producirse el daño, recuperando el *statu quo* original. Así algún autor ha venido a equiparar la diferencia entre restitución y resarcimiento a la existente en el ámbito contractual entre la acción destinada a obtener la prestación pactada y la de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual⁸²⁰. En

⁸¹⁷ Según la STS de 7 de abril de 1989 (ref. Ar. 3.158): "Lo expuesto no quiere decir que las obras de perforación del pozo se conviertan en lícitas por el transcurso del plazo prescriptivo de la infracción, pues como no autorizadas continúan siendo ilegales, como ilegales continúan siendo por ejemplo, las obras que modifiquen el curso de las aguas públicas, la derivación de aguas de tal naturaleza de sus cauces, el riego no autorizado o cualesquiera otras de las contravenciones tipificadas en el artículo 30 del repetido Reglamento aun después del transcurso del indicado plazo, aunque su transcurso extinga la facultad sancionadora de la Administración. En consecuencia y con independencia de la prescripción de la infracción, los infractores deben reponer las cosas a su estado primitivo, como establece el art. 34 de la misma normativa, sin perjuicio de su posible legalización por aplicación del Reglamento de 14 de enero de 1965 [...]."

⁸¹⁸ Vid. por ejemplo el Decreto catalán 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalidad. Así en el contenido del pliego de cargos (art. 10), de la propuesta de resolución (art. 13) y de la resolución (art. 15), se hará referencia, en el caso que proceda, a la eventual indemnización por los daños y perjuicios causados y a la reposición de la situación alterada a su estado original (este último aspecto es mencionado exclusivamente al hablar del contenido de la resolución).

⁸¹⁹ Así el art. 745 de la vigente Ley de enjuiciamiento criminal de 1882, al hablar del contenido de la sentencia.

⁸²⁰ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: "La acción civil del delito" en *Revista de Derecho privado* 384, marzo 1949, p. 204.

realidad, la acción de restitución vendría a equipararse a una acción reivindicatoria, en la cual se pretende la recuperación del objeto sustraído. Por su parte, el resarcimiento constituye una acción de carácter secundario que sustituye o se añade a la de restitución ⁸²¹. Cabe decir que la doctrina mayoritaria viene a identificar reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales, calificándose de "estériles" las polémicas suscitadas en torno a la significación de ambos términos ⁸²².

La diferencia entre acción de restitución y acción de resarcimiento es relevante por las consecuencias prácticas que de ello se derivan. Así se ha advertido que la de resarcimiento exige la culpabilidad del sujeto que ha causado el daño, mientras que la restitución viene a prescindir por completo de este requisito. Pero, sobre todo, y a los efectos que a nosotros nos interesan están sometidas a regímenes de prescripción diferentes. Desde esta perspectiva está claro, que la acción de restitución no queda sometida al plazo de un año que el art. 1.968 del Código civil establece para las acciones de responsabilidad derivadas de la culpa o negligencia que se trata en el art. 1.902 del mismo Código.

Debe añadirse, además, que el plazo de un año establecido en la legislación civil para la responsabilidad extracontractual parece insuficiente para asegurar la integridad del dominio público en su utilización ⁸²³. Es necesario, por tanto, que la legislación establezca una

⁸²¹ En el ámbito de la responsabilidad por daños al dominio público, la legislación ha señalado este carácter secundario del resarcimiento de daños respecto a la restitución. *Vid.* en este sentido el art. 325 del Reglamento del dominio público hidráulico: "Cuando no puedan las cosas ser repuestas a su estado anterior y, en todo caso, cuando como consecuencia de una infracción prevista en este Reglamento subsistan daños para el dominio público, el infractor vendrá obligado, además, de al pago de la multa correspondiente, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados."

⁸²² *Vid.* FONT SERRA, Eduardo: *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Ed. La Ley, Madrid, 1991, p. 51.

⁸²³ *Vid.* BLASCO ESTEVE, Avelino: "Medio ambiente y responsabilidad" en ESTEVE PARDO, José (Ed.): *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 647. Por su parte, parecen mostrarse partidarios de su aplicación, o al menos no cuestionan la aplicación de este plazo, María Isabel GONZÁLEZ CANO: "La exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la infracción administrativa: exclusividad jurisdiccional y autotutela de la Administración" en *REDA* 85, enero-marzo 1995, p. 60; y Francisco del RÍO MUÑOZ "La Responsabilidad Civil en los procedimientos Sancionadores Administrativos" en *RAAP* 1995, p. 17.

regulación *ad hoc* sobre la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad de los bienes de dominio público, ya sea con carácter general ya sea al regular el tipo concreto de bien. Tal regulación puede ir encontrándose en determinados ámbitos demaniales. Así en algún caso se ha establecido la imprescriptibilidad de la acción de restitución ⁸²⁴, mientras que en otros casos la ha fijado en el plazo de quince años sin distinguirla de la acción de resarcimiento ⁸²⁵.

Las propias características del régimen jurídico del dominio público, entre las que se encuentra la de su inalienabilidad, justificarían el hecho que la legislación hablara de imprescriptibilidad al referirse a la acción de restitución ⁸²⁶. En cambio, parece que la acción de resarcimiento en cuanto no persigue directamente la restitución de los bienes públicos, sino una mera compensación por su pérdida, debería quedar sometida a un régimen de prescriptibilidad, si bien puede discutirse cual debe ser el plazo del mismo. En principio parece que debería aplicarse el citado plazo un año establecido por el 1.968 del Código civil para la responsabilidad extracontractual. No obstante, quizás pudiera pensarse en la aplicación del régimen de prescripción que establece la Ley general presupuestaria para los derechos económicos de la Hacienda pública. Debe advertirse que no estamos ante una mera obligación extracontractual de derecho privado, sino ante una derecho de la Hacienda pública

⁸²⁴ El art. 92 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, establece que: "El plazo de prescripción de las infracciones será de cuatro años para las graves y un año para las leves, a partir de su total consumación. No obstante, se exigirá la restitución y su reposición a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido." *Vid.* en el mismo sentido el art. 48 de la Ley gallega 4/1994, de 14 de septiembre, de carreteras y el art. 48 de la Ley madrileña 3/1991, de 7 de marzo.

