

## **EL EFECTO *BANDWAGON* COMO PRINCIPAL ENEMIGO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO**

Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA

*Jefe de Planificación.  
Diputación Provincial de Castellón.*

### **SUMARIO:**

1. Introducción.
2. Origen, definición y principales características del CPP.
3. Ventajas del CPP frente a los demás contratos administrativos típicos.
4. El efecto *bandwagon* como principal enemigo del CPP.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

### **1. INTRODUCCIÓN.**

Cuando se aprobó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público (ahora ya convertida en Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), algunos de los que trabajamos diariamente en la materia creímos ver que se abría una puerta a la esperanza que definitivamente sentara las bases de una contratación pública moderna propia de un Estado desarrollado como el nuestro.

Las principales novedades con que nos encontramos en la LCSP fueron, en términos generales, cinco, a saber: la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, la identificación clara de las normas que derivaban directamente del derecho comunitario, la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introducía la Directiva 2004/18/CE, la simplificación y mejora de la gestión contractual y, finalmente, la creación de un nuevo contrato administrativo típico, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante, CPP).

Es precisamente esta última novedad, la aparición del CPP, la que suscitó en mí más esperanzas y a la vez más miedos. Las primeras estaban claras, por fin cristalizaba en el ordenamiento jurídico español una fórmula contractual de fuerte tradición comunitaria que permitiría con sus enormes posibilidades dar el salto definitivo hacia la ya citada modernización de la contratación pública española.

Los miedos, por otro lado, también estuvieron claros desde el principio. El CPP no ha tenido el éxito esperado, deseado, como contrato administrativo típico. A pesar de las virtudes que este contrato tiene, el efecto *Bandwagon* ha sido más fuerte que todo lo demás. El popularmente llamado “comportamiento gregario” nos ha empujado a seguir utilizando otros contratos típicos más tradicionales, y por qué no decirlo, también exitosos, hasta el punto de haber desterrado al flamante CPP a un plano puramente teórico en el que los investigadores del mismo estamos, a menos que cambien las cosas, condenados a deambular.

No solo será objeto de este artículo enumerar las ventajas que el CPP tiene frente a los demás contratos nominados, sino más bien lo será el de demostrar que por culpa del efecto *Bandwagon* se está perdiendo una oportunidad magnífica para dar el giro esperado que la citada LCSP pretendió en su momento.

## 2. ORIGEN, DEFINICIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CPP.

Independientemente del origen más o menos remoto de las diferentes fórmulas de base asociativa que pueden representar el germen del actual CPP, podemos decir que en España la aparición de dicho contrato no es consecuencia directa de la transposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios<sup>1</sup>, aunque sí que lo es de la voluntad del Gobierno español manifestada a través de la Resolución de 1 de abril de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, cuyo mandato nº 44 establece concretamente: “*El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en*

---

<sup>1</sup> Actualmente vivimos inmersos en otro proceso de cambio y evolución de la normativa comunitaria de contratos que presumiblemente desembocará, a finales del presente año 2012, en la cuarta oleada de Directivas de contratos públicos. El germen de esta nueva regulación lo encontramos en el “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE - Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, que la Comisión Europea publicó el 27 de enero de 2011, y con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos y hacer posible una mejor utilización de los mismos en apoyo de otras políticas. Fruto de dichos trabajos han sido las propuestas de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2011 relativas a contratación pública, contratación en sectores especiales y concesiones, publicadas el pasado 5 de abril el Diario Oficial de la Unión Europea, y que deben estar traspuestas en el ordenamiento jurídico español (para el caso de la Directiva de contratos tradicionales) a más tardar el 30 de junio de 2014.

*el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado...”*

Tampoco es objeto de este trabajo analizar exclusivamente el origen moderno de las diferentes fórmulas de colaboración público-privada, pero resulta en cualquier caso interesante observar cómo la implementación práctica de los contenidos de la Tercera Vía<sup>2</sup> en el Reino Unido dio lugar a la aparición de nuevos vínculos entre Administración Pública y la iniciativa privada que se denominaron *Public Private Partnerships* (PPPs) o Asociaciones Público-Privadas (APPs). Las relaciones de PPPs compartían una filosofía en la que cada agente, público y privado, participaba en los proyectos llevando a cabo aquellas tareas para las que cada uno contaba con una ventaja comparativa mayor. La lógica de esta transformación radicaba en permitir que ambos sectores se concentraran en hacer aquello para lo que estaban mejor preparados, de forma que no se limitaran sus capacidades, para lograr así resultados óptimos.

Aunque éste fue un movimiento que se observó a nivel mundial, como pionero de la corriente de creación de nuevas fórmulas de financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos encontramos al Reino Unido, en quién se han fijado distintos países para desarrollar esta nueva dimensión en la remodelación del sector público a través de colaboraciones público-privadas.

Bajo el término *Private Finance Initiative*<sup>4</sup> (PFI) – Iniciativa de Financiación Privada – se aglutinan las directrices que se han adoptado desde principios de los 90 en este país, buscando la cooperación entre los sectores público y privado para desarrollar infraestructuras públicas y los servicios inherentes a las mismas.

---

<sup>2</sup> “Tercera Vía” es el nombre que se ha dado a una variedad de aproximaciones teóricas y propuestas políticas que, en general, sugieren un sistema de [economía mixta](#) y el [centrismo](#) o [reformismo](#) como [ideología](#) de [gobierno](#). En la práctica política, estas posiciones rechazan la validez absoluta de las filosofías tanto del [laissez faire](#) como del mercado totalmente controlado del [Marxismo-Leninismo](#); promueven la profundización de la [democracia](#) y enfatizan el desarrollo tecnológico, la educación y los mecanismos de competencia regulada a fin de obtener [progreso](#), [desarrollo económico](#), [social](#) y otros objetivos sociales. Las filosofías de la Tercera Vía han sido a menudo descritas como una [síntesis](#) del [capitalismo](#) y el [socialismo](#) por algunos de sus proponentes. Para profundizar más en esta cuestión, la obra de referencia es Giddens (1999).

<sup>3</sup> *Partnership*, de forma general, se puede traducir por asociación. En el caso particular de la Economía y la empresa, *partnership* es una organización comercial típica del mundo anglosajón; equivale parcialmente, en algunas ocasiones, a una sociedad colectiva, sociedad civil o a una comunidad de bienes. En cualquier caso, se debe tener presente la idea de colaboración entre los sectores público y privado implícita. En ocasiones se traduce por el neologismo partenariado, con el fin de intentar una traducción más próxima al término original.

<sup>4</sup> Véase *Private Finance Panel* (1995) y *Treasury Private Finance Taskforce* (1997), ambos documentos han sido, en diferentes etapas, el medio a través del cual se han divulgado los principios fundamentales de la política PFI.

Por otro lado, y en cuanto a la definición del CPP se refiere, no existe en el ordenamiento jurídico comunitario una definición precisa del contrato de colaboración público-privada que vincule a los Estados Miembros en cuanto a su regulación, no habiendo llegado, ni siquiera, a un consenso en lo que respecta a su verdadera denominación. No obstante, podemos apuntar dos definiciones que van a darnos una idea de la enorme flexibilidad del término. La primera, establecida por la propia Comisión Europea en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones al decir que: *“La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”*.<sup>5</sup>

La segunda definición proviene del *Scottish Parliament*, referente internacional en materia de CPP<sup>6</sup>, según el cual: *“Public Private Partnerships (PPPs) son un medio de utilización de financiación y técnicas privadas para la ejecución de proyectos tradicionalmente realizados por el sector público. Estos incluyen proyectos intensivos en el uso de capital tales como colegios, hospitales, carreteras y equipamientos de agua. En lugar de que sea una entidad pública quien desarrolle activos fijos y posteriormente detente su propiedad, los gestione y regule, las PPPs generalmente implican que el sector privado sea su responsable y los gestione y la Administración Pública ‘adquiera’ el servicio al contratista durante un período de tiempo determinado”*.<sup>7</sup>

En relación con las principales características del CPP, diremos que éstas pueden ser muchas dependiendo del país en que nos encontremos, sin embargo, la Comisión Europea ha sabido sintetizar los rasgos característicos del citado contrato en cuatro<sup>8</sup>:

1. La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.
2. El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No

<sup>5</sup> COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004.

<sup>6</sup> Otras definiciones precisas del término CPP aportadas por la doctrina las encontramos, por ejemplo, en Lozano y Márquez (2006) o Javara (2005).

<sup>7</sup> *The Scottish Parliament* (2001).

<sup>8</sup> Punto 2 del Libro Verde, COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004.

obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

3. El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
4. El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

Por último, y antes de analizar los puntos fuertes del CPP frente a los demás contratos nominados, deberemos siquiera enumerar los principales elementos que lo configuran a la luz del art. 11 del actual TRLCSP. Según este artículo, son contratos CPPs aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; así como otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> El citado art. 11 continúa:

*“2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.*

*3. El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.*

### 3. VENTAJAS DEL CPP FRENTE A LOS DEMÁS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS.

Existen razones de peso para pensar que, en determinados supuestos, el CPP es la fórmula económico-administrativa-contractual más adecuada para alcanzar los fines de las Administraciones Públicas, sobre todo después de comprobar las enormes dificultades que tienen éstas en llevar a cabo la construcción de grandes infraestructuras y la prestación de servicios complejos.

En primer lugar, la utilización del CPP va a suponer un reparto óptimo de los riesgos del contrato. En este sentido es preciso entender que en la colaboración público-privada el sector público suele asumir la responsabilidad de garantizar las infraestructuras adecuadas y la prestación de cierto tipo de servicios, así como la cooperación activa con el sector privado encargado de realizar un proyecto determinado y que, por otro lado, el sector privado asume la responsabilidad de obtener fondos para financiar la realización de un proyecto determinado, garantizar los recursos tecnológicos, ejecutar las tareas encaminadas a realizar los objetivos del sector público y, una vez que se ha acabado o se ha modernizado el proyecto, garantiza su explotación a cambio de una remuneración por la prestación de servicios públicos. Por lo que, en definitiva, el principal objetivo de la colaboración público-privada va a ser configurar las relaciones entre ambos sectores de tal manera que cada parte asuma aquellos riesgos del proyecto que mejor pueda controlar.

De este modo, la Administración, a través de las diferentes fórmulas de CPP, aprovechará el *know-how* del sector privado tanto en la utilización de tecnología avanzada como en la captación eficiente de fuentes de financiación, reservándose ésta para sí las cuestiones estrictamente de policía y control de las infraestructuras o servicios prestados.

La segunda gran ventaja del CPP en relación con los otros contratos administrativos típicos es que el objetivo principal en cualquier experiencia de utilización de CPPs es ofrecer un mayor *value for money* (VFM), es decir, debe proporcionar una mejora significativa respecto a los mecanismos públicos tradicionales de provisión y prestación de infraestructuras y servicios. La expresión puede definirse como el uso eficaz de

---

4. *La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento?*

fondos públicos en un proyecto de capital a partir de la combinación óptima de costes, calidad, eficiencia y eficacia. VFM es un concepto que debe entenderse como una filosofía de gestión que busca obtener el uso más eficiente de los recursos económicos, especialmente públicos. En otras palabras, podemos entender el VFM como la mejor relación precio-calidad, es decir, el servicio prestado por el sector privado presentará mejor calidad con la misma cantidad de dinero que el sector público gastaría para llevar a cabo un proyecto similar.

Sin embargo, es imposible determinar si un contrato de colaboración público-privado ofrece la mejor relación calidad-precio o VFM sin un mecanismo de comparación entre las diferentes alternativas. En este sentido, la técnica denominada *Public Sector Comparator*<sup>10</sup> (PSC) permite la evaluación hipotética de todos los costes susceptibles de aparecer durante la vida del contrato, ajustada por la valoración de los riesgos. Así pues, el PSC permite una comparación cuantitativa de alternativas teniendo en cuenta la forma más eficiente de prestar el *output* deseado por el sector público, los costes y riesgos del proyecto y el coste neto que le supone a la Administración la prestación del servicio comparado con las ofertas realizadas por los operadores privados.

Finalmente, la última gran ventaja de las CPP es la de soslayar las restricciones financiero-presupuestarias de las Administraciones Públicas contratantes. Es decir, que las operaciones derivadas de las CPPs queden fuera del balance contable de estas Administraciones.

Ciertamente, el mantenimiento de los déficits públicos dentro de los umbrales exigidos por la Unión Europea ha venido a suponer un problema para la realización de grandes inversiones en materia de infraestructuras por parte de la mayoría de los Estados Miembros, y más en un momento como el actual. En este sentido, el Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos junto con el propio Eurostat dispusieron en 2004 un nuevo cuerpo de normas para regular el concreto tratamiento contable de las CPPs<sup>11</sup>. En esta línea, Eurostat recogió de forma expresa estas nuevas directrices relativas a los CPP en su Manual SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública<sup>12</sup>. Así pues, según éste, los activos que se construyan en el marco de un CPP se contabilizarán fuera del sector de las Administraciones Públicas siempre que el socio

---

<sup>10</sup> Para un mejor análisis de esta técnica acudir a Partnerships Victoria (2001).

<sup>11</sup> Nota de prensa conjunta del Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos (CMFB) y de Eurostat (STAT/04/18), febrero de 2004.

<sup>12</sup> “ESA95 Manual on Government Debt and Deficit – Long term contracts between government units and non-government partners (Public-Private)”, 30 de agosto de 2004.

privado soporte, en todo caso, el riesgo de construcción y, adicionalmente, al menos el riesgo de disponibilidad o el riesgo de demanda; entendidos tales riesgos como:

Riesgo de construcción: Retrasos en la entrega de la infraestructura pública a construir, incumplimiento de los criterios establecidos en el contrato, costes adicionales que puedan surgir durante la ejecución del contrato, deficiencias técnicas y efectos externos negativos.