⁸²⁵ El art. 327 del Reglamento del dominio público hidráulico, aprobado por RD 849/1986, de 11 de abril, dispone que: "La acción para sancionar las infracciones previstas en este reglamento prescribirá a los dos meses. La obligación de reponer las cosas a su estado primitivo o de reparar los daños causados al dominio público prescribirá a los quince años." Cabe decir, sin embargo, que este precepto en la redacción originaria formulada en el correspondiente Anteproyecto señalaba que: "[...] no prescribirá, en ningún caso, la obligación de reponer o de reparar los daños causados al dominio público."

⁸²⁶ En este sentido *vid.* la STS de 17 de mayo de 1990 (ref. Ar. 4.388): "Del mismo modo son acertados los razonamientos acerca de la imprescriptibilidad de la obligación de restablecimiento del cauce a su estado primitivo, dado el carácter imprescriptible de los bienes de dominio público." *Vid.* también la STS de 24 de enero de 1991 (ref. Ar. 336).

no tributario ⁸²⁷ surgido de una obligación sometida al Derecho administrativo y exigible por la propia Administración. En este sentido, cabe aludir además que la legislación regula la responsabilidad con daños al dominio público junto a los derechos de la Hacienda pública de carácter tributario ⁸²⁸. Si bien esta responsabilidad no tiene carácter tributario, sí que puede generar un crédito de Derecho público, susceptible de aplicársele el plazo de cinco años establecido al efecto por la Ley general presupuestaria.

2.5.2.- Potestades relativas a la utilización de bienes públicos

La Administración al ostentar la titularidad de los bienes de dominio público no sólo se limita a ejercitar potestades de carácter protector, sino también otras dirigidas a regular la utilización de estos bienes por los particulares. Ciertamente es que la Administración puede utilizar directamente estos bienes a través de las denominadas reservas demaniales, o bien a través de la prestación de determinados servicios públicos. Cabe decir, sin embargo, que la mayor problemática se plantea en torno a la utilización de estos bienes por los particulares y, por tanto, en ella nos centraremos ahora en este trabajo.

La regulación de los diversos usos de los bienes de dominio público está establecida, con cierto carácter de modelo o paradigma, por el Reglamento de bienes de las corporaciones locales, aprobado por RD 1.372/1986, de 13 de junio ⁸²⁹. Existen en esta regulación, que suelen seguir normalmente la legislación de los diversos bienes públicos, dos grandes tipos de clasificaciones: a) los usos normales y anormales; b) los usos comunes (generales y especiales) y los usos privativos. Los efectos o consecuencias jurídicas más importantes de

⁸²⁷ El art. 59.2 del Reglamento general de recaudación, aprobado por RD 1.684/1990, de 20 de diciembre, establece que el "plazo de prescripción de las deudas de derecho público no tributarias se regirá por lo que dispongan las normas con arreglo a las cuales se determinaron y, en defecto de éstas, la Ley General Presupuestaria."

⁸²⁸ *Vid.* el art. 25.3 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios público. Así como para las Administraciones locales el art. 46 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales.

⁸²⁹ En realidad se viene a asumir básicamente el modelo establecido por el Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955.

esta clasificación es que los usos anormales y los privativos están sometidos a su realización mediante concesiones administrativas, técnica en que las potestades administrativas son más intensas. En cambio, los usos comunes especiales están sometidos a autorización administrativa, quedando por último los usos comunes generales no sometidos a ningún tipo de limitación.

Tal clasificación ha sido generalmente admitida por la doctrina científica de una forma acrítica. No obstante, puede apreciarse claramente como determinados tipos de usos que de acuerdo con la clasificación del Reglamento de bienes serían de uso común especial, en realidad se aproximan extraordinariamente al uso privativo. Quizás por ello sería más útil acudir a la dicotomía entre uso común y uso privativo. La distinción entre los diversos usos de los bienes demaniales no debe girar en los títulos que habilitan dicha utilización, sino en la limitación del número de usuarios que puede ser total o parcial y en el cambio de destinación o afectación del bien.

Cabe decir que los efectos del transcurso del tiempo en el ámbito de la utilización del dominio público no se plantea tanto como una forma de pérdida o límite al ejercicio del poder administrativo, sino esencialmente como una limitación de los derechos y facultades que obtiene el particular para el uso de estos bienes. Tal limitación puede venir fundamentalmente en dos momentos diferenciados: uno en cuanto se impide que el particular por el mero transcurso del tiempo llegue a obtener facultades relativas al dominio público y otro una vez ha obtenido un título para la utilización del demanio (autorización o concesión) abandone el bien o lo deje sin utilizar durante un período de tiempo. En este último caso, se plantea la problemática de la caducidad de las autorizaciones y concesiones, cuyo examen escapa de los límites que nos hemos impuesto en este trabajo. De cualquier modo, pueden realizarse algunas observaciones que nos permitan contrastar la caducidad como límite al ejercicio de potestades administrativas y como límite al ejercicio de derechos de particulares, viendo algunas de las diferencias existentes entre ambas figuras.