1. Riesgo de disponibilidad: La no entrega del volumen convenido en el contrato, el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y el incumplimiento de los estándares de calidad fijados contractualmente.
2. Riesgo de demanda: Variabilidad de la demanda con independencia del comportamiento del socio privado.

En todo caso, una justificación de la elección de una fórmula de CPP únicamente basada en esta postura, es decir, el encubrimiento del endeudamiento contable de la Administración promotora, puede ser problemática desde dos perspectivas: en primer lugar, porque el tratamiento presupuestario y financiero de dicha Administración requiere un enfoque global y de fondo y, segundo, porque para que los activos de las CPPs no se consideren como públicos, en palabras del Manual SEC 95: “*debe quedar debidamente acreditado que se transmite al socio privado la mayor parte del riesgo del contrato*”, lo cual no es, en la práctica, nada fácil.

Sin embargo, en junio de 2011 se hizo pública una decisión del propio Eurostat que introdujo, si cabe, más incertidumbre a esta cuestión<sup>13</sup> En este caso, en relación con las posibilidades de desconsolidación de las infraestructuras y activos incluidos en el plan de renovación de autovías y carreteras puesto en marcha por el Gobierno de Aragón, se recordaba la necesidad de aplicar la regla de la “predominancia” para el análisis de actuaciones de mantenimiento y renovación, es decir la necesidad de que el valor de la inversión efectuada en la reforma y mantenimiento del activo sea mayor que el valor que el propio activo tenía antes de su renovación<sup>14</sup>. Al no cumplir con la citada regla en

<sup>13</sup> Dicha decisión se puede consultar aquí:

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government\\_finance\\_statistics/documents/Spain-Classification\\_of\\_a\\_road\\_network\\_project\\_run\\_by\\_th.pdf](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/documents/Spain-Classification_of_a_road_network_project_run_by_th.pdf)

<sup>14</sup> Contenida en el Manual SEC-95, Parte IV.2.2.g: “El contrato debe referirse a un activo nuevo o a una remodelación significativa, modernización o mejora de los activos existentes, incluyendo activos propiedad de la Administración y gestionados por ella pero siempre que la inversión para su renovación, etc., represente una parte predominante del nuevo valor del activo tras la renovación”.



tres sectores de actuación, se consideraba que el riesgo inherente a la titularidad de los activos incluidos en dichos sectores no había sido transmitido al concesionario, por lo que debería constar en el balance del Gobierno de Aragón, con el consiguiente incremento del déficit de la Comunidad Autónoma.

#### 4. EL EFECTO *BANDWAGON* COMO PRINCIPAL ENEMIGO DEL CPP.

El término *bandwagon* es un anglicismo que hace referencia al carro que lleva una banda en un desfile, circo u otro espectáculo. La frase "Salta en el *bandwagon*" fue usada por primera vez en la política americana en 1848 por [Dan Rice](#), bufón personal de Abraham Lincoln. Dan Rice, un payaso profesional de circo, usó su *bandwagon* para las apariciones de la campaña de Zachary Taylor para ganar atención al usar música. Conforme la campaña de Taylor se hizo más exitosa, más políticos se esforzaron por conseguir un asiento en el *bandwagon*, en espera de asociarse con el éxito. Más tarde, en 1900, durante la época de la campaña presidencial de [William Jennings Bryan](#), los *bandwagon* se habían convertido en el estándar en las campañas, y "subirse al carro" fue usado como un término desviado que implicaba que la gente se asociaba a sí misma con el éxito sin considerar lo que asociaban a sí mismos con él.

Así pues, el denominado "efecto *Bandwagon*", también conocido como el efecto de arrastre, "efecto de la moda" o de "subirse al carro" y relacionado cercanamente al oportunismo, es la observación de que a menudo las personas hacen y creen ciertas cosas fundándose en el hecho de que muchas otras personas hacen y creen en esas mismas cosas. El efecto es peyorativamente llamado "[comportamiento gregario](#)", en virtud del cual las personas tienden a seguir a la multitud sin examinar los méritos de una cosa en particular. Asimismo, dicho comportamiento es la razón del éxito del [argumentum ad populum](#)<sup>15</sup>.

El efecto *Bandwagon* está bien documentado en psicología conductual y tiene muchas aplicaciones. La regla general es que las conductas o creencias se propagan entre la gente, como claramente sucede con las modas, con "*la probabilidad de que los individuos que la adopten incrementen con la proporción de quienes ya lo han hecho*"<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Un argumento *ad populum* o *argumentum ad populum*, es una [falacia lógica](#) que implica responder a un argumento o a una afirmación refiriéndose a la supuesta opinión que de ello tiene la gente en general, en lugar de al argumento por sí mismo. Un argumento *ad populum* (y por tanto, falaz) tiene esta estructura: A afirma B; Se dice que la mayoría de la gente dice B, por tanto, B es cierto.

<sup>16</sup> Colman (2003).

Mientras más gente llegue a creer en algo, otros también se subirán al carro sin importar la evidencia subyacente.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, y después de haber analizado al menos tres importantes ventajas del CPP frente a los demás contratos tradicionales, ¿qué razones nos empujan, en último término, a no decantar la balanza en favor de este contrato? En mi opinión, la respuesta está clara, la culpa es del efecto *Bandwagon*.

Si el CPP supone un mejor reparto de los riesgos del contrato, proporciona una mejora significativa respecto a los mecanismos públicos tradicionales de provisión y prestación de infraestructuras y servicios y, además, contiene el gasto público en tiempos de crisis, ¿qué está pasando?, ¿por qué las Administraciones Públicas no estamos reaccionando de forma lógica? Quizá no deberíamos utilizarlo hasta saber empíricamente que funciona, pero ni si quiera lo estamos intentando. Decididamente, el CPP “no está de moda”.

No estamos aquí, sin embargo, para encontrar culpables a la falta de éxito de un contrato que, a pesar de ser aparentemente ventajoso, también tiene sus puntos débiles<sup>17</sup>, sino para todo lo contrario, descubrir cuáles han sido las claves del éxito de los demás

---

<sup>17</sup> Para un estudio en detalle de las debilidades del CPP podemos acudir a la Comunicación de la Comisión de fecha 19 de noviembre de 2009 denominada “Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)”, que destaca que:

1. Algunos proyectos se llevan a cabo a través de CPP, aunque no sea éste el instrumento adecuado para ellos. A este respecto cabe señalar que una transferencia que abarca distintas fases de generación de valor añadido a las empresas privadas, unida a una atribución de los riesgos (costes) a estas empresas, no reporta necesariamente ventajas en términos de eficiencia.
2. Se han llevado a cabo determinados proyectos de CPP que han dado lugar a un aumento de los costes, a pesar de ello, y teniendo en cuenta las normas presupuestarias de Eurostat en vigor, con las CPP (en las que las inversiones en el sector de la construcción al inicio del período de vigencia del contrato se financian en primera instancia con capital privado), los proyectos (de infraestructuras) pueden realizarse antes, si se compara con la ejecución convencional con cargo a la financiación presupuestaria.
3. La transparencia de algunos contratos CPP, incluida la subcontratación a otras empresas, ha sido en algunos casos insuficiente.
4. El hecho de que sea insuficiente la transparencia de los contratos, de los estudios de viabilidad económica, de los informes de resultados, etc., no permite mantener bajo control los diversos problemas de oportunismo que se plantean en estos contratos complejos.
5. En ciertos casos, se hace patente la ausencia de una verdadera evaluación previa que permita una elección objetiva tanto del procedimiento de CPP como del adjudicatario del contrato.
6. En otros casos, se echa de menos una auténtica distribución de los riesgos entre el sector público y el privado basada en el principio de auténtica asociación entre las partes implicadas.
7. Existen lagunas en el control por parte de las autoridades públicas competentes, en particular en lo que se refiere a las consecuencias para los presupuestos públicos y la calidad de las prestaciones.

contratos típicos que están dejando en la sombra al CPP. Y me temo que la respuesta no está en la serotonina.

El 30 de enero de 2009 se publicó en la prestigiosa Revista *Science* un artículo de M. Ainstey y sus colaboradores que trataba de un animal realmente curioso<sup>18</sup>, la langosta del desierto o *Schistocerca gregaria*. Durante la mayor parte del tiempo, este insecto de color grisáceo vive una existencia solitaria en regiones desérticas, volando fundamentalmente de noche y evitando a sus congéneres. Sin embargo, cuando una temporada excepcionalmente lluviosa hace aumentar la población de langostas, su conducta cambia de repente y entra en fase gregaria. Los insectos adquieren una tonalidad amarilla brillante y van en grupos que pueden llegar a los mil millones de individuos. Estas nubes de langosta pueden migrar miles de kilómetros y devastar regiones enteras. Se sabe que este cambio de conducta es muy complejo y que hay unos 500 genes implicados. Lo que han descubierto los investigadores es que el cambio en la concentración de un neurotransmisor basta para transformar un solitario saltamontes en una plaga de proporciones bíblicas. Y ese neurotransmisor es la serotonina<sup>19</sup>.

Lo más impresionante del descubrimiento es que la misma molécula que regula el comportamiento gregario en este insecto es también una de las piezas clave en la modulación de la conducta social de animales superiores, incluidos los humanos. Esto nos dice que las bases químicas y neurológicas de la conducta son enormemente antiguas y que los mismos elementos han sido “reclutados” por el proceso evolutivo para resolver problemas distintos pero relacionados, como la conducta social de las langostas y la nuestra.

Así pues, y desechando la posibilidad de estimular de forma natural la serotonina de los órganos de contratación, mejor será encontrar el estímulo jurídico o económico que nos acerque al CPP. A mi modo de ver, son dos las razones que están detrás del éxito duradero de los contratos de obras, suministros y servicios, representantes legítimos de los contratos típicos por antonomasia. En primer lugar y, principalmente, que desde sus orígenes se han configurado a través de procedimientos administrativos sencillos y, en segundo lugar, que se han sustentado sobre procedimientos administrativos jurídicamente seguros.

---

<sup>18</sup> Michael, Stephen, Swidbert, Malcolm and Stephen (2009).

<sup>19</sup> La Serotonina (5-hidroxitriptamina, o 5-HT), es una [monoamina neurotransmisora](#) sintetizada en las [neuronas serotoninérgicas](#) en el [Sistema Nervioso Central](#) (SNC) y las [células enterocromafines](#) (células de *Kulchitsky*) en el [tracto gastrointestinal](#) de los [animales](#) y del ser humano. La serotonina también se encuentra en varias [setas](#) y [plantas](#), incluyendo [frutas](#) y [vegetales](#).

Respecto a la primera de las razones, bien es cierto que la principal reticencia tanto de los operadores económicos como de los poderes adjudicadores en relación con el CPP radica precisamente en la complejidad de su tramitación, ya que deben ser adjudicados a través del procedimiento del diálogo competitivo, lo cual, dada la poca experiencia que se tiene, no es nada alentador<sup>20</sup>. En este sentido, es ilustrativa la redacción del art. 180 del TRLCSP, supuestos de aplicación de dicho procedimiento, puesto que solo se permite acudir al mismo en caso de “contratos singularmente complejos”, razón de más para entender los reparos que, en un principio, puedan suscitarse a la hora de utilizar el diálogo competitivo para adjudicar un CPP. Así pues, según el mencionado artículo, dicho procedimiento podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato, considerándose que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

La segunda razón en favor de la utilización prioritaria de los contratos típicos antes apuntada, su seguridad jurídica intrínseca, se enfrenta a la necesidad de introducir en el procedimiento de contratación pública requerimientos de carácter tecnológico que permitan la implantación de sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información que puedan garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos, que sólo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos, o que en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad.

Así pues, y para convertir tanto al diálogo competitivo como a la utilización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs) en potentes argumentos en favor del CPP deberíamos, primero, entender que el citado procedimiento no es más que una fórmula a caballo entre el procedimiento restringido y el negociado, pero con la particularidad de que los operadores económicos tienen mayor peso en la negociación o, mejor dicho, en el diálogo y, segundo, comprender cómo la utilización de los medios electrónicos, informáticos o telemáticos en el procedimiento de contratación

---

<sup>20</sup> Según el art. 180.3 del TRLCSP, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se adjudicarán a través del diálogo competitivo, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 170.a).

(contratación electrónica o e-procurement), lejos de reportar inseguridad jurídica al mismo, permiten reducir costes de transacción a los licitadores y agilizar su tramitación administrativa<sup>21</sup>.

## 5. CONCLUSIONES.

La contratación pública española “moderna” surge con la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por [Decreto 923/1965, de 8 de abril](#), siendo las Leyes posteriores (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) todavía tributarias de aquella.

Casi 50 años después de la Ley de Contratos del Estado se aprobó la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, cuya principal novedad fue, en mi opinión, la creación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado o CPP. El reto fundamental de dicha Ley, y ahora del Texto Refundido que la sustituye, hacer que este nuevo contrato rompa con la hegemonía de los contratos tradicionales a través de dos herramientas nuevas: primero, mediante la utilización del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación de naturaleza mixta y de raíz colaborativa y, segundo, a través de la implantación definitiva de la contratación electrónica.