De entrada hay que poner de relieve que al hablar de caducidad de concesiones y

autorizaciones, no sólo se alude a los efectos del transcurso del tiempo. En efecto, los textos positivos suelen encuadrar dentro de este concepto, entre otras, situaciones tan dispares como: a) el incumplimiento por el concesionario de las condiciones fijadas legalmente ⁸³⁰ o a través de la propia concesión ⁸³¹; b) la llegada del término fijado para el uso y disfrute de la concesión ⁸³²; c) la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento por el concesionario; d) la renuncia voluntaria del concesionario aceptada por la Administración ⁸³³; e) la falta de pago de determinados impuestos ⁸³⁴. Todos estos supuestos no coinciden con el concepto clásico de caducidad, forjado en el Derecho civil, y que hace referencia a la extinción de facultades de carácter constitutivo por el mero transcurso del tiempo.

Como explica meridianamente el autor y tratadista Fernando ALBI CHOLBI, recogiendo cierta jurisprudencia, existe un concepto amplio de caducidad según el cual esta palabra vendría a significar algo que se ha extinguido. A partir de aquí se observan dos grandes acepciones: una que recae sobre derechos y obligaciones que perdieron su existencia legal porque no pudieron ser ejercitadas en plazos las acciones dirigidas a lograr su efectividad; y otra según la cual vale para el contratante como pérdida de uno o de todos los derechos del contrato, pero sin quedar liberados de sus obligaciones ⁸³⁵. Esta concepción amplia que identifica caducidad con extinción ha sido calificada como "profana o vulgar", pues la caducidad en sentido estricto es un modo o forma de extinción de derechos o poderes

⁸³⁰ Así el art. 79 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, donde se establece *ex lege* un listado de condiciones que pueden determinar la caducidad, si bien en algunas ocasiones éstas se remiten al título concesional o de autorización.

⁸³¹ *Vid.* por ejemplo el art. 58.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante: "Las autorizaciones caducarán por incumplimiento de cualquiera de las cláusulas o condiciones incluidas en el título de las mismas mediante expediente instruido al efecto y previa audiencia de su titular."

⁸³² *Vid.* por ejemplo los arts. 84.3, 85.2 y 86.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas.

⁸³³ Así el art. 83.1 de la Ley de 22/1973, de 21 de julio, de minas.

⁸³⁴ *Vid.* el art. 83.2 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas.

⁸³⁵ *Vid.* ALBI CHOLBI, Fernando: *Tratado de los modos de gestión...* op. cit. p. 594.

jurídicos por el mero transcurso del tiempo ⁸³⁶.

Ya el Diccionario de Martínez-Alcubilla en su edición de 1914, señalaba que: "En términos generales se denomina *caducidad* la pérdida de un derecho, acción, crédito o ventaja", citando entre los diversos ejemplos que se relacionan: las concesiones de aguas públicas, las cuales "caducan cuando no se usa de ellas o cuando se infringen las condiciones bajo las cuales se otorgaron (arts. 148, ley de Aguas y 411, Código civil"; y las de minas que "caducan por ministerio de la ley cuando el dueño no abona el canon de superficie (Decreto-ley 29 de diciembre 1868, art. 23 y hoy (1914) art. 4 de la de 29 de Dic. 1910)." Vemos por tanto como ya la legislación del XIX recogía el incumplimiento de condiciones como causa de caducidad ⁸³⁷. Con todo en muchas ocasiones estas causas venían asociadas al elemento temporal al posibilitar su cumplimiento en un tiempo determinado, transcurrido el cual operaba la caducidad ⁸³⁸.

Las razones por las cuales se ha acogido un concepto amplio de caducidad pueden encontrarse seguramente en la necesidad de desmarcarse del régimen jurídico privado,

⁸³⁶ Así Bernardo GÓMEZ CORRALIZA señala que: "En una acepción jurídica pero de carácter profano o vulgar se utiliza el término caducidad para expresar simplemente la idea antes expuesta de acabamiento o extinción del derecho o de los derechos de que se trate. Así refiriéndose a alguien que *ya* no tiene un derecho que *antes* le pertenecía - sin atender a la causa de la pérdida o extinción - es frecuente oír decir simplemente que «ya no tiene derecho» pero también «que sus derechos han caducado» o que el derecho que tenía «ha caducado», etc. Expresiones que son todas ellas sinónimas de que perdió o extinguió un derecho que anteriormente tuvo. Pero como antes indicábamos, en este sentido jurídico aunque profano o vulgar no se especifica ni distingue la causa concreta de la pérdida o extinción de los derechos (así, por ejemplo, ésta pudo ser el cumplimiento del plazo o condición resolutorios, el pago, la condonación, la compensación, etc.; además, por supuesto, de la prescripción o de la caducidad." *Vid.* de este autor *La caducidad... op. cit.* p. 25.

⁸³⁷ Con toda claridad se expresa por ejemplo el art. 20 del RD de 31 de julio de 1849, acompañando el reglamento para la ejecución de la Ley de minería de 11 de abril de este año: "Cuando no se cumplan las condiciones impuestas en la autorización, se declarará la caducidad de esta clase de concesiones por los trámites siguientes [...]."

⁸³⁸ *Vid.* por ejemplo el art. 258 de la Ley de 3 de agosto de 1866, dictando prescripciones sobre el dominio y el aprovechamiento de las aguas: "Será obligación de los concesionarios conservar en buen estado las obras, así como el servicio de explotación, si estuviere a su cargo. Cuando por faltar al cumplimiento de este deber se imposibilitase la navegación, el Gobierno fijará un plazo para la reparación de las obras o reposición del material; y transcurrido que sea sin haberse conseguido el objeto, declarará caducada la concesión y anunciará nueva subasta [...]."

establecido para la resolución de los contratos en el art. 1.124 del Código civil. La aplicación estricta de la normativa privada suponía admitir que la validez y el cumplimiento de los contratos no podían dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil). Ello chocaba con la necesidad de atribuir a la Administración poderes de resolución del contrato que pudiera hacer efectivos sin una previa declaración judicial. Por ello se requería acudir a una figura distinta, la caducidad, en la que se atribuyera a la Administración estas potestades. Así viene lo vino reconociendo la jurisprudencia, como aclara la STS de 13 de marzo de 1956 (ref. Ar. 1.412):

"[...] y claramente pone de manifiesto la lectura de aquéllas que se trata de una concesión administrativa, y al declarar la Administración por medio del acuerdo de 21 de abril de 1951 rescindida la misma, por incumplimiento por parte de los recurrentes de las condiciones pactadas, obrando al hacerlo, no ejercitando potestades discrecionales, sino con arreglo a los términos de la misma concesión interpretando sus cláusulas entre las que está prevista la referida rescisión por incumplimiento de condiciones, que la autoriza por sí sola para declarar la caducidad por tal motivo hacen totalmente inaplicable la argumentación de los recurrentes buscando la existencia de una relación contractual de índole civil y pretendiendo aplicar por analogía el artículo 1256 del Código civil [...]."

Tal solución viene favorecida por cuanto el tiempo pasa a ser una más de las condiciones establecidas para el cumplimiento de la concesión. Se produce, por tanto, una *vis expansiva* del concepto de caducidad que pasa a englobar cualquier incumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión. A ello debía unirse la posibilidad que los supuestos de incumplimiento de las condiciones no debieran ser fijados necesariamente por ley, sino que pudieran ser establecidos a otros casos previstos en los correspondientes pliegos de condiciones. Así lo entiende con toda claridad la STS de 12 de marzo de 1956:

"Establecidos como únicos motivos de caducidad el no dar comienzo a las

obras o no concluidas en los plazos señalados, la Administración no era libre de hacerlas extensivas a otros distintos, y por lo tanto, principiadas las obras en el período convenido, la resolución que declara la caducidad faltando dos años y medio para la terminación de las mismas, anticipa la imposición de una pena, prescrita para el caso de que el concesionario falte a lo que pactó con la Administración."

Otra de las razones que pueden haber influido en la utilización de este concepto amplio de caducidad es que la facultad de resolución si bien se construye en el marco general de las obligaciones (art. 1.1.24 del Código civil), los supuestos concretos de incumplimiento se realizan en las diversas modalidades contractuales: compraventa (arts. 1.504 y 1.505 del Código Civil), arrendamiento (art. 1.569 del Código Civil), contrato de sociedad civil (art. 1.707 del Código civil). Como es sabido, la eventual naturaleza contractual de las concesiones de dominio público ha sido una de las cuestiones más debatidas por la doctrina, existiendo un amplia opinión que viene a entender su naturaleza de acto unilateral. Tal dialéctica podría quedar superada como sabemos al entender que las obligaciones no nacen exclusivamente de los contratos, como bien señala el art. 1.089 del Código civil, sino que también surgen de la Ley, quien es en definitiva la que establece las obligaciones del concesionario o habilita a la Administración para establecerlas de acuerdo con ciertas necesidades de interés público.

Los supuestos que se han englobado en el concepto amplio de caducidad han sido considerados en otras ocasiones como de revocación, añadiendo más confusión a los conceptos que estamos examinando. Así, por ejemplo, el art. 46.1 del Reglamento de espectáculos, aprobado por RD 2.816/1982, dispone que la el incumplimiento de los términos en que se concede la licencia solicitada determinará la *revocación* de la licencia solicitada. Frente a ello han reaccionado algunos autores que entienden que debe distinguirse entre caducidad y revocación. De esta forma se señala que "la caducidad de una resolución se produce como consecuencia del incumplimiento de las «determinaciones» o «condiciones» que configuran el derecho otorgado en la resolución administrativa". En cambio, se define a la

revocación como "aquellos casos en que tiene lugar una modificación de las circunstancias que hace incompatible la resolución administrativa con el interés público" ⁸³⁹.

En realidad, debe intentar depurarse o delimitar la noción tan amplia de caducidad utilizada en ocasiones tanto por el legislador, como por alguna doctrina y jurisprudencia, que no hace sino añadir un notable grado de confusión entre las diversas nociones utilizadas, el cual se hace a su vez extensible al régimen jurídico aplicable en cada caso. Una vez que existe un amplio consenso sobre la peculiaridad del régimen administrativo de resolución de concesiones y autorizaciones respecto al Derecho privado, debería reservarse la expresión caducidad para los supuestos que afectan meramente a una cuestión de carácter eminentemente temporal y de plazos, hablándose en cambio de resolución administrativa de la concesión o autorización.

La caducidad de concesiones y autorizaciones opera normalmente previo requerimiento de la Administración al ciudadano afectado y a través de una declaración expresa formulada al efecto. En base a ello, se ha llegado a manifestar que: "Este carácter no automático que acompaña a la caducidad en el Derecho Público es general en todas sus manifestaciones [...] ⁸⁴⁰." Afirmación que si bien puede ser cierta en el contexto que se realiza, especialmente en el análisis de la caducidad de las concesiones, debe matizarse en cuanto a su aplicación a todas las manifestaciones de la misma en el Derecho público, según hemos tenido ocasión de ir comprobando a lo largo de este capítulo. La no automaticidad obedece esencialmente a que la caducidad de la concesión es el resultado de una actividad de limitación que la Administración ejerce sobre los particulares, y por ello deben garantizarse que éstos puedan ser escuchados antes de que la misma llegue a producirse. Como ha advertido el profesor PARADA VÁZQUEZ "debe notarse que la actividad administrativa de limitación supone que la incidencia negativa de ésta sobre las libertades de los particulares sea consecuencia del

⁸³⁹ Vid. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MARCOS FERNÁNDEZ, Ana de: *Derecho administrativo I materiales*, Madrid, 1991, p. 351. Este es el criterio que parece seguir también Francisco VELASCO CABALLERO: *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 93.