Hemos venido utilizando durante tanto tiempo y de forma sistemática los clásicos contratos administrativos (obras, suministros y servicios) que ahora nos dan la posibilidad de salir de la jaula y no sabemos volar. No nos damos cuenta de que precisamente la verdadera conducta gregaria sería “subirse al carro” del CPP que es lo que en la actualidad “está de moda” en Europa. La Gobernanza, como puesta en práctica de estilos de gobernar en los que se han difuminado los límites entre lo público y lo privado<sup>22</sup>, está en la base de todos aquéllos movimientos que intentan aprovechar las ventajas comparativas de lo público y lo privado, como hace en esencia el CPP.

---

<sup>21</sup> Mayor seguridad jurídica que la que aporta en el procedimiento administrativo la Firma Electrónica Reconocida será difícil de alcanzar. En este sentido, véase la Disposición Adicional Decimosexta del TRLCSP, según la cual: “f) *Todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos o de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato deben ser autenticados mediante una firma electrónica reconocida de acuerdo con la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Los medios electrónicos, informáticos o telemáticos empleados deben poder garantizar que la firma se ajusta a las disposiciones de esta norma*”.

<sup>22</sup> Natera (2004).

Así pues, conviene romper una lanza en favor del CPP y apostar por su utilización. No somos pocos los que creemos que dicho contrato representa las características esenciales de una contratación moderna basada en los principios de racionalidad económica-financiera, gestión electrónica de los procedimientos y participación privada en las decisiones públicas.

#### BIBLIOGRAFÍA:

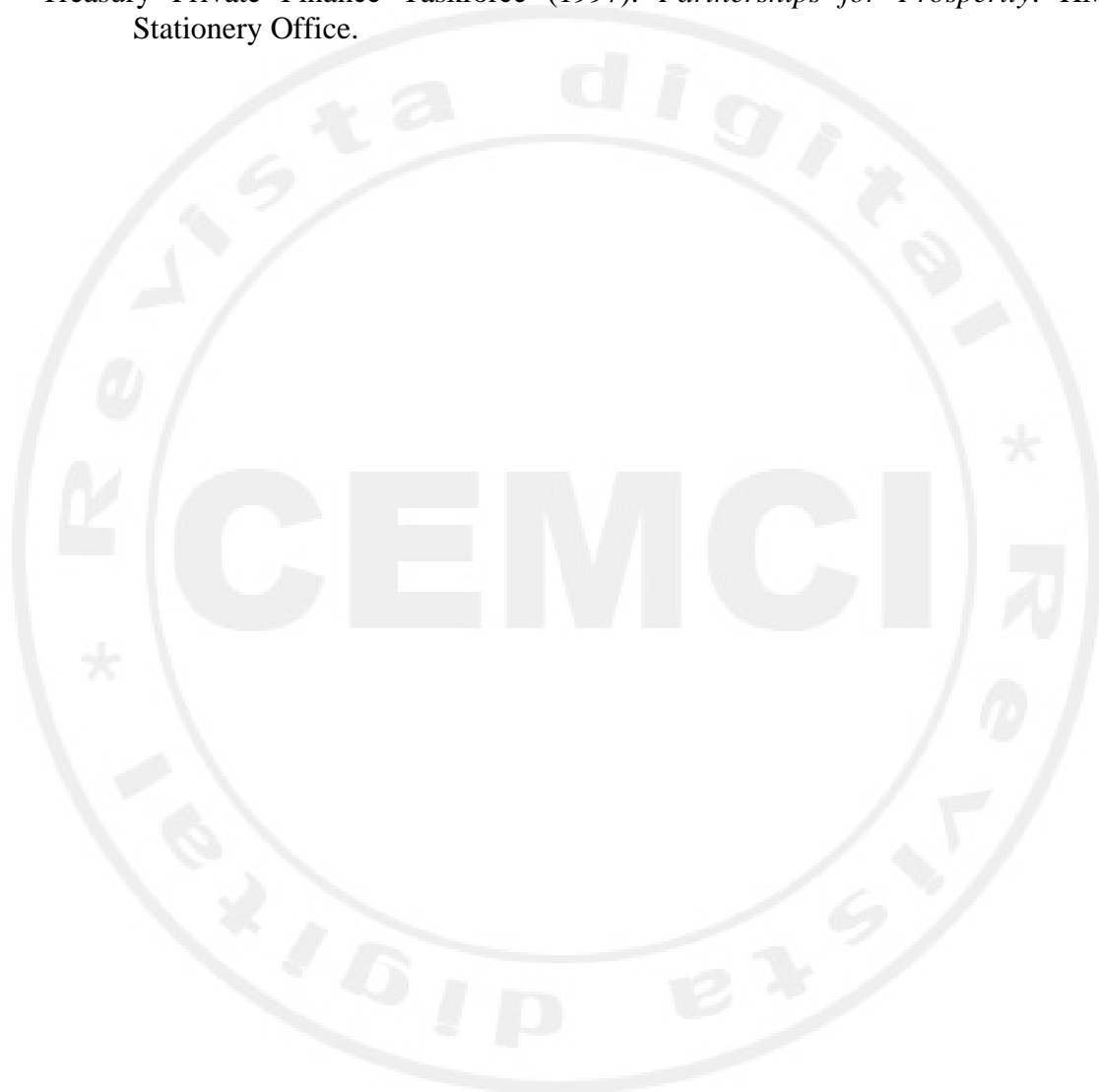
- Carol Hart (1996). *Secrets of Serotonin*, Ed. St. Martin's Press.
- Colman, A. (2003). *Oxford Dictionary of Psychology*. Oxford: Oxford University Press.
- Concha, M. (2005). La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras. *Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública*, 52.
- Giddens, A. (1999). *La Tercera Vía*. Madrid: Taurus.
- Goidel, Robert K., and Todd G. Shields. (1994). The Vanishing Marginals, the Bandwagon, and the Mass Media. *The Journal of Politics*, 56, 802-810.
- Juan, A. M. y Rodríguez, J. (2006). *La Colaboración Público-Privada en la financiación de las infraestructuras o servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*. Madrid. IEF, Colección Estudios Jurídicos.
- McAllister, Ian, and Donley T. Studlar (1991). Bandwagon, Underdog, or Projection? Opinion Polls and Electoral Choice in Britain, 1979-1987. *The Journal of Politics*, 53, 720-740.
- Michael L. Anstey, Stephen M. Rogers, Swidbert R. Ott, Malcolm Burrows, and Stephen J. Simpson (2009). Serotonin Mediates Behavioral Gregarization Underlying Swarm Formation in Desert Locusts. *Science*, Vol. 323. no. 5914, 627 – 630.
- Natera, A. (2004). La noción de Gobernanza como gestión pública participativa y reticular. Universidad Carlos III, Documento de trabajo 2/2004.
- Partnerships Victoria, The Secretary Department of Treasury and Finance (2001). *Public Sector Comparator*, Technical Note.
- Syd Baumel (1999). *Serotonin*, Oxford: McGraw-Hill Professional.



Private Finance Panel (1995). *Private opportunity, Public benefit: Progressing the Private Finance Initiative*. London. HM Stationery Office.

The Scottish Parliament (2001). *Public Private Partnerships and the Private Finance Initiative: A review of recent Literature*. Research Note for the Finance Committee.

Treasury Private Finance Taskforce (1997). *Partnerships for Prosperity*. HM Stationery Office.







## **ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA DE CONCESIONARIOS PÚBLICOS O CONTRATISTAS EN EL ÁMBITO LOCAL**

Elena GALÁN RODRÍGUEZ DE ISLA

*Magistrada de los Juzgados de Bilbao*

### **SUMARIO:**

1. Introducción.
2. Elementos subjetivos.
  - 2.1. Legitimación activa.
  - 2.2. Legitimación pasiva.
    - 2.2.1. Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.
    - 2.2.2. Acción u omisión.
    - 2.2.3. Concurrencia de administraciones.
3. Elementos objetivos.
  - 3.1. Individualización del daño.
  - 3.2. Daño efectivo y evaluable económicamente.
  - 3.3. Relación de causalidad.
  - 3.4. Ausencia de fuerza mayor.
4. Elementos temporales. Prescripción.
5. Especial mención a la responsabilidad patrimonial en materia de concesionarios públicos o contratistas.
  - 5.1. Regulación legal.
  - 5.2. Interpretación jurisprudencial.
  - 5.3. Contenido de la resolución administrativa.

### **1. INTRODUCCION.**

La Constitución de 27 de diciembre de 1978, recoge en su artículo 9.3 el principio de responsabilidad de los poderes públicos y, a su vez, en el artículo 106.2 señala que “los particulares, en los términos establecidos en la Ley tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

Por otra parte, el artículo 149.1.18ª del texto constitucional atribuye competencia exclusiva al Estado en relación al sistema de responsabilidad de todas las

Administraciones Públicas, lo que significa que las Comunidades Autónomas habrán de atenerse a la legislación general, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivadas de su específica organización.

Con carácter general, la responsabilidad objetiva de la Administración aparece regulada en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

Actualmente, la normativa legal que contempla los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, viene constituida por el artículo 139 de la Ley de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LRJAP-PAC ) que dispone: “1.Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2.En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.3.Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.4.La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas, en materia de responsabilidad patrimonial, en su artículo 2 preceptúa: “1.Mediante los procedimientos previstos en este Reglamento las Administraciones Públicas reconocerán el derecho a indemnización de los particulares en los términos previstos en el Capítulo I del Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por las lesiones que aquellos sufran en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. También serán de aplicación los procedimientos previstos en este Reglamento para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en que incurran las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado”.

Por otro lado, la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece: “La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”.

En el ámbito local, la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, que se remite a la legislación estatal, determina en su artículo 54, que “Las Entidades Locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”. Especial mención hay que hacer al artículo 25 apartado 2 de la LBRL, que determina las competencias que el Municipio ejercerá, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas y singularmente, el artículo 26 del citado texto legal que preceptúa: “1.Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los siguientes servicios:

- a) En todos los Municipios: Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos urbanos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.
- b) En los municipios con población superior a 5000 habitantes, además: Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.
- c) En los municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público”.

Finalmente, hay que recalcar que, además, de la normativa general que ha sido puesta de manifiesto, no puede obviarse la existencia de normas especiales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, y así cabe reseñar, la establecida en materia urbanística en el art. 35 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo.

## 2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

### 2.1. Legitimación activa

Sobre este particular, cabe indicar que a tenor del art. 106.2 CE, pueden reclamar la responsabilidad extracontractual de la Administración los particulares por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos. En iguales términos, se pronuncia el art. 139.1 LRJAP-PAC, bien entendido que la expresión “particulares”, ha de considerarse ligada al concepto de administrados, en su doble cualidad de sujetos pasivos de las potestades administrativas y sujetos activos de derechos subjetivos frente a la Administración.

Asimismo, hay que resaltar que aunque la Ley habla de indemnización a los particulares, según reiterada doctrina jurisprudencial dicho concepto debe entenderse en un sentido amplio, en cuanto engloba cualquier sujeto lesionado, es decir, otros entes públicos u otra administración.

Por consiguiente, la legitimación activa puede definirse como una relación fijada por la Ley entre una persona física o jurídica y el contenido de la pretensión necesaria para que aquella pueda ejercitarla ante los Tribunales de Justicia.

En este sentido, cabe citar la Sentencia de fecha 25-5-2011, del TSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec.4ª, rec.71/2008, que en su fundamento de derecho segundo, afirma:

“En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se define, según una consolidada jurisprudencia de este Tribunal, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse está, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva.

El criterio de delimitación de la legitimación fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo ( artículo 19.1. a ) Ley 29/1998, como superador del inicial interés directo ( artículo 28 LJCA de 1956 ), en el orden contencioso-administrativo ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional ( entre otras SSTC 60/2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre, y 10/2003, de 20 de enero ) el cual insiste en que las normas procesales deben ser interpretadas en sentido amplio ( STC

73/2004, de 22 de abril ) máxime tras haber procedido a entender sustituido el interés directo por el más amplio de interés legítimo identificable con cualquier ventaja o utilidad derivada de la reparación pretendida ( entre otras SSTC 60/1982, de 11 de octubre, 257/1988, de 22 de diciembre y 97/1991, de 9 de mayo )..”.

## **2.2. Legitimación pasiva**

Lógicamente, para que exista responsabilidad de la Administración debe existir una actuación imputable a la misma, esto es, mediante las personas físicas que conforman sus órganos y actúan por cuenta de ella, dentro del contexto del funcionamiento normal o anormal de la Administración.

### *2.2.1. Funcionamiento normal o anormal de los servicios.*

La responsabilidad de la administración deviene no solo por un funcionamiento anormal de los servicios, sino que el resultado dañoso puede surgir como consecuencia de una actuación normal de la administración. Y, a este respecto, el concepto de servicio público ha de considerarse en su sentido amplio, como actividad administrativa, gestión o quehacer administrativo.

La antijuricidad, susceptible de convertirse en lesión indemnizable, se predica del efecto de la acción de un servicio público, no del agente de la Administración causante del daño, a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio ciudadano, que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado, en tanto en cuanto no exista fuerza mayor o causa de justificación que legitimen como tales el perjuicio de que se trate (STS 4ª 12-7-85).

El principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se configura en el funcionamiento normal o anormal de aquélla al prestar un servicio público; ello quiere decir que basta la producción de un daño individualizado y con trascendencia económica para que se deba analizar la producción del mismo con la prestación de un determinado servicio público, y especialmente a efectos de poder determinar la existencia de fuerza mayor, que excluiría la responsabilidad.