⁸⁴⁰ Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *La caducidad en el Derecho...* op. cit. p. 15.

ejercicio concreto de una potestad administrativa con un acto de por medio y no efecto directo de una ley" ⁸⁴¹. En cambio, en el otro supuesto estamos propiamente ante la caducidad del ejercicio de potestades, cuya limitación temporal es una de las consecuencias de ofrecer mayor seguridad jurídica al ciudadano frente a unas potestades de carácter tan intenso.

Frente a este carácter de la caducidad como mera actividad de limitación, algunos autores y cierta jurisprudencia señalan que habría de entenderse que estamos ante el ejercicio de una potestad sancionadora. El eventual carácter sancionador de la caducidad de las concesiones es especialmente relevante en cuanto al elemento temporal en el ejercicio de potestades administrativas. Si consideramos que la caducidad tiene naturaleza sancionadora serían aplicables los plazos de prescripción que, en relación a las infracciones y sanciones, ya hemos tenido oportunidad de estudiar anteriormente ⁸⁴². La doctrina partiendo de un concepto amplio de sanción administrativa "mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal" hablan de las "sanciones rescisorias" que comprenden "las revocaciones o caducidades de licencias, autorizaciones y permisos, que afectan a los derechos de los afectados cuyo ejercicio esos actos administrativos posibilitan" ⁸⁴³. Si bien, reconocen a continuación, que estas "sanciones" "no están afectadas por la prohibición de acumulación con las penales según el principio *non bis in idem*." Doctrina que había sido recogida en diversas sentencias ⁸⁴⁴, que han aludido a la doctrina de las relaciones de sujeción especial para justificar sus peculiaridades, si bien

⁸⁴¹ Vid. de este autor *Derecho administrativo I... op. cit.* pp. 446-447.

⁸⁴² Así lo ha detectado el profesor Iñaki LASAGABASTER HERRARTE: *Las relaciones de sujeción... op. cit.* p. 300.

⁸⁴³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *Curso de Derecho administrativo II... op. cit.* pp. 163 y 172-173.

⁸⁴⁴ Vid. por ejemplo la STC 61/1990, de 29 de marzo (Licencia de detective privado): "[...] conclusión, por otra parte, no ajena a la doctrina administrativa, que ha calificado de sancionadora la revocación de licencias cuando se deba al incumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica originada por la concesión («revocación-sanción») y en este sentido también el ATC antes citado, 907/1987. Dicho de otra forma, en la medida en que las decisiones administrativas impugnadas limitan derechos y se han basado en la apreciación de la conducta de personas con una sanción, tal y como señalara este Tribunal en su STC 13/82."

últimamente parece que la jurisprudencia es más proclive a entender su naturaleza no sancionadora ⁸⁴⁵.

Una posición intermedia parece ser la mantenida por el Tribunal Constitucional en alguno de sus pronunciamientos. En esta línea de particular relieve es la STC 181/1990, de 15 de noviembre (licencia "video comunitario") que si bien utiliza el término "revocación" en vez de "caducidad", lo hace para referirse al supuesto de incumplimiento de condiciones, que como hemos visto suele entrar dentro de este concepto amplio de caducidad. Así esta sentencia advierte que:

"La revocación de una licencia constituye una actuación administrativa que en ocasiones tiene una dimensión sancionadora y otras no. En efecto, en tanto en cuanto la revocación de una licencia, al igual que su no otorgamiento se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad pretendida, no cabe afirmar que se esté ante una medida sancionadora, sino de simple aplicación de ese ordenamiento por parte de la Administración competente, tarea en que el margen de apreciación es escaso. En otros casos, en cambio, la revocación de una licencia responde a un más amplio margen de apreciación en manos de la Administración, que se ve posibilitada para valorar determinadas conductas como contrarias al ordenamiento; en esos casos, típicos de la denominada por la doctrina «revocación-sanción», éste último elemento aparece mucho más latente."

El criterio utilizado por el Alto tribunal parece basarse en el mayor grado de discrecionalidad

⁸⁴⁵ *Vid.* a título de ejemplo la STS de 18 de julio de 1994 (ref. Ar. 5.850): "En consecuencia resultaba impropio la invocación de los derechos fundamentales que confieren los arts. 24 y 25 de la Constitución, que si efectivamente amparan a los ciudadanos frente a sanciones impuestas de plano, o no previstas en la ley anterior, derivadas de actuación administrativa sancionadora, sin embargo no son invocables frente a la actuación administrativa de policía general de los cauces, desarrollada al margen de expedientes sancionadores, y simplemente relacionada, como es el caso, con el aspecto negocial de las concesiones administrativas de uso exclusivo del dominio público hidráulico, y tendentes a imponer medidas de revocación o caducidad parcial de la concesión."