Por otra parte, hay que recordar que si bien es cierto que la simple declaración de nulidad de un acto administrativo no presupone ni genera inexorablemente un derecho a la indemnización, por surgir ésta de la existencia de un daño o lesión patrimonial, no es menos cierto que si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración puede resultar obligada, como sucede,

verbigracia, en el caso en el que el/la recurrente/a sufre, hasta la cancelación del aval presentado para suspender la ejecución de la liquidación tributaria reclamada, perjuicio que además, y en el caso concreto de deuda tributaria extinguida por causa de la prescripción por dimanar de un funcionamiento anormal de la Administración, no debe ser soportado por el/la actor/a.

En este apartado, resulta conveniente hacer una referencia a la problemática que puede surgir con los organismos públicos y empresas públicas.

Pues bien, la aplicación del Derecho Público o del Derecho Privado a la actividad administrativa responde a la necesidad de cumplir un determinado fin de la forma más eficaz y adecuada posible. En un primer momento las formas públicas para la consecución de esos fines eran absolutas, si bien en la actualidad se encuentran desbordadas por la exteriorización de la Administración Pública bajo fórmulas reguladas por el Derecho Privado. Los servicios públicos son todos aquellos que, pudiendo gestionarse de manera directa incluso a través de la constitución de una sociedad mercantil, tienden a la consecución de los fines señalados que son competencia de las Administraciones Públicas.

Es un hecho indiscutible que la Administración Pública en su forma de organización y de manifestación externa, en cuanto se refiere a la mejor prestación de los servicios públicos, en beneficio del interés general, puede acudir al Derecho Público o al Derecho Privado, siendo una cuestión de oportunidad y de eficacia. Tanto en un caso como en otro, las Administraciones pueden crear organismos y sociedades mercantiles que coadyuvarán en la gestión del interés general, aun cuando adopten formas propias del Derecho Privado, en cuanto a su composición y gestión interna.

Así, pudiera darse el caso, por ejemplo, que ante una caída de un ciudadano/a, en un edificio sea o no titularidad de un Ayuntamiento, en el que se encomienda a través de una sociedad de economía mixta, la gestión en materia de vivienda, no resultaría conforme a derecho que el mismo, pudiera oponer que la pretensión ejercitada de responsabilidad patrimonial, deber ser conocida por la Jurisdicción civil, por considerar que la citada mercantil no ejerce potestades administrativas, pues la jurisdicción contencioso-administrativa sería competente para el conocimiento y decisión final de la controversia, en atención a lo que se dispone en el art. 2 de la LJCA y en el art. 9 de la LOPJ.

### 2.2.2. Acción u omisión

El daño puede ser causado por acción o por omisión, que presenta particularidades propias, ya que como advierte la Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 8ª, de fecha 27-2-2012, en su fundamento de derecho octavo: “...como ha dicho recientemente esta Sala en sus sentencias de 16 de mayo de 2008, 27 de enero de 2009 y 31 de marzo de 2009, la relación de causalidad no opera del mismo modo en el supuesto de comportamiento activo que en el supuesto de comportamiento omisivo. Tratándose de una acción de la Administración, basta que la lesión sea lógicamente consecuencia de aquélla. Problema distinto es si esa conexión lógica debe entenderse como equivalencia en esta sede, pues en todo caso el problema es de atribución lógica del resultado lesivo a la acción de la Administración. En cambio, tratándose de una omisión de la Administración, no es suficiente una pura conexión lógica para establecer la relación de causalidad; si así fuera, toda lesión acaecida sin que la Administración hubiera hecho nada para evitarla sería imputable a la propia Administración; pero el buen sentido indica que a la Administración sólo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Ello conduce necesariamente a una conclusión: en el supuesto de comportamiento omisivo, no basta que la intervención de la Administración hubiera impedido la lesión, puesto esto conduciría a una ampliación irrazonablemente desmesurada de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es necesario que haya algún otro dato en virtud del cual quepa objetivamente imputar la lesión a dicho comportamiento omisivo de la Administración. Y ese dato que permite hacer la imputación objetiva sólo puede ser la existencia de un deber jurídico de actuar...”.

Como clarifica la Sentencia de 15-2-2012 del TSJ Asturias Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª en su fundamento de derecho cuarto: “...no basta con que un hecho con resultado lesivo se produzca en una instalación pública, o más concretamente en el interior de un centro público, para que a tal circunstancia se anude sin más la concurrencia de responsabilidad patrimonial (STS, Sala 3ª, de 24-9-2001, rec. 5348/97; 13-9-2002, rec. 3192/01; 20-3-2003, rec.190/02; y 1-7-2004, rec. 357/03, lo que convertiría a las Administraciones públicas en entidades providencialistas ( STS, Sala 3, de 13-11-97, rec. 4451/93; y 5-6-98, rec. 1662/94 concurrir un déficit de atención, vigilancia o cuidado, imputable a los responsables del centro ( STS, Sala 3ª, de 16-2-99, rec. 6361/94; 20-1-2003; rec. 8543/98; y 20-12-2004; rec. 3999/01), o bien, un estado inadecuado de las instalaciones ( STS, Sala 3ª, de 28-2-2003, rec. 9789/98 ).

Por tanto, en contra de lo que aduce el recurrente, el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva no implica que la misma

deba responder necesariamente de todos los daños que se puedan sufrir en centros públicos, sino que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan. Para el éxito de la pretensión deducida sería totalmente imprescindible acreditar que la caída tuvo su origen o una conexión causal con un defectuoso mantenimiento de las instalaciones sanitarias en el lugar en que se produjo el percance, bien porque existía el barrillo en el suelo o bien porque el material de dicho suelo fuese resbaladizo, como sostiene la actora.

Es reiterada la jurisprudencia que viene a reconocer que el estándar de eficacia que es exigible a los servicios públicos no es de carácter absoluto, pues, en otro caso, se llegaría a la exigencia de un estándar de eficacia que excedería de los que comúnmente se reputan obligatorios en la actualidad y convertiríamos a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa de responsabilidad de las Administraciones Públicas creando un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, se sigue de ello que no pueda en el presente supuesto afirmarse la responsabilidad reclamada, cuando no puede olvidarse, con independencia de que el suelo pudiera encontrarse resbaladizo por la lluvia caída, que la posibilidad de caerse en la vía pública surge desde el mismo momento en que se transita por ella, sin que las consecuencias de esta caída puedan ser imputadas sin más a la Administración responsable, riesgo que aumenta cuando la zona por la que se transita está en rampa y que se incrementa aún más, si quien transita es una persona lesionada en una rodilla y que puede hacerlo con distracción, o con calzado inadecuado, y que consecuentemente ha de asumir el riesgo de una caída en la forma y lugar en que la misma se produce...”

Al margen de doctrina jurisprudencial existente sobre la materia tratada, no puede desconocerse que la determinación de los estándares de rendimiento que deben ser exigidos a las Administraciones Públicas, en la prestación de los servicios de su titularidad, es una tarea compleja, no exenta de evidentes dificultades, pudiendo establecerse estos criterios:

- a) primer lugar, debe tomarse en consideración la Administración Pública titular del servicio, pues resulta obvio que no puede exigirse el mismo nivel de exigencia en la prestación de servicios a la Administración Estatal, Autonómico o a la Local, pues los medios económicos y materiales de los que dispone una u otra son bien diferentes.



- b) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el concepto de servicio público de que se trate, pues no a todos los servicios que presenten las Administraciones debe serle exigido el mismo estándar de calidad. Buena prueba de lo que aquí, se dice se encuentra en el artículo 26 de la LBRL, que distingue entre servicios que deben ser prestados por todos los municipios ( apartado 1 a ) y otros que deben ser prestados por los municipios dependiendo de su población, lo que pone de manifiesto que el nivel de calidad del servicio debe ser más elevado cuando se trata de aquellos servicios que el propio Legislador ha considerado como esenciales, en la medida en que deben ser prestados por todos los municipios sin excepción.
- c) En tercer lugar, en el caso de la Administración Local es un criterio a tomar en consideración la propia magnitud del Ente Local, pues no parece lógico que se exija el mismo estándar de rendimiento del servicio a un Ayuntamiento acogido al régimen jurídico de los municipios de gran población que a otro que, verbigracia, funcione en régimen de concejo abierto, pues es evidente que las posibilidades presupuestarias de uno y otro son bien diferentes.
- d) En cuarto lugar, que nos encontremos ante un supuesto de acción u omisión, pues en este último caso se debería tomar en consideración la existencia o no de un deber de actuar, la omisión por parte de la Administración de tal deber, y que la actividad sea materialmente posible.

### *2.2.3. Concurrencia de administraciones*

Sobre esta materia, dispone el artículo 140 en el apartado 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que: “Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas; añadiendo el apartado 2 que, en otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”.

De la expresa dicción del precepto citado, cabe extraer la conclusión de que frente al principio de responsabilidad individual, debe regir como regla general el principio de

responsabilidad solidaria cuando no sea posible dicha determinación y todo ello atendiendo a una posición garantista del administrado.

Así, la Sentencia de 6 de febrero de 2012 de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución desestimatoria presunta del Ministerio de Cultura sobre reclamación por responsabilidad patrimonial, señalando que las Administraciones demandadas no han adoptado medida precautoria alguna para evitar el daño ocasionado al recurrente y aludiendo a que habrían sido numerosas las ocasiones en que se han desprendido piedras de la Muralla, sin que las entidades responsables, tanto de la administración local, autonómica y estatal, hayan adoptado medidas para garantizar la seguridad de los transeúntes, que, como en el presente caso, y con la necesaria diligencia en la conservación de la Muralla y en la adopción de determinadas medidas precautorias, señalando y advirtiendo de los riesgos existentes, pudo haberse evitado el daño producido.

Asimismo, cuando hablamos de formas de actuación conjunta de administraciones, se hace necesario dejar constancia de un supuesto singular que ha sido contemplado, por el Tribunal Supremo Sala 3<sup>a</sup>, sec. 1<sup>a</sup>, S 8-1-2010, rec 107/2009, que establece que una interpretación integradora de las reglas sobre competencia objetiva previstas en la Ley Jurisdiccional permite deducir que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial. Y, así se dispone en la referida sentencia que aunque, en principio, el conocimiento de las impugnaciones de las decisiones adoptadas en materia de responsabilidad patrimonial por parte de los órganos competentes de una Comunidad Autónoma y de la Administración General del Estado correspondería a órganos jurisdiccionales diferentes, la finalidad de no dividir la continencia de la causa y evitar resoluciones contradictorias postula a favor de un conocimiento unitario por parte del órgano jurisdiccional que tenga una competencia más amplia.

### **3. ELEMENTOS OBJETIVOS**

Nuestra jurisprudencia viene exigiendo de forma constante y reiterada los siguientes requisitos:

#### **3.1. Individualización del daño**

Conforme preceptúa el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Ello determina que el daño debe formar parte del patrimonio del afectado y que no constituya una carga común que todos los administrados tengan el deber soportar.

#### **3.2. Daño efectivo y evaluable económicamente**

Acreditada la existencia de responsabilidad patrimonial y la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y los daños o perjuicios ocasionados, los mismos han de ser ciertos e individualizados. A tal efecto, tanto el daño emergente como el lucro cesante, es decir, aquellos perjuicios que suponen una carga añadida al daño, ya que son ganancias dejadas de percibir, o bien cifra de negocio que no se realizó debido a la actuación de la Administración, pueden encuadrarse dentro de este concepto.

Según describe la Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6ª, de fecha 7-7-2010 en su fundamento de derecho quinto: "... La lesión se define como daño ilegítimo, pues no todo perjuicio es constitutivo de una lesión en el sentido técnico-jurídico del término, porque si bien toda lesión es integrante de un daño y perjuicio no todo daño y perjuicio es constitutivo de una lesión, dentro del marco de los arts. 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Esa antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño o el perjuicio y ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la ley y el grupo normativo de ella derivado justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito... Debe pues concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización conforme a la conciencia social...".

También, cabe citar la Sentencia de fecha de 19-10-2011, del TSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su fundamento de derecho cuarto: “... Es jurisprudencia reiterada la que sostiene que la extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 106.2 CE y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al principio de la reparación integral. De ahí que la reparación comprenda todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante, artículo 1106 CC, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el *pretium doloris* como precisaron las tempranas sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984 y 7 de octubre de 1989, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y abarca tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados ( SSTS 23 de febrero de 1988 y 10 de febrero de 1998 ).

El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de junio 2011, tras reiterar que el principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración comprende todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral, con remisión a la sentencia de 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/09, ( con cita de otras anteriores ) señala que el resarcimiento del daño moral por su carácter efectivo y de *pretium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo por lo que deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, estableciendo como criterios jurisprudenciales a que ha de ajustarse el órgano jurisdiccional, los de reparabilidad económica del daño moral y la razonabilidad de su compensación en atención a los hechos declarados probados...”.

Respecto de los gastos judiciales, existen sentencias en las que no se admiten la indemnización de estos gastos.

La Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª de 26-4-2012, en su fundamento de derecho sexto, señala que: “no ha lugar a la cantidad reclamada en concepto de honorarios de Abogado correspondientes a los gastos necesarios para entablar la reclamación de la responsabilidad patrimonial ante la Administración en base, fundamentalmente a que la presencia de un Letrado no resulta

necesaria para entablar dicha reclamación en vía administrativa. Y también, en el mismo sentido, de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de las SSTs de 30 de marzo de 2006 y de 4 de diciembre de 2006...”.

### **3.3. Relación de causalidad**

La jurisprudencia, con relación al tema que nos ocupa, se ha pronunciado en la siguiente manera:

Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26-3-2012, fundamento de derecho segundo: “... la copiosa jurisprudencia sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina de la que pueden significarse como pilares fundamentales los siguientes: a ) La legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados hayan sufrido en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total administrativa; b) Servicio público viene a ser sinónimo de actividad administrativa y para su calificación hay que atender, más que a una tipificación especial de alguna de las formas en que suelen presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración; c) De ahí que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular sin que éste venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material, o en omisión de una obligación legal.