que tendrían las sanciones administrativas frente a la revocación o caducidad de licencias, según la expresión que acabe finalmente acogándose. Tal criterio, sin embargo, no debe ser necesariamente compartido, pues el carácter reglado o discrecional dependerá en gran medida de cómo haya sido atribuída la potestad en cada caso concreto. En realidad, el criterio más fiable debe atender al fundamento y finalidad de cada una de las instituciones a las cuales aludimos. Así determinados autores han argumentado que la caducidad de concesiones no participa de la naturaleza de las sanciones en base a argumentos de carácter finalista. En este sentido se ha pronunciado la profesora LAFUENTE BENACHES quien advierte que la declaración de caducidad pretende tutelar el interés público que llevó a la Administración a otorgar la concesión y a mantener al concesionario en su disfrute. Se trata de evitar, en definitiva, que pueda mantenerse por más tiempo un estado de cosas contrario al interés público ⁸⁴⁶. En línea similar se pronuncia la profesora GARCÍA PÉREZ para quien la caducidad opera como garantía de los intereses públicos subyacentes en toda utilización del dominio público, siendo un *plus* respecto a la sanción administrativa ⁸⁴⁷. En cambio, el fin perseguido por la sanción administrativa es *prevenir* determinados comportamientos antijurídicos, evitando que se lleven a cabo las conductas que, a tal efecto, se han tipificado ⁸⁴⁸ Como ha señalado gráficamente el profesor Alejandro NIETO GARCÍA recordando un viejo adagio popular: "El miedo guarda la viña" ⁸⁴⁹. Fin preventivo que debe enmarcarse dentro del carácter ejemplificador que, para otros posibles usuarios del dominio público, revestirá la sanción impuesta.

Pese a este carácter no sancionador de la caducidad de concesiones y autorizaciones, el

⁸⁴⁶ Vid. LAFUENTE BENACHES, M. Mercedes: *La concesión de dominio público (Estudio especial de la declaración de caducidad)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988, p. 144.

⁸⁴⁷ Vid. de esta autora *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 329.

⁸⁴⁸ Este carácter preventivo frente a la reprochabilidad propia del Derecho penal ha sido puesta acertadamente de relieve en el excelente trabajo de Ángeles de PALMA DEL TESO: *El principio de culpabilidad...* op. cit. pp. 41-44.

⁸⁴⁹ Vid. de este autor *Derecho administrativo sancionador...* op. cit. p. 28.

Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la relevancia del tiempo en el ejercicio de potestades relativas a la utilización del dominio público. De esta forma, se advierte que la caducidad si bien no tiene carácter sancionador y no está sometida, en principio, a plazos de prescripción; no por ello el tiempo es irrelevante en su declaración, pues la Administración puede entender en uso de sus potestades discrecionales que el mantenimiento de la situación creada es favorable al interés público, aunque ello no lo establezca expresamente. En este sentido debe aludirse al interesante Dictamen de este Alto órgano consultivo de 10 de octubre de 1968 (expediente 35.962), según el cual:

"La incursión en caducidad de una concesión constituye a ésta en una situación de pendencia en que la Administración goza de poderes tanto para decidir la extinción del vínculo como su rehabilitación, una vez sanada la causa del incumplimiento. *El ejercicio de estos poderes por la Administración no está, en principio, sometido a plazo, pero el interés público exige que cuando se ha puesto de manifiesto el incumplimiento, la Administración ejercite sin demora las facultades que le corresponden.*

[...] es claro que el abandono de los poderes administrativos de sanción (así, por ejemplo, en una rehabilitación simple) no implica dejación de potestades irrenunciables, sino conformación del incumplimiento al interés general, libremente valorado en el caso concreto. Del mismo modo, *la inacción administrativa, tras un incumplimiento patente, puede autorizar una interpretación continuativa del vínculo, máxime si aquella inactividad se prolonga durante un lapso considerable.* La discrecionalidad administrativa para decidir la subsistencia del vínculo concesional puede así materializarse en acción o en omisión, de forma expresa o tácita, correspondiendo a la apreciación equitativa de los hechos el juicio que el intérprete debe hacerse de la situación.

[...] los hechos ponen de relieve que la Administración actuante ha optado por

no hacer valer la sanción de caducidad. [...] (la cursiva es nuestra)."

El no ejercicio de la potestad de declarar caducada una concesión o una autorización, puede suponer en determinados casos el resultado de una opción discrecional. Tal inactividad que puede ser ajustada a Derecho, tiene por tanto consecuencias jurídicas, como es la continuidad del título del que disfruta el particular. En este sentido puede constatarse como el tiempo no es un elemento absolutamente irrelevante en el ejercicio de potestades que tiene la Administración para declarar la caducidad de concesiones y autorizaciones sobre el dominio público. Siempre eso sí que estos efectos derivados del transcurso del tiempo no consoliden situaciones contrarias al régimen jurídico del dominio público y a los principios que, de acuerdo con el art. 132 de la CE, lo inspiran.

El otro gran aspecto que hace referencia al elemento temporal en cuanto límite al ejercicio de potestades relativas al uso de bienes públicos, es el que impide que el particular llegue a obtener facultades relativas a los mismos a través del mero transcurso del tiempo. Según veremos, en un apartado ulterior de este trabajo, al cual nos remitimos, la posibilidad de transferir facultades relativas al dominio público, constituye un límite al silencio positivo.

2.6.- Recapitulación: La importancia de los efectos del transcurso del tiempo en el ejercicio de las potestades administrativas

A lo largo de este capítulo hemos ido constatando como el transcurso del tiempo produce diversos efectos en el ejercicio de potestades administrativas de muy distinto alcance. En unos casos la concurrencia de un interés público más intenso justifica que el tiempo no comporte relevancia alguna en el ejercicio de las potestades administrativas existentes. Por el contrario, cuando la presencia de determinados derechos de los particulares tiene un contenido más fuerte, las potestades pueden ver menguada o desaparecida su capacidad de ejercitarse en un supuesto concreto. Así, hemos visto como la concurrencia del derecho de propiedad posibilita que el ordenamiento prevea el silencio positivo en el ejercicio de potestades con ciertos elementos normativos, como es el caso del planeamiento.