Los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: en primer lugar, la efectiva realidad de un daño material, individualizado o económicamente evaluable, segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (Reglamento, acto administrativo, legal o ilegal, siempre actuación material o mera omisión); por último, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley...

No obstante, también ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo ( por todas, sentencia de cinco de junio de 1998 ) que no es acorde con el principio de

responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, entre otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Cabe señalar, por último, que a los fines del artículo 106.2 de la Constitución, El Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras, de veintidós de marzo de 1995, homologado como servicio público toda actuación, gestión, actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo...”.

En este caso, la precitada sentencia desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial de una agresión sufrida por una menor, a manos y pies de otro alumno, accidente producido en el patio del Instituto, en hora de recreo, sin participación de educadores ni responsables directivos del centro, ni por falta acreditada de vigilancia sobre parámetros distintos de los usuales en una actividad normal y programada en el centro. Ni hubo, en ese sentido, acontecimiento extraordinario que hubiera obligado a intervenir y cuya omisión propiciase la responsabilidad del centro. Porque una cosa es que la responsabilidad patrimonial de la Administración se haya objetivado en considerables proporciones, y otra muy distinta que por el mero hecho de haberse producido una lesión en el interior de un colegio público, tenga que responder la Administración en este caso, la Educativa.

En esta línea, la Sentencia del TSJ Cataluña Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20-3-2012: “desestima el recurso deducido contra la resolución de la Generalitat de Catalunya que rechazó la petición indemnizatoria de los daños y perjuicios causados con motivo de una adopción de una niña en la República del Congo, salvo la cuantía reclamada por el concepto de contrato entre la parte demandante y ADIC, que deberá abonar la Administración Pública demandada. La Sala aprecia que no fueron las irregularidades detectadas provocadas por la incapacidad de la asociación el

detonante del fracaso material de la adopción de la niña que había sido asignada a la parte demandante, sino la intervención de un tercero, como es la Administración Pública Congoleña, que legalmente rompe el nexo causal, al intervenir en el proceso de adopción en la forma impeditiva que lo hizo, lo que impide atribuir la responsabilidad en el aspecto resarcitoria a la Administración Pública demandada”.

Igualmente, no resulta ineludible el requisito de la exclusividad en el nexo causal pues pueden concurrir concausas, que si bien no exoneran de responsabilidad a la Administración, la consecuencia es que cabe moderar equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización.

De forma semejante, se pronuncia la Sentencia 15-3-2012 de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, determinando en su fundamento de derecho tercero “... la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de las responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización. El hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación (asumiendo cada una la parte que le corresponde) o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado.

La doctrina expuesta es así contemplada en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio, 7 de julio, 20 de octubre y 16 de diciembre de 1997, 10 de febrero de 1998, 10 de junio de 2003 y 23 de septiembre de 2004...”.

### **3.4. Ausencia de fuerza mayor**

Con relación a la cuestión tratada la jurisprudencia ha venido declarando que la fuerza mayor se configura como aquel evento imprevisto e irresistible, de tal forma que dicho evento sería difícilmente previsible pero que, aunque previsible, sería inevitable, añadiéndose en el ámbito administrativo, además la nota de ajeneidad del servicio, en el sentido que sólo aquel evento exterior al funcionamiento de los servicios en cuyo seno surge la lesión. La fuerza mayor es concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera de círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuese inevitable, como guerras, terremotos, etc., pero no aquellos eventos internos, intrínsecos, e ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos. Además, señala la

Jurisprudencia que la carga de probar la concurrencia de la fuerza mayor corre de cuenta de la Administración pues el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquélla responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

En este sentido, la Sentencia de fecha de 28-6-2010 del TSJ Murcia Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su fundamento de derecho tercero recoge que “según la doctrina jurisprudencial por fuerza mayor debe entenderse aquellos acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza, y por caso fortuito, los acontecimientos o hechos imprevisibles pero insertos en el funcionamiento interno de cada actividad o servicio, según su naturaleza. Son constitutivos de fuerza mayor los acontecimientos imprevisibles e inevitables caso de ser previstos, que excedan de los riesgos propios de la empresa, esto es de los derivados de la propia naturaleza de los servicios públicos (STS de 2-4-85) o los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su propia naturaleza (STS de 4-2-83). Estos últimos que integran el caso fortuito no son obstáculo a la declaración de responsabilidad pese a ser independientes del actuar del órgano administrativo y incluso de la posibilidad de evitar los efectos dañosos aún empleando la máxima diligencia. Es evidente por tanto que la jurisprudencia distingue entre ambas figuras según la nota de exterioridad o interioridad del hecho dañoso. La fuerza mayor es una causa no solo irresistible, sino sobre todo extraña y ajena al funcionamiento del servicio. Un acontecimiento exterior o inesperado, imprevisible o irresistible ( SSTS 16-11-74 y 3-11-75; acontecimiento que aparte de ser ordinariamente imprevisible y siempre inevitable, excede de los riesgos propios de la empresa ( STS de 12-3-84 ); suceso que está fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable. Por su parte el caso fortuito es de hecho imprevisible o indeterminable, pero interno al funcionamiento del servicio, conectado a sus propios elementos intrínsecos: aquellos eventos intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos del Ayuntamiento...”.



#### **4. ELEMENTOS TEMPORALES. PRESCRIPCIÓN.**

En virtud del artículo 142.5 LRJAP-PAC, el derecho a reclamar prescribe al año siguiente al hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, si bien en caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En cuanto al cómputo de la prescripción, interesa destacar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sec. 4ª de 23-7-2012, que en su fundamento de derecho décimo determina: "...debemos recordar que en la Sentencia de 5 de abril de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 96/2009, se reitera lo dicho en la Sentencia de 30 de marzo de 2010, recurso de casación para la unificación de doctrina 103/2008, ambas de la Sección 4ª, en el sentido de que el "*dies a quo*" para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozca definitivamente los efectos del quebranto" ( FJ5º), es decir, en términos de la STS de 27 de abril de 2010, recurso de casación 5477/2005, Sección Sexta, "cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión" ( FJ2º).

En la citada Sentencia de 27 de abril de 2010 se recuerda la jurisprudencia que declara que "la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello...". En la Sentencia de 15 de setiembre de 2008, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina 238/2007, donde se hace mención, FJ 4º, a otras sentencias que, "defienden que la fecha inicial para contar el plazo de prescripción del artículo 142, apartado 5, de la Ley 30/1992, tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas, es la de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud. Esta merma puede ser permanente, producirse en un momento determinado y quedar inalterada, o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el período de prescripción se inicia cuando se producen, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que en el segundo, como no pueden medirse ab initio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el repetido precepto legal, el "alcance de las secuelas". De la doctrina precedente cita la Sentencia de 11 de mayo de 2004, en que se pone de relieve que: por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un

daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos...”.

En la misma línea, cabe invocar la Sentencia de 15-6-2012, del TSJ Castilla-León ( sede Burgos ), Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec., 2ª, que en su fundamento de derecho segundo, señala que: “...la interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada ( sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980 ). De esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello...”.

## **5. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN MATERIA DE CONCESIONARIOS PÚBLICOS O CONTRATISTAS**

### **5.1. Regulación legal**

El marco normativo más reciente venía constituido por el artículo 98, sobre indemnización de daños y perjuicios, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas- derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de

16 de junio, que incorpora su tenor literal, salvo el calificativo civil del apartado 3, al artículo 97, luego incorporado al art. 198 LCSP. Asimismo, cabe citar el art. 229 y 256 del citado texto legal y hoy, al art. 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que siguiendo la legislación precedente y bajo la rúbrica de “indemnización de daños y perjuicios” establece: “1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. 2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

Igualmente, el artículo 246 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Ley de Contratos del Sector Público, obliga al concesionario a “e) Indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de la obra o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 214”; y el artículo 280 obliga al gestor de servicios públicos “c ) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”.

Asimismo, el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial señala que “ Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso, se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el

procedimiento, al efecto de que se pronuncie en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.

De la literalidad de los preceptos que han sido mencionados de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se desprende que no existe relación de causalidad entre el actuar de la administración y el daño producido, cuando los mismos no hayan sido ocasionados por una orden directa o proyecto de la Administración, por lo que, *prima facie*, no rige el principio de solidaridad.

## 5.2. Interpretación jurisprudencial

Como, recientemente, recoge el TSJ de Castilla-León (sede Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 9-3-2012: “en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la sentencia de 6 de octubre de 1994:

“Una tesis que ha entendido que el art.134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista.

Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973...

La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista”, tesis que mantienen también las sentencias entre otras de 19 de febrero de 2002 y 11 de julio de 1995.

Esta segunda línea jurisprudencial, afirma la sentencia de 30 de abril de 2001, es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala “ no sólo porque el texto del artículo 134 citado

es clarísimo a juicio de nuestra Sala “ no sólo porque el texto carece de sentido, y atenta al principio de economía procesal, que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo”.

Un claro exponente de la citada doctrina jurisprudencial, viene precedido por la Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17-12-2010, sec. 8ª, que en su fundamento de derecho tercero señala: “... Esta línea de interpretación es confirmada por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, en su sentencia de 30 de marzo de 2009, dictada en el recurso 10680/2004 donde leemos: “...la regla general de responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato, debido a que su intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto. En la noción de “órdenes” se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos en su puesta en práctica... Los indicados preceptos imponen a la Administración una estricta disciplina de procedimiento... Cabe que los perjudicados, conforme les autoriza el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 ( y les autorizaba el último párrafo del artículo 134 del Reglamento General de Contratación ), se dirijan al órgano de contratación para que, previa audiencia del contratista, se pronuncie sobre a quién ( este último o la Administración misma ) le toca responder de los daños, decisión susceptible de las impugnaciones administrativas y jurisdiccionales que procedan ( artículo 107 de la Ley 30/1992, 106, apartado 1, de la Constitución, 1 y 25 de la Ley 29/1998 ). Si resuelve que la responsabilidad es del primero, el órgano de contratación dejará expedita la vía para que los perjudicados se dirijan contra él; en otro caso, seguirá el cauce establecido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de 26 de marzo, porque así lo dispone su artículo 1, apartado 3 (véase la sentencia de 22 de mayo de 2007, ya citada, FJ 3º). Dado que el apartado 3 del artículo 98 de la Ley 13/1995 configura como una facultad la posibilidad sobre el sujeto responsable, cabe que también que reclamen directamente a la Administración contratante al amparo de los artículos 106, apartado 2, de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992...”.

Continúa refiriendo la precitada sentencia que: “En esta tesitura, dicha Administración puede optar entre dos alternativas: considerar que concurren los requisitos para declarar la existencia de responsabilidad o estimar que están ausentes y que, por lo tanto, no procede esa declaración; en la primera hipótesis pueden ofrecerse, a su vez, dos salidas posibles; a saber: entender que la responsabilidad corresponde al contratista o que, por darse los supuestos que contempla el apartado 2 del repetido artículo 98, sea ella misma quien tiene que hacer frente a la reparación. En este último caso así lo acordará y en el otro deberá reconducir a los interesados hacia el cauce adecuado, abriéndoles el camino para que hagan efectivo su derecho ante el adjudicatario responsable. Desde luego, ésta fuera de lugar que, ante tal eventualidad, se limite a declarar su irresponsabilidad, cerrando a los perjudicados las puertas para actuar contra la empresa obligada a resarcirles. Así se lo impiden, no sólo el espíritu del artículo 98 de la Ley 13/1995, que quiere un previo pronunciamiento administrativo sobre la imputación del daño, cualquiera que sea el modo en que se suscite la cuestión, sino principios básicos de nuestro sistema administrativo en general, como los de buena fe y confianza legítima ( artículo 3, apartado 1, de la Ley 30/1992 ), y de su procedimiento particular, que obligan a impulsarlo de oficio y a poner en conocimiento de los interesados los defectos de que adolecieren sus actos a fin de que los subsanen en tiempo oportuno ( artículos 71, 74, apartado 1, y 76, apartado 2, de la misma Ley ). Estas exigencias resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la callada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada...”.

Por consiguiente, cabe extraer la conclusión de que esta segunda postura que consiste en que la responsabilidad del contratista o concesionario por los daños que ocasione la ejecución de la obra pública o la gestión del servicio público, sería directa y objetiva, es la seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que si bien es cierto que primeramente siguió la tesis primera. Ahora bien, cabe matizar que dentro de dicha doctrina jurisprudencial, mayoritariamente los Tribunales Superiores de justicia, se

decantan por la tesis de que la responsabilidad directa del contratista, cede a favor de una imputación directa de la Administración cuando ésta, en vía administrativa, desestima la reclamación por el mero hecho de existir un contratista o concesionario, o bien, por no haber otorgado audiencia al mismo, o se limite a imputar el daño al contratista o concesionario directamente sin valoración del nexo causal, supuesto en que responderá directamente la Administración, y todo ello sin perjuicio de la acción de repetición frente a los mismos.

### **5.3. Contenido de la resolución administrativa**

En este contexto y atendiendo a los pronunciamientos precedentes, resulta relevante detenerse en un análisis del contenido que puede revestir la resolución administrativa:

#### *a) Desestimación presunta de la administración*

En el supuesto de que la Administración no resuelva el silencio es negativo, conforme al art. 142.7 y 143.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, una vez transcurrido el plazo de seis meses o 30 días del artículo 17.2 establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas. Pues bien, como se ha señalado precedentemente, si iniciado el procedimiento los contratistas o concesionarios, y por tanto, se ha omitido el trámite de oír sus alegaciones o presentar pruebas, la Administración no podrá en el proceso judicial, como mecanismo de defensa, imputar la responsabilidad a los mismos, sin perjuicio, en caso de condena, de la vía de repetición, siendo la responsabilidad directa de la Administración como titular del servicio cuyo funcionamiento normal o anormal del servicio ha provocado el daño.

#### *b) Desestimación expresa*

En este caso, la Administración puede considerar que no concurren los requisitos del art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que la acción ha prescrito o ha existido fuerza mayor. Si los contratistas o concesionarios han sido llamados en el procedimiento administrativo, permitirá al perjudicado, en su caso, concretar en la demanda la responsabilidad de cada uno de ellos, a fin de que, el Tribunal se pronuncie sobre la responsabilidad patrimonial, cuantía, sujetos responsables y naturaleza de la responsabilidad.

*c) Estimación total de la reclamación, o bien parcial rebajando la cuantía de la indemnización.*

En este supuesto, la Administración habrá de examinar si concurren los elementos del reiterado art. 139, la cuantía de la indemnización y la participación del contratista o concesionario, o la posible concurrencia de orden directa o inmediata de la Administración como causa de responsabilidad o vicios del proyecto elaborado por la propia Administración, o en su caso declarar la responsabilidad directa del contratista o concesionario. La posición de los mismos, en el proceso judicial lo harán en su condición de parte demandada, discutiendo que no se dan los requisitos del art. 139, prescripción o fuerza mayor u otros motivos que le eximen, de acuerdo con el art. 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Ley de Contratos del Sector Público. Asimismo, pueden rebatir la cuantía de la indemnización fijada por la administración.



**LA COORDINACION DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y DEL  
PROCEDIMIENTO PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD  
URBANÍSTICA Y LA INCIDENCIA EN LOS MISMOS DE LAS  
INSTITUCIONES DE LA CADUCIDAD Y DE LA PRESCRIPCIÓN**

Juan Francisco SÁNCHEZ GONZÁLEZ

*Secretario-Interventor de Administración Local  
Servicio Provincial de Asistencia a Municipios  
Diputación Provincial de Málaga*

**SUMARIO:**

1. Introducción.
2. Vinculación entre el procedimiento para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.
3. El obligado ejercicio de las potestades como reacción frente a las infracciones urbanísticas.
4. La caducidad y la prescripción en el ámbito de la disciplina urbanística.
5. Régimen jurídico de la prescripción y de la caducidad: notas diferenciadoras.
6. La posibilidad de suspensión del procedimiento de ejecución de la sanción impuesta hasta que se resuelva sobre el procedimiento para la legalización de la actuación realizada sin título.
7. Conclusiones.

**1. INTRODUCCION.**

Se analizan en el presente trabajo las actuaciones administrativas procedentes, en los supuestos en los que una vez concluido el procedimiento sancionador, y acordada la Resolución administrativa imponiendo una sanción por la comisión de una infracción urbanística consistente en la realización de obras en suelo no urbanizable sin contar con título que las legitime, dentro de los plazos legalmente establecidos el interesado formula recurso administrativo, instando la legalización de lo ilegalmente erigido mediante la presentación conjuntamente con el referido Recurso de Reposición de un Proyecto de Actuación con objeto de legalizar las obras ejecutadas sin título que constituyen la infracción sancionada.

Desde las anteriores premisas nos preguntamos si resulta posible la suspensión del procedimiento sancionador hasta que se haya resuelto sobre la aprobación del

mencionado proyecto y, en consecuencia, sobre la legalización de las obras, dada la incidencia que dicha legalización puede tener en el importe de la sanción acordada.

## **2. LA VINCULACIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA Y EL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA.**

Dispone el artículo 192.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA) que toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística en dicha Ley da lugar a la adopción de las medidas siguientes:

- a) Las precisas para la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado;
- b) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinaria administrativas o penal y,
- c) Las que procedan para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios por parte de quienes sean declarados responsables.

El Tribunal Supremo ha venido a señalar la distinción existente entre la potestad de restauración de la legalidad urbanística y la potestad sancionadora en el ámbito urbanístico, la STS de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002\1363), invocando las SSTs de 28 de abril (RJ 2000\4953) y la de 19 de mayo de 2000 (RJ 2000\4359), indica que ya en esas dos sentencias «*precisamos la diferencia que existe entre medidas dirigidas a la restauración del orden jurídico infringido por una transgresión de la legalidad urbanística y las sanciones que se imponen como consecuencia de expedientes sancionadores seguidos a raíz de dichas infracciones (...)*» añadiendo «*Las normas de relieve para este caso pertenecen a la categoría de las denominadas imperativas o cogentes y, en cuanto a su protección, de las “plusquamperfectae”.* En virtud de su coercibilidad, una transgresión de las mismas desencadena el mecanismo encaminado a la simple restauración de la legalidad vulnerada que establece, en lo que aquí importa, el artículo 184 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976. Con la finalización del plazo de dos meses concedido en el mismo sin solicitar licencia, o sin haber podido obtenerla por incompatibilidad con el planeamiento, subsigue la

*orden de demoler lo construido ilegalmente, para restituir la realidad física al estado en que la misma se encontraba antes de producirse la transgresión, garantizando, de esta forma, el cumplimiento forzoso de la norma urbanística vulnerada. Es claro que este procedimiento es compatible y distinto de la imposición de sanciones a los responsables, previa tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, como resulta de lo establecido en el artículo 51.1, apartados 1 y 3, del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978. La coercibilidad de la norma urbanística se disocia así en estos dos mecanismos de protección conectados entre sí y compatibles entre ellos pero perfectamente diferenciables y diferenciados, sin que su dualidad infrinja, como es obvio, el principio “non bis in ídem” (sentencias de 15 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 6796), 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8744) y 24 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3812)) y sin que sea necesario esperar a que concluya el primero para iniciar o tramitar el segundo» (FJ 5°).*

La misma interpretación se consagra por el Tribunal Constitucional, en su Auto 214\2000, de 21 de septiembre, cuyo FJ 1º afirma «*De entrada, conviene precisar que sólo la sanción de multa impuesta a la recurrente queda sujeta al principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25.1 CE). No así la orden de demolición del cerramiento a costa del interesado por no ser las obras susceptibles de legalización, ya que, como se afirma en la Sentencia impugnada, se trata de una medida de protección de la legalidad urbanística, no de una sanción. En efecto, reiteradamente tiene afirmado la jurisprudencia que ante una vulneración de la legalidad urbanística hay que distinguir entre la potestad administrativa para sancionar aquella vulneración, si está tipificada como infracción urbanística (como lo exige el artículo 25.1 CE) y la potestad administrativa para restaurar el ordenamiento urbanístico conculcado, en cuanto el interesado lo ha perturbado al prescindir de la previa obtención de licencia municipal adecuada y suficiente para la realización de las obras que está llevando a cabo indebidamente. De este modo, la orden de demolición es una medida de restablecimiento del orden urbanístico infringido que no tiene carácter sancionador, por lo que respecto de la misma no cabe hablar en ningún caso de lesión del principio de legalidad en materia sancionadora al amparo del artículo 25.1 CE*».

De conformidad con lo anterior puede afirmarse que el procedimiento para el ejercicio de la potestad de Protección de la Legalidad Urbanística y el procedimiento para el ejercicio de la potestad Sancionadora, tienen carácter autónomo en su tramitación y decisión, aunque dicha autonomía no se traduce en una independencia absoluta toda vez que lo resuelto en el primero puede vincular la decisión del segundo.

Por esta razón el artículo 186.2 LOUA (y con idéntica redacción el artículo 54.2 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina

Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en cuanto sea necesaria nuevamente su cita, RDU), al tratar la relación entre las actuaciones de protección de la legalidad y el procedimiento sancionador, establece que «el procedimiento derivado del requerimiento que se practique instando la legalización y, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada se instruirá y resolverá con independencia del procedimiento sancionador que hubiera sido incoado, pero de forma coordinada con éste».

Por su parte el artículo 187 de la LOUA prevé que *«si en el momento de formularse la propuesta de resolución en el procedimiento sancionador aún no hubiera recaído resolución en el de la legalización, se deberá hacer constar expresamente la pendencia de la adopción de las medidas procedentes para el pleno restablecimiento del orden jurídico infringido y, por tanto, en su caso, para la reposición a su estado originario de la realidad física alterada»* (con el mismo redactado el artículo 56 del RDU).

La posible vinculación entre el procedimiento para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se pone otra vez de manifiesto en materia de sanciones, cuando el artículo 198 de la LOUA, al referirse a la anulación del acto o actos administrativos legitimantes de una conducta infractora como requisito para la procedencia de la exigencia de la responsabilidad administrativa en los casos que cita, en el mismo sentido se pronuncia el artículo 69 RDU).

No obstante y a los efectos que ahora nos interesan, la vinculación entre ambos procedimientos aparece especialmente reflejada en el artículo 208.2 de la LOUA, en cuya virtud *«si el hecho constitutivo de una infracción pudiera ser legalizado por no ser disconforme con la ordenación urbanística, la sanción que corresponda según el apartado anterior se reducirá en un setenta y cinco por ciento de su importe»* (idéntica redacción en artículo 79.2 del RDU).

La jurisprudencia ha venido a interpretar esta situación destacando que el expediente de protección de la legalidad debe resolverse para supuestos en que dicha vinculación pueda producirse, con anterioridad a que se resuelva el expediente sancionador, sin perjuicio de que hasta la fase resolutoria el expediente sancionador pueda seguir su normal tramitación.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) en Sentencia de 25 de Junio de 2001, recurso 2802/1996 (JUR 2001\249612) al señalar

*«Para resolver adecuadamente sobre los citados motivos de impugnación debemos tener en cuenta que la realización de obras sin licencia, en cuanto constitutiva de una posible infracción urbanística, puede generar, de una parte, y en lo que ahora interesa reseñar, las actuaciones tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística mediante la restitución de las cosas a su estado anterior; y de otra, la imposición de sanciones a las personas responsables de actuaciones ilícitas, por medio del ejercicio de la potestad sancionadora. Ambas facultades se manifiestan en resoluciones diversas, con independencia de que su tramitación pueda discurrir en el mismo o en distintos expedientes, si bien en este último caso, habrá de observarse la necesaria coordinación procedimental (art. 51, 2º del Decreto 2187/78, de 23 Jun., de Disciplina Urbanística). En el plano de la restauración de la legalidad urbanística es irrelevante la calificación (grave o leve) que merezca, desde el punto de vista sancionador, la conducta del infractor. Sin embargo el procedimiento relativo a dicho restablecimiento deberá resolverse con carácter previo al sancionador, por cuanto que la cuantía de la multa a imponer en su caso, estará en función de la condición legalizable o no de la actuación.»*

### **3. EL OBLIGADO EJERCICIO DE LAS POTESTADES COMO REACCIÓN FRENTE A LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS.**

Que deba observarse la necesaria coordinación entre la tramitación de los respectivos procedimientos para el restablecimiento de la legalidad urbanística y para el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de infracciones urbanísticas no quiere decir que la incoación de éste último procedimiento deba quedar supeditada al conocimiento del resultado de la tramitación del primero.

Ambos expedientes han de iniciarse ante el conocimiento de una actuación que pueda vulnerar la legalidad urbanística, debe recordarse que el artículo 192.1 de la LOUA señala con claridad que *«Toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística en esta Ley dará lugar a la adopción de las medidas siguientes: a) Las precisas para la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado. b) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinaria administrativas o penal. c) Las pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables».*

El deber de iniciar el procedimiento para la protección de la legalidad urbanística también aparece claramente reflejado en el artículo 37.1 RDUa al prescribir *«La Administración competente tiene el deber de iniciar el procedimiento de protección de*

*la legalidad urbanística si tiene conocimiento de cualquier acción u omisión que presuntamente vulnere la legalidad urbanística, una vez concluidas, en su caso, las actuaciones previas de averiguación de los hechos».*

Y el necesario inicio, asimismo, del procedimiento sancionador también se establece con claridad en el artículo 54.1 RDUa a cuyo tenor: *«La apreciación de la presunta comisión de una infracción urbanística definida en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, dará lugar a la incoación, instrucción y resolución del correspondiente procedimiento sancionador, sean o no legalizables los actos o usos objeto de éste».*

Debe recordarse, en cuanto pudiera resultar determinante para el contenido del Expediente Sancionador, que el artículo 47.1 RDUa señala que el acuerdo de inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística con incorporación previa de los informes técnicos y jurídicos procedentes *«habrá de ser notificado al interesado y deberá señalar motivadamente si las obras o usos son compatibles o no con la ordenación vigente o si son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística. En su caso, se advertirá al interesado de la necesidad de reposición de la realidad física alterada de no resultar posible la legalización»*, acuerdo de inicio que, redactado en los anteriores términos, resultará determinante también para la calificación inicial de la infracción cometida y la sanción correspondiente por aplicación de las reglas contenidas en el RDUa.