Tal diversidad cuestiona o relativiza la utilidad, cuando no conveniencia, de una posible regulación general de la prescripción y la caducidad en el Derecho administrativo, tal y como sucede en el ámbito civil, donde por el contrario existe una regulación más sistemática y compacta de estas instituciones, al menos de la prescripción⁸⁵⁰. A través de una regulación de estas instituciones en una Ley general podrían llegarse quizás a soluciones demasiado rígidas que podrían distorsionar el juego entre interés público y potestades administrativas por un lado e interés privado y derechos de los particulares por el otro lado. Por ello será conveniente en muchos casos una solución casuística que la jurisprudencia ha venido acometiendo con mayor o menor acierto. El adoptar esta posición no quiere decir que el legislador deba "abdicar" de regular tales instituciones, sino que debe tener un papel muy relevante al establecer las normas de cada ámbito o sector de intervención administrativa, ponderando los diversos intereses en presencia. Ello no obsta, sin embargo, a que puedan mostrarse ciertas tendencias y pautas generales sobre las cuales podemos realizar algunas reflexiones.

Debe señalarse de esta forma que el establecimiento de plazos de caducidad en el ejercicio de potestades administrativas debe ser admitida con cierta cautela, sin que tal mecanismo pueda generalizarse indiscriminadamente. Tal y como ha advertido el profesor NIETO GARCÍA: "El inconveniente de esta técnica radica, claro es, en que a la postre pueden quedar perjudicados los intereses generales si, por ejemplo, no se reivindica a tiempo un bien público usurpado o no se persigue o castiga a un infractor. Tal será entonces, el precio que haya que pagar por la aplicación de esta regla⁸⁵¹." Precio que sin duda será necesario, pues también debe hacerse efectivo el principio de seguridad jurídica que garantiza la CE, pero que puede ser paliado o compensado en parte, con otros mecanismos como el

⁸⁵⁰ Como señala la STS de 4 de diciembre de 1974: "[...] si bien en el ordenamiento jurídico de la Administración del Estado no se encuentra una regulación sistemática y completa recopilada en un solo Cuerpo legal que trate con rigor metódico y científico la caducidad y prescripción de las acciones en el ámbito del Derecho administrativo en forma paralela a la que hacen en el ámbito del Derecho civil el capítulo III, título XVIII, libro Cuarto, del Código Civil [...], no por ello carece dicha materia de una regulación específica, si bien hay que extraerla de los diversos cuerpos legales."

⁸⁵¹ Vid. de este autor "La inactividad de la Administración" en *Ponències... op. cit.* pp. 202-203.

reconocimiento de acciones subrogatorias, más allá de la puramente vecinal, o una mayor ampliación de los cauces de legitimación existentes. En realidad se plantea una constante tensión, que está presente en todo el Derecho administrativo, y que se concreta por una parte en el interés particular que, en caso de no existir límites temporales, puede verse expuesto *sine die* a la existencia de intensas potestades administrativas, y por la otra parte en el interés público que puede verse frustrado por el transcurso del tiempo sin que la Administración decida a actuar. En cualquier caso, el juicio sobre la conveniencia de limitar temporalmente las potestades administrativas, corresponde al mismo poder que las otorga. A él compete valorar la relevancia que tiene para el interés público mantener en el tiempo las potestades orientadas a su consecución. El interés público es por lo demás un concepto que evoluciona con el transcurso del tiempo, por ello parece perfectamente lógico que, en algunos casos, las potestades que podían ejercitarse en un determinado momento hayan experimentado variaciones en cuanto a su intensidad. El sancionar una conducta puede tener sentido si tal medida se lleva en el momento oportuno, en cambio puede perder cualquier relevancia transcurrido un determinado período de tiempo.

Con todo, se observa, de entrada, la necesidad de establecer plazos perentorios para el ejercicio de determinados tipos de potestades. Un ejemplo relevante lo constituye, según hemos visto, la potestad expropiatoria. La ausencia de los mismos ha comportado una desnaturalización del sistema, hasta el punto que los procedimientos que debían ser excepcionales devienen paradójicamente la pauta general. Ello pone además en cuestión la eficacia de los procedimientos ordinarios que se revelan ineficaces, o al menos incómodos para las Administraciones que habrían de seguirlos. Situaciones cuya problemática analizaremos ulteriormente en este estudio, concretamente en el capítulo tercero.

El examen de los diversos ámbitos, cuya problemática hemos ido contemplando en esta panorámica general, plantea también la eterna discusión sobre la alternativa prescripción-caducidad. En algunos casos la imposibilidad de ejercitar la potestad derivaba directamente del establecimiento de plazos de caducidad, mientras que en otros supuestos venía indirectamente al incidir la prescripción sobre la propia realidad en la que opera la potestad.

En general, parece más adecuado la opción por la caducidad, dada la intensidad de poderes que ejercita la Administración frente al particular. La inexistencia de un régimen de interrupciones respecto a la caducidad impide, además, que la Administración pueda refugiarse en su propia ineficacia y disfuncionalidad, prolongando reiteradamente los plazos en que debe producirse su actuación ⁸⁵². No obstante, en determinados ámbitos parece más oportuno optar por la prescripción, atendiendo al carácter de las facultades que se ejercitan. Un ejemplo significativo, es sin duda el ámbito sancionador pues estamos esencialmente ante facultades de condena y no constitutivas, situación que no responde por lo general a la necesidad imperiosa de dar seguridad al tráfico jurídico, y solventar rápidamente una situación en la que pueda verse implicada posteriormente la buena fe de terceros.