Por lo demás debemos tener en cuenta:

1) que el plazo de caducidad de ambos procedimientos (del de protección de la legalidad y del procedimiento sancionador) es de 1 año (artículos 182.5 de la LOUA y 45.2 del RDUa para el caso del procedimiento de protección de la legalidad urbanística y artículos 196.2 de la LOUA 66.2 del RDUa para el procedimiento sancionador urbanístico);

2) que el plazo (plazo que la normativa urbanística no califica pero que la Jurisprudencia ha calificado reiteradamente como de caducidad) para el ejercicio de las medidas de protección de la legalidad urbanística es de 6 años (a partir del día 28 de febrero de 2012 tras la modificación operada en la redacción de éste artículo por la Ley 2/2012 de modificación de la LOUA y de 4 años hasta ese día), plazo que viene dispuesto con carácter general en el artículo 185.1 de la LOUA y artículo 46.1 del RDUa (éste último modificado por el artículo 4 apartado siete del Decreto 327/2012, de 10 de julio, por el que se modifican diversos Decretos para su adaptación a la normativa

estatal de transposición de la Directiva de Servicios (BOJA del 13 de julio de 2012) para adecuar el anterior plazo de 4 años que contemplaba a las nuevas previsiones -6 años- de la modificación operada por la Ley 2/2012 en el artículo 185.1); y

3) que el plazo de prescripción de las infracciones es el de 4 años para la prescripción de las infracciones, graves o muy graves dispuesto con carácter general en los artículos 211.1 de la LOUA y 85.1 del RDUa y de 1 año para las infracciones leves, en ambos casos con las prevenciones que dichos artículos contienen respecto a la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística cuando se trate de infracciones que afecten a suelo no urbanizable especialmente protegido.

4) que en relación con el inicio del cómputo de los plazos de prescripción ha de tenerse en cuenta, tratándose de infracciones urbanísticas, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 210.1 de la LOUA, el plazo de prescripción comienza a computarse desde el día en que la infracción se haya cometido o, en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento, entendiéndose posible la incoación del procedimiento sancionador desde el momento de la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción, y nunca antes de la completa terminación de los actos.

En el caso de las sanciones, el plazo de prescripción comienza a computarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se imponga la sanción según dispone el artículo 210.2 de la LOUA (con idéntica redacción el artículo 84.1 y 84.4 del RDUa).

5) que en el caso de actos constitutivos de una infracción urbanística que se realicen al amparo de un acto de aprobación, de licencia preceptiva o de una orden de ejecución, el plazo de prescripción de la infracción comienza a computarse desde el momento de la anulación del título administrativo que los ampare (artículo 210.1 segundo párrafo de la LOUA y artículo 84.1 segundo párrafo del RDUa).

Adicionalmente debe recordarse que, según dispone el artículo 198 de la LOUA y artículo 84.3 del RDUa, cuando los actos constitutivos de infracción se encuentren legitimados por un acto de aprobación, licencia preceptiva u orden de ejecución y de acuerdo con sus respectivas condiciones, no puede imponerse la sanción administrativa mientras no se proceda a la anulación del título administrativo que en cada legitime dichos actos y, como aclara el artículo 84.3 del RDUa, recogiendo una de las características de la institución de la prescripción, en éstos casos el cómputo del plazo de prescripción de la infracción, se interrumpe, desde el inicio del procedimiento de

anulación hasta el día en se produzca la firmeza de la resolución por la que se anule el título administrativo legitimador.

#### **4. LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA DISCIPLINA URBANÍSTICA.**

Lo expuesto hasta éste momento, nos lleva a señalar la diferencia existente entre prescripción y caducidad, y dentro de ésta última a tener que distinguir entre la caducidad del procedimiento y la caducidad de la acción de la Administración para el ejercicio de sus potestades, singularmente las relativas a la protección de la legalidad, ya que el ejercicio de las potestades sancionadoras se sujeta a plazos de prescripción.

La caducidad del procedimiento, también llamada caducidad-perención, en el ejercicio de las potestades indicadas, se recoge de forma expresa en el artículo 44 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), al señalar *«en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos: (...) 2. En los procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad»*.

La caducidad se genera en estos procedimientos porque la Administración, una vez iniciado un procedimiento del tipo de los señalados, no ha dictado resolución expresa ni ha notificado dicha resolución dentro del plazo máximo que para resolver y notificar establece el Ordenamiento jurídico en cada caso.

Por el contrario, a la institución de la prescripción como distinta de la caducidad alude el artículo 92.3 de la LRJ-PAC, al que se remite el citado artículo 42.2 de la misma Ley, cuando dice: *«la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones (...) de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción»*.

En diversas normas de nuestro Ordenamiento jurídico se establecen plazos calificados expresamente de prescripción, como por ejemplo los plazos de prescripción de infracciones y los plazos de prescripción de sanciones a los que se refiere el artículo



132 de la misma LRJ-PAC, cuando indica que *«las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazo de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los 3 años (...) y las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los 3 años (...)»* debiendo considerar también que la legislación urbanística andaluza califica el transcurso de los plazos para la imposición de sanciones urbanísticas y los plazos para la ejecución de las sanciones que pudieran imponerse, como plazos de prescripción.

En conclusión, los plazos de prescripción son los plazos máximos que el ordenamiento jurídico marca para que la Administración pueda iniciar procedimientos del tipo de los iniciados de oficio para el ejercicio de potestades sancionadoras, o de intervención en general con efectos desfavorables o de gravamen, o para proseguir los mismos, de tal modo que, si se han rebasado dichos plazos, la Administración no puede iniciar o continuar tales procedimientos.

En este punto ha de repararse en que la iniciación de un procedimiento interrumpe en principio el plazo de prescripción, como se recoge en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, en el artículo 132.2, inciso 2º, de la LRJ-PAC (*«interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador (...)»*) y como se incluye con referencia al procedimiento de ejecución de sanciones en el artículo 132.3, inciso 2º, de la misma Ley (*«interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución (...)»*).

Por consiguiente, la prescripción extintiva del ejercicio de la potestad en un caso concreto se produce por la superación del plazo máximo para iniciar o continuar un procedimiento y la caducidad del procedimiento se genera por la superación del plazo máximo marcado por el ordenamiento jurídico para resolver y notificar lo resuelto, en tales procedimientos.

La caducidad-perención no determina por sí misma la extinción de la posibilidad del ejercicio concreto de la potestad, de tal modo que, si no ha transcurrido el plazo de prescripción, la Administración, a pesar de haber caducado el primer procedimiento, puede iniciar un segundo procedimiento con la misma finalidad. Aunque, como señala el artículo 92 de Ley 30/1992, se considera que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción, de tal manera que, aunque, cuando se inicia el procedimiento se interrumpe el plazo de prescripción, si después se produce la caducidad de tal procedimiento, la interrupción de la prescripción que se realizó al iniciarse tal procedimiento se tiene por no producida y se considera que el plazo de

prescripción ha seguido corriendo desde el mismo momento que se inició el procedimiento caducado.

Dicho con otras palabras, el procedimiento caducado se tiene, a efectos de la prescripción, como nunca iniciado. De esta forma podemos encontrar supuestos en los que la caducidad de un procedimiento no determina el agotamiento del plazo de prescripción y la Administración podrá iniciar un nuevo procedimiento y habrá otros supuestos en los que la caducidad del procedimiento conllevará la prescripción, porque sumados el tiempo anterior a la iniciación del procedimiento y el tiempo transcurrido desde que se inició el procedimiento, superen el plazo de prescripción del ejercicio concreto de la potestad que tiene la Administración para ejercer sus potestades por lo que la Administración ya no podrá incoar un nuevo procedimiento.

En este último caso, concurrirán caducidad del procedimiento y prescripción del ejercicio de la potestad, mientras que, en el primer supuesto, tiene incidencia la caducidad pero no la prescripción.

Como resalta el Tribunal Supremo en STS de 12 de junio de 2003 (RJ 2003\4602), dictada en un recurso de casación en interés de Ley, que fija la siguiente doctrina legal: *«la declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras (artículo 44.2 de la Ley 30/1992) no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicables el artículo 92.3 de la misma»*, Sentencia en la que se citan otras Sentencias como la de 17 de abril de 2002 (RJ 2002\4403).

Esta misma doctrina se recoge en numerosas sentencias anteriores. Así la STS de 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002\5264), matiza en su FJ 3º que una vez caducado el procedimiento, si se ha producido la prescripción, entonces no puede iniciarse un nuevo procedimiento, teniendo en cuenta que la iniciación del procedimiento caducado se considera que nunca ha interrumpido el plazo de prescripción, en la misma línea se pronuncia la STS de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004\6174), FJ 3º.

En la comentada STS de 12 de junio de 2003 dictada en recurso de casación en interés de la Ley número 18/2002 (Ponente Juan Manuel Sanz Bayón) el Tribunal tras señalar que *«El artículo 92.3 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) diáfananamente dispone que la caducidad de un expediente sancionador, no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de*

*la Administración, así como que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción. Este precepto es categórico y en modo alguno es antagónico al artículo 44.2 de la misma Ley, que se limita a expresar que la caducidad llevará consigo el archivo de las actuaciones, lo que en absoluto pueda entenderse tal archivo, como causa impeditiva de la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, si la infracción no ha prescrito, toda vez que este último precepto remite a los efectos previstos en el artículo 92 cuando se declare la caducidad ordenando el archivo de las actuaciones, y así es reconocido, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 508) y 17 de abril de 2002 (RJ 2002, 4403)» (FJ 4º) concluye afirmando que «En definitiva, y con arreglo a lo expuesto, procede estimar el presente recurso de casación en interés de Ley, así como declarar que la caducidad declarada de un procedimiento sancionador, no constituye obstáculo alguno para la posibilidad de iniciar o reiniciar otro procedimiento sobre el mismo objeto dentro del plazo de prescripción, como así ha sucedido en estos autos, sin haber lugar a declaración alguna sobre costas» (FJ 5º) con base a todo lo cual procede a establecer en materia de procedimiento sancionador la siguiente doctrina legal: «La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/92, no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley».*

La mencionada doctrina puede trasladarse sin dificultad al ámbito de la caducidad-perención del procedimiento para el ejercicio de las potestades para el restablecimiento de la legalidad urbanística a poco que tengamos en cuenta que la mención del artículo 45 del RDUA a la caducidad del procedimiento por vencimiento del plazo máximo para resolver y notificar, nos lleva necesariamente a la aplicación de lo previsto en el artículo 44.2 (primer párrafo) de la LRJ-PAC, de acuerdo con la remisión que se contiene en el artículo 45.2 (segundo párrafo) del RDUA, remisión en virtud de la cual, estando la Administración obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, y a notificarla en el plazo máximo fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento (en nuestro caso un año), el vencimiento de dicho plazo sin resolver y notificar en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, o, en general de intervención, producirá la caducidad del expediente, salvo que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en cuyo caso se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

En éste caso, tal como previene el artículo 44.2 LRJ-PAC, la Resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones con los efectos previstos en el

artículo 92 de la LRJ-PAC, artículo cuyo apartado 3 señala que *«La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción»*.

En consecuencia podemos concluir afirmando que la existencia de un procedimiento administrativo respecto del que haya tenido que declararse la caducidad por el vencimiento del plazo máximo establecido para resolver y notificar la resolución, no impide que la Administración pueda incoar otro nuevo para ejercitar sus acciones, mientras éstas no hayan prescrito, a partir de la misma fuente de constatación de la presunta infracción.

Todo lo apuntado hasta éste momento se predica de la «prescripción» de las infracciones y de la prescripción extintiva, o caducidad-perención, de los procedimientos iniciados para el ejercicio de las concretas potestades sancionadoras a las que hemos aludido; sin embargo, resulta necesario distinguir la figura de la prescripción, y la prescripción extintiva (o caducidad-perención del procedimiento) de los efectos asociados al transcurso del plazo para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística.

La doctrina administrativista (GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO) ha sostenido que el plazo para ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística es un plazo de caducidad, señalando que ésta es la naturaleza propia, en Derecho Administrativo, de los términos para el ejercicio de acciones o competencias y, consecuentemente, su transcurso no se puede interrumpir a efectos de nuevo comienzo de cómputo, por lo que sólo puede quedar enervado por la efectiva puesta en marcha de las medidas previstas en el antiguo artículo 185 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, asimilable hoy a las previstas en nuestra legislación autonómica en relación con idénticas potestades.

Y en relación con el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística y la naturaleza de los plazos contemplados para su ejercicio, vinieron a señalar que *«por un tiempo prevalece el interés público urbanístico, de modo que, durante el mismo, pueden válidamente realizarse sus exigencias y sacrificarse cualesquiera situaciones creadas con motivo de obras ilegales, pero pasado ese tiempo sin que tal interés público se haya efectivamente actuado, el orden de valores se invierte, primando el también interés público de la seguridad jurídica en las relaciones,*

*derechos e intereses constituidos, cuya permanencia este último interés asegura ya desde entonces».*

Por su parte la Jurisprudencia ha venido sosteniendo de forma reiterada, la calificación como plazo de caducidad del establecido para el ejercicio de las potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística.

En efecto, el plazo contemplado en el antiguo artículo 185 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, y su equivalente artículo 185 de la actual LOUA, que ambos textos legales se abstienen de calificar en forma alguna, ha sido calificado como «plazo de caducidad» o como «presupuesto temporal habilitante de la reacción» por la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo entre las que cabe citar las Sentencias de 2 de octubre de 1990 (RJ 1990\7826), de 5 de junio de 1991 (RJ 1991\4865), de 17 de octubre de 1991 (RJ 1991\7843), de 24 de abril de 1992 (RJ 1992\3991), de 22 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8644); y la de 14 de marzo de 1995 (RJ 1995\2087) y otras muchas.

La caducidad se predica así del ejercicio de la potestad (plazo para el ejercicio de la potestad que califica en tal forma la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1988, RJ 1988\3132, FJ 3º) o como caducidad de acciones (así calificado el plazo para el ejercicio de la potestad de restablecimiento en Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, RJ 1994\8644, FJ 2º).

En el ámbito de la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas el camino ha seguido una dirección paralela, así por ejemplo el TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) en Sentencia de 23 de abril de 2001 (JUR 2001\233944) afirma en su FJ 3º que *«La vulneración del ordenamiento jurídico urbanístico (como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1995), puede provocar dos tipos de consecuencias jurídicas. De un lado, la adopción de las medidas para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal; y de otra parte, la imposición de sanciones, cuando la actuación, además de ilegal, ha sido objeto de la necesaria tipificación como infracción. El primer grupo de medidas se suele englobar bajo la denominación de “protección de la legalidad urbanística”, mientras que al segundo grupo se les denomina “infracciones urbanísticas”. Sin embargo, en el ámbito urbanístico se suelen cometer imprecisiones técnicas, ampliando notablemente el concepto de “infracción urbanística” más allá del estricto marco del derecho sancionador, para convertirlo en figura central de todos los mecanismos legales de reacción frente a la vulneración del orden jurídico urbanístico establecido. Y esto es lo que sucede en el caso presente, en el que la parte actora confunde una medida de*

*protección de la legalidad urbanística con la infracción urbanística propiamente dicha. Sin embargo, han de distinguirse las medidas de protección de la imposición de sanciones, como lo hace el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, por todas citaremos las de 25 de febrero de 1992, 24 de abril de 1992, 31 de enero de 1995, 5 de octubre de 1995, etc. En el caso de autos nos encontramos ante una medida de protección de la legalidad urbanística, relativa a obras terminadas sin licencia (...) El plazo de 4 años establecido (...) para adoptar la medida de protección de la legalidad urbanística, no es un plazo de prescripción, como considera la parte actora, sino que según la mejor doctrina y ha corroborado la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 24 de abril de 1992, 2 de noviembre de 1994, 7 de diciembre de 1994, 14 de marzo de 1995, etc.), se trata de un plazo de caducidad, ya que ésta es la naturaleza propia, en Derecho Administrativo, de los términos para el ejercicio de acciones o de competencias»*

##### **5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESCRIPCIÓN Y DE LA CADUCIDAD: NOTAS DIFERENCIADORAS.**

Calificado el plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística, desplegando las medidas tendentes a la restauración del orden jurídico infringido y la reposición de la realidad física alterada, como un plazo de caducidad, conviene aclarar las notas que hacen distinguible el distinto régimen que se aplica a la caducidad y a la prescripción.

Previamente debemos consignar que conforme ha venido a señalar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (STS de 30 de enero de 1983, RJ 1983/393) la prescripción y la caducidad se caracterizan como dos modos distintos de impedir que prosperen ante los Tribunales los derechos cuya virtualidad se ha extinguido por el transcurso del tiempo prefijado para su ejercicio, señalando respecto a la distinción de efectos entre ambas figuras que *«es reiterada la doctrina jurisprudencial que las distingue fundamentalmente en el sentido de entender que mientras la caducidad descansa no sólo sobre la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino también sobre una presunción de abandono por parte de su titular, mientras que la prescripción se funda exclusivamente en la necesidad de la seguridad del tráfico jurídico y opera por el mero transcurso del tiempo, por lo que es estimable solo a instancia de parte, en tanto que la caducidad es acogible también de oficio -Sentencias de esta Sala de 27 y 30 abril 1940 (RJ 1940\303 y RJ 1940\304), 7 diciembre 1943 (RJ*

1943\1307), 17 noviembre 1948 (RJ 1948\1413), 25 septiembre 1950 (RJ 1950\1406), 5 julio 1957 (RJ 1957\2554) y 18 octubre 1963 (RJ 1963\4138)-, de tal manera que si bien en nuestro derecho no existe una norma específica que concretamente fije la distinción entre las mencionadas instituciones, que responden a la común razón de la presunción de abandono tanto de los derechos como de las acciones, que son su consecuencia, tampoco cabe desconocer que se diferencian en que cuando se otorgue un tiempo determinado para su ejercicio se está ante la presencia de un plazo de caducidad, pasado el cual el derecho de que se trate ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuenta por el juzgador aun cuando sólo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor exprese, mientras que, por el contrario, la prescripción hace referencia tan solo a las pretensiones que las partes puedan deducir, y no a los derechos que les afecten, quedando éstos sólo paralizados, porque, como ya ha tenido también ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 11 mayo 1968, la caducidad o decadencia de los derechos surge cuando la Ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término ya no puede ser ejercitado, refiriéndose a los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que la distingue de la prescripción, pues así como ésta tiene como finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por el titular, que es el supuesto que precisamente se da en lo que afecta al precitado núm. 1.º del art. 1968 del C. Civ., en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto que puede entenderse que en un plazo preclusivo, llamando así al plazo dentro del cual y sólo dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica».

A partir de estas notas diferenciadoras, doctrina y jurisprudencia han resaltado las que resultan aplicables a ambas instituciones, y que podemos resumir en las siguientes:

1) Ambas instituciones (prescripción y caducidad) han de interpretarse en la forma más favorable para la realización del derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución.

Así lo ha venido a señalar el Tribunal Constitucional en Sentencia 126/2004 de 19 de julio afirmando en su FJ 3º que «si bien el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad constituye una cuestión de legalidad ordinaria (SSTC 27/1984, de 24 de febrero; 89/1992, de 8 de junio; 220/1993, de 30 de junio; 322/1993, de 8 de noviembre; y 160/1997, de 2 de octubre), su apreciación es susceptible de promoverse en vía de amparo cuando la interpretación de la normativa aplicable al supuesto controvertido suponga la inadmisión de un proceso o la pérdida de algún recurso legal,

*y ello sea consecuencia de una fundamentación manifiestamente arbitraria o irrazonable, o de haber incurrido en error patente o haber asumido un criterio hermenéutico desfavorable a la efectividad del derecho a la tutela (por todas, STC 261/2000, de 30 de octubre, FJ 2º)».*

2) En cuanto a su alegación y apreciación, aunque inicialmente en el ámbito del derecho privado se sostiene que la caducidad se aprecia de oficio mientras que la prescripción ha de ser invocada por la parte que la pretende hacer valer, en el ámbito del Derecho público, tanto la caducidad como la prescripción han llegado ambas a considerarse como apreciables de oficio.

3) La prescripción ganada es susceptible de renuncia, mientras que en el caso de la institución de la caducidad la renuncia no resulta posible.

4) La diferencia fundamental no obstante se encuentra en el cómputo de los plazos, y en concreto en la posibilidad de su interrupción o suspensión. La interrupción, recordemos, borra el plazo transcurrido hasta que se da la causa para la misma, reiniciándose el cómputo desde el principio tras la cesación de la causa determinante de la interrupción, y teniendo que computar por entero de nuevo todo el plazo.

Al contrario, en la suspensión, simplemente se produce la paralización del plazo, de forma que producida la causa de suspensión, el plazo queda paralizado y se reanuda continuando el cómputo tras la conclusión de la causa determinante de la suspensión.

Pues bien, así como la prescripción admite, con carácter general, que pueda interrumpirse el plazo por cualquiera de las causas reconocidas en derecho, en la caducidad no operan las causas de interrupción, ni con carácter general las de suspensión, computándose el plazo como un plazo fatal, que transcurre desde principio a fin sin interrupciones ni suspensiones, sólo con carácter excepcional se admite, en el caso que así lo contemple la norma reguladora, la posibilidad de interrupción o suspensión, excepcionalidad que obviamente no está previsto para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística en la normativa de aplicación.



## **6. LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN IMPUESTA HASTA QUE SE RESUELVAN SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA LA LEGALIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN REALIZADA SIN TÍTULO.**

Llegamos así al núcleo esencial de la cuestión planteada a saber: *¿es posible suspender el procedimiento hasta que se haya resuelto sobre la legalización de las obras dado que ésta legalización puede incidir notablemente en el importe de la sanción?*

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, debe recordarse nuevamente que el procedimiento para la imposición de la sanción, finaliza con la imposición de la sanción correspondiente.

A partir de ese momento comienza a computar el plazo de prescripción de la sanción, plazo así calificado por el artículo 211.2 de la LOUA (y su correlativo artículo 85.2 del RDU), establecen que «Las sanciones impuestas por faltas muy graves y graves prescriben a los tres años y las impuestas por faltas leves al año», plazo cuyo cómputo comienza (artículo 210.2 y el correlativo 84.4 del RDU) «desde el día siguiente a aquél en que adquiere firmeza la resolución por la que se imponga la sanción».

El procedimiento sancionador no presenta especialidad alguna en cuanto al régimen de agotamiento (y por tanto firmeza de la resolución) de la vía administrativa.

No obstante debe señalarse que como excepción al régimen general de los actos administrativos según el cual dichos actos son inmediatamente ejecutivos, incluso cuando sean objeto de recursos en vía administrativa (artículos 94 y 111 de la LRJ-PAC), las resoluciones sancionadoras sólo son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa o cuando no agotando dicha vía se deje que adquieran firmeza por no interponer dentro de los plazos hábiles los recursos administrativos correspondientes (artículos 138.3 LRJ-PAC y artículo 21.1 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en adelante RPPS).

Conforme a lo anterior si una vez adoptada una resolución sancionadora y notificada en legal forma, se presenta un Recurso Administrativo (de alzada o potestativo de reposición) resultará inexcusable para la poder ejecutar la sanción que el recurso interpuesto sea resuelto de manera expresa por resolución administrativa que, asimismo deberá notificarse en legal forma.

A mayor abundamiento, como han declarado los tribunales, la ejecutividad de la sanción no es susceptible de producirse por el juego del silencio administrativo (presentado un recurso no se responde al mismo en los plazos habilitados al efecto) sino que se exige la resolución expresa del recurso administrativo interpuesto (Sentencia TSJ de Canarias de 22 de mayo de 1998 RJCA 1998\2547 y de 9 de abril de 1999, RJCA 1999\1079).

En favor de ésta interpretación debe considerarse que la introducción mediante la reforma de 1999 (Ley 4/1999) del recurso potestativo de reposición en la LRJ-PAC (y de igual forma en el marco de las entidades locales la introducción de éste recurso en el artículo 52 realizada mediante Ley 57/2003) exige que los preceptos aplicables (artículos 138.3 de la LRJ-PAC y 21.2 del RPPS) se interpreten de forma sistemática adecuada a su finalidad sin que el artículo 138.3 pueda interpretarse como una mera excepción al artículo 111.1 de la LRJ-PAC sino como una exigencia derivada del artículo 24 de la Constitución.

Además de ello debe considerarse que la «vía administrativa» no se agota sino hasta que se ha resuelto, en su caso, el recurso potestativo de reposición, obligación de resolver de manera expresa a la que fuerza el artículo 42.1 de la LRJ-PAC.

Aparte de resultar inviable la ejecución de la sanción antes de la resolución expresa y notificación de los recursos que en su caso se hubieren presentado, ha de considerarse que la demora en la resolución expresa de los recursos dará lugar a la ficción del silencio negativo a los efectos de propiciar el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa pero no afecta a la prescripción del procedimiento sancionador.

Así lo ha entendido la jurisprudencia al afirmar que no puede configurarse la vía de recurso como una prolongación del expediente administrativo (Sentencias TSJ de Canarias de 28 de noviembre de 1997, RJCA 1997\8650 y de 9 de abril de 1999, RJCA 1999\1079, y Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1992 (RJ 1992\3729), de 8 de mayo de 1995 (RJ 1995\3834), de 23 de junio de 1997 (RJ 1997\5317) y de 3 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8198), jurisprudencia cuyo fundamento último descansa en la diferenciación entre el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora y la potestad revisora de la sanción impuesta en virtud de la misma.

Y a los efectos expresados adquiere particular importancia la Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2004 (RJ 2005\4800) señalando como doctrina legal que el plazo límite para el ejercicio de la potestad sancionadora y para la prescripción de las infracciones,

concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin que pueda extenderse la misma a la vía de recurso.

## **7. CONCLUSIONES.**

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, y en relación con el ejercicio de las potestades de disciplina urbanística ha de concluirse que:

a) Concluido el procedimiento sancionador y acordada la imposición de la respectiva sanción, la resolución que imponga la sanción no resulta ejecutiva hasta que, en su caso, haya sido resuelto y notificado el recurso de reposición que potestativamente se pueda haber presentado;

b) La resolución del eventual recurso de reposición no afecta al plazo de prescripción de la infracción pues la potestad sancionadora ya se ha ejercitado y, sólo eventualmente, caso de estimarse el recurso, podrá afectar a la cuantificación de la sanción impuesta;

c) Hasta que no se produzca la resolución y notificación del recurso de reposición presentado, no comenzará a computarse el plazo de la sanción (contemplado con una extensión de 3 años en la legislación urbanística andaluza) por cuanto que de forma mayoritaria la Jurisprudencia ha entendido que la desestimación por silencio sólo tienen los efectos de posibilitar a los interesados la presentación de los recursos jurisdiccionales, postura que permite defender que la fecha de producción del silencio administrativo no se convierte en el dies ad quo, o día de inicio del cómputo del plazo de prescripción, si el procedimiento administrativo no concluye hasta que se dicta resolución expresa y se notifica, mal puede defenderse una prescripción que todavía no ha comenzado a computarse;

d) No obstante, un elemental principio de prudencia nos lleva a tener que destacar la existencia de algunos pronunciamientos jurisprudenciales que han llegado a entender que el plazo del cómputo de la prescripción de la sanción comienza a contar, en caso de falta de resolución expresa del recurso de reposición presentado, desde que se entienda el mismo desestimado por silencio administrativo.