En cualquier caso, la interrupción de la prescripción en el Derecho administrativo no debe quedar a libre disposición de una de las partes, esencialmente en la Administración, para lo cual debe garantizarse al menos dos grandes cuestiones. Una la de asegurar, en la medida de lo posible y razonable, el conocimiento formal de las actuaciones por el interesado con las que se pretende interrumpir el cómputo de los plazos. Y por otra parte, que las actuaciones administrativas de las que se quiere obtener estos efectos vayan encaminadas directamente a iniciar un procedimiento, o bien si éste ya está en marcha que se haga avanzar el mismo. Deben rechazarse con toda contundencia el efecto interruptivo de aquellas actuaciones que no añadan nada a la situación jurídica objeto de eventual controversia. El mero poner en conocimiento una determinada situación no basta, a nuestro entender, para producir la paralización del cómputo de los plazos, sino que debe estar orientada directamente a conseguir las finalidades que se persiguen en el procedimiento.

Por lo que se refiere a la caducidad, debe matizarse el carácter rigurosamente automático que adquiere en el Derecho civil, si bien tampoco puede simplificarse y realizarse generalizaciones

⁸⁵² Así se ha pronunciado el profesor Jaime GARCÍA AÑOVEROS: "[...] las Administraciones y sus funcionarios tienden a cubrirse de los efectos de su propia ineficacia funcional mediante la utilización, hasta el abuso, de las técnicas de interrupción de la prescripción. La caducidad como el silencio positivo, son técnicas más adecuadas que la de prescripción, en principio, en este tipo de relaciones." *Vid.* de este autor el "Prólogo" a FALCÓN Y TELLA, Ramón: *La prescripción en materia tributaria*, Ed. La Ley, Madrid, 1992, p. 15.

discutibles. Cuando la caducidad es el resultado de una actividad de limitación que incide sobre facultades y situaciones jurídicas de los particulares parece que debe asegurarse el conocimiento formal por el interesado antes que se produzcan los efectos fatales de la llegada del término. Hay una mayor preocupación por garantizar la posición del particular. En cambio cuando la caducidad opera como límite de potestades y facultades administrativas, parece que hay una tendencia a una mayor automaticidad, sin que el particular deba advertir a la Administración sobre la posible caducidad. La intensidad de poderes que tiene en sus manos la Administración y la presencia de un interés público no tan intenso, puede llevar a justificar que el tiempo se erija como límite y freno del uso intempestivo de las potestades administrativas.

Asimismo sería quizás conveniente reservar la expresión caducidad para los efectos que produce el transcurso del tiempo, evitando su utilización para expresar otro tipo de cuestiones diversas y de muy distinto alcance. Con ello quizás se produciría una mayor claridad en la terminología a utilizar y consiguientemente en el régimen jurídico aplicable a cada supuesto.

También hemos tenido oportunidad de constatar como la prescripción presenta, como regla general en el ámbito del Derecho administrativo, la exigencia de su apreciación de oficio, a diferencia de lo que acontece en el campo del Derecho civil, donde tal exigencia queda ceñida exclusivamente a la caducidad. La concurrencia del interés público y del principio de legalidad que han de regir la actuación administrativa por mandato constitucional, suponen una importante límite a la libertad de disposición, a la "autonomía de la voluntad", que pudiera tener la Administración en esta materia. Razones a las que debe añadirse la necesidad de ofrecer un trato de igualdad a todos los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública. Tal situación comporta que la prescripción no constituya una mera excepción procesal que el particular pudiera alegar frente a la actuación administrativa, sino una regla que obliga a la propia Administración y que por ello ha de actuar de oficio.

Esta indisponibilidad de la apreciación de los regímenes de prescripción y caducidad, trae como consecuencia necesaria la de su establecimiento y características principales por norma

con rango de Ley. De otra forma, se podría se dejaría en manos del mismo sujeto que ha de aplicarlas el dominio del tiempo en el ejercicio de las potestades que le confiere el propio ordenamiento, situación que además podría entenderse contraria a las propias exigencias de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato de los ciudadanos. En este sentido alguna normativa viene a establecer en determinados ámbitos, como el tributario, esta exigencia de ley previa, en otros tal situación viene siendo aplicada por la jurisprudencia no siempre homogénea. En cualquier caso, podría entenderse que regiría el art. 1.932 del Código civil, cuando nos dice que: "Los derechos y las acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas incluso las jurídicas, *en los términos prevenidos por la ley*"; o el art. 1961 cuando advierte que: "Las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo *fijado por la ley*".

En los apartados siguientes de este trabajo, nos detendremos fundamentalmente en el estudio de uno de los efectos que produce el transcurso del tiempo sin ejercitarse determinadas potestades administrativas. Se trata, como ya habrá anticipado el lector, del silencio administrativo, y en particular del positivo. Según veremos esta institución presenta notables paralelismos con otros efectos que hemos ido viendo hasta ahora. Concretamente, a través del mecanismo del silencio positivo se origina la imposibilidad de ejercitar potestades administrativas en unos supuestos determinados. Los efectos no son ciertamente tan drásticos como algunos de los que hemos visto hasta ahora (prescripción y caducidad), pues la intensa vigencia del principio de legalidad, comporta que pueda reaccionarse frente al mismo, a través de otras potestades complementarias (esencialmente, la revisión de oficio). No obstante, a través del mismo pueden llegarse a consolidarse determinadas situaciones en la esfera de actuación de los particulares, que será necesario examinar a continuación.

II.- EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO EFECTO DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO EN EL EJERCICIO DE DETERMINADAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS