

# El control jurisdiccional de la inactividad administrativa \*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. II. INACTIVIDAD FORMAL: 1. Mito y realidad del acto previo. 2. La situación en el Derecho vigente. 3. Consideraciones *de lege ferenda*: el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. III. INACTIVIDAD MATERIAL: 1. Correlación entre el deber de hacer de la Administración y el derecho de los particulares. 2. Configuración y límites del deber jurídico de la Administración. 3. La imposición de una actividad a la Administración: el problema de la discrecionalidad técnica o político-administrativa. 4. Inactividad material y Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial.

## I. INTRODUCCION

El control de la Administración ha sido estudiado tradicionalmente desde una óptica garantista. La Administración era considerada en tanto que eventual agresora de la esfera subjetiva de los administrados. Por otro lado, los privilegios derivados del carácter de la Administración como poder público en sus relaciones con los particulares, contribuían también a poner el acento en una Administración que actúa y en un ciudadano que padece la actuación. De ello se ha derivado una

falta de soluciones eficaces para el control de la inactividad administrativa.

De lo que acabamos de decir ya puede deducirse que hay dos maneras de entender la inactividad de la Administración: como inactividad formal y como inactividad material. La distinción se encuentra ya en el trabajo clásico sobre la materia de NIETO (1). Con leves diferencias de matizaciones respecto a la opinión del autor citado, hemos de distinguir entre la inactividad como inexistencia de acto administrativo formal y la inactividad como conducta materialmente omisiva de la Administración. La Administración pue-

\* El presente trabajo es el texto de una conferencia pronunciada en un ciclo sobre el Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habiendo sido publicado en 1985. El hecho de que apareciese en lengua catalana, el difícil acceso a la publicación y la escasa bibliografía sobre la inactividad de la Administración justifican su inclusión en esta sección.

(1) «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 37, pp. 75-126, especialmente pp. 80 y ss.

de haber realizado una conducta materialmente activa y en cambio no contestar a las peticiones o reclamaciones del particular (inactividad formal). La Administración puede seguir una conducta omisiva y, a requerimiento del particular, emitir un acto que la justifique (inactividad material).

La problemática de ambos tipos de inactividad, a pesar de algunos puntos de contacto, es sustancialmente diferente y exige un estudio separado.

## II. INACTIVIDAD FORMAL

### 1. *Mito y realidad del acto previo*

El proceso contencioso-administrativo, siguiendo el modelo francés, se ha configurado con el requisito de un acto administrativo previo como presupuesto procesal. La admisión del recurso viene condicionada por el agotamiento de la vía administrativa.

El problema podría parecer sencillo si tenemos en cuenta la existencia de la institución del silencio negativo como ficción legal con efectos procesales de acto administrativo previo. Pero la evolución histórica complicada de nuestro contencioso-administrativo, la influencia —a menudo deformada— de la doctrina francesa y la tendencia jurisprudencial de buscar fácil refugio en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, han dado un alcance mucho más importante al acto previo.

Del acto previo como presupuesto procesal se ha pasado a la jurisdicción administrativa como jurisdicción revisora, otorgándole algunos de los rasgos que son propios de un juicio de apelación o incluso de casación. Pesa aquí el objetivismo de determinadas posiciones doctrinales clásicas. El juicio contencioso-administrativo sería un juicio al acto. Se juzga un ac-

to —dirá HAURIUO— como en la Edad Media se juzgaba un cadáver.

Las raíces históricas de esta concepción se encuentran en la doctrina del ministro-juez, o más genéricamente del juez administrativo de excepción. Desde esta perspectiva era lógica la función del *Conseil d'Etat* como juez de segunda instancia. Así se explica que la existencia necesaria del *prealable* se estableciera para el *Conseil d'Etat* y no para los Consejos de Prefectura. En estos últimos no será hasta 1953 cuando se establezca la exigencia con carácter general. Pero el *prealable* no tendrá otro efecto que la «vinculación de la instancia», o aceptación del juicio para la Administración, una vez abandonada aquella primitiva concepción.

Lo que sucede en España es que se produce una generalización del poder quasi-judicial en toda la Administración. Como ha estudiado PARADA (2), el privilegio de decisión ejecutiva tiene su origen en una deformación patológica del sistema de jurisdicción contenciosa de la Ley de 1845. En esta evolución sin base legal el Consejo Real fue perdiendo la nueva situación de juez de primera instancia ante la cual la Administración comparecía, tanto en calidad de demandante como en calidad de demandada; y pasó a ser un juez revisor de la decisión administrativa ya ejecutiva, teniendo siempre la Administración la cómoda situación de demandada.

El contencioso se fue configurando como algo aparte de la jurisdicción. Y ello no fue sólo en lo que respecta a la ubicación de los órganos titulares del contencioso en el poder ejecutivo o judicial. La polémica entre progresistas (judicialistas) y conservadores (administrativistas) tenía un aspecto más técnico y menos político que permaneció en un segundo plano: el de la naturaleza del procedimiento con independencia de los órganos que fueran competentes.

(2) Esta es la tesis central de su trabajo «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», en *RAP*, núm. 55, pp. 65-112. De la polémica que suscitó son fruto NIETO, «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso», en *RAP*, núm. 57, pp. 9-37, y PARADA, «Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 59, pp. 41-70.

Cuando se llega al sistema armónico en la Ley de 1888, SANTAMARÍA DE PAREDES (3) nos dice:

«... lo contencioso-administrativo no pertenece al orden judicial ni al orden administrativo; tiene una situación propia; ni es una segunda parte del procedimiento administrativo, ni es un pleito ordinario que exija conocimientos especiales; surge de la reunión de estos términos: lo administrativo y lo contencioso; y no debe estar supeditado ni al poder ejecutivo ni al judicial...».

A causa de ello cuando en 1904 se produce la judicialización de nuestro sistema contencioso no se sacan todas las consecuencias que, más allá de la ubicación de los órganos, implicaba (4).

Son estos condicionalmente los que han hecho que en la situación actual, a pesar de que —como después veremos— no haya base legal suficiente, persista el recurso de la jurisprudencia a la consideración del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa como fórmula mágica para evitar entrar en el fondo. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ hacen un completo resumen de la jurisprudencia que, a pesar de la longitud de la cita, no nos resistimos a reproducir:

«... el proclamado carácter revisor de la jurisdicción es un argumento que sirve para todo y que todo lo explica, desde la prohibición de reconversión (*vid.*, por ejemplo, Sentencias de 16 de marzo de 1965 y 12 de mayo de 1966) hasta la limitación del fallo a la declaración de la nulidad de lo actuado cuando se aprecia la existencia de vicios de procedimiento, pasando por la negativa a conocer del fondo del recurso en aquellos casos en que la resolución impugnada se ha limitado a declarar inadmisibile el recurso administrativo previo (*vid.*, entre otras mu-

chas, las Sentencias de 3 de febrero, 13 de marzo, 11 de abril y 25 de mayo de 1962, 2 de mayo de 1963, 30 de mayo de 1966, etc.), o la inadmisibilidad de los recursos en los que se plantean cuestiones nuevas no propuestas previamente ante la Administración por el recurrente (Sentencias, por ejemplo, de 10 de octubre de 1959, 22 de febrero y 22 de junio de 1961, 5 de octubre y 23 de diciembre de 1962, 25 de enero de 1967, 6 de junio de 1973, 11 de marzo de 1974, etc.), aun en el supuesto de que tales cuestiones estén implícitas, por su naturaleza, en la pretensión principal ejercitada en la vía administrativa previa (*vid.*, por ejemplo, la Sentencia de 18 de abril de 1961, que considera inadmisibile la pretensión del recurrente de ser escalafonado e incluido en la plantilla correspondiente so pretexto de haberse limitado a solicitar en la vía administrativa el reconocimiento de su condición de funcionario), o la improcedencia de declaraciones preventivas de agravios futuros (Sentencias de 21 de febrero de 1934, 26 de febrero de 1935, 26 de abril de 1943, 4 de marzo de 1953, 22 de enero de 1956, 6 de diciembre de 1965, 7 marzo de 1974, 29 de marzo de 1976, etc.), o la renuncia a corregir y determinar concretamente las sanciones que se consideran excesivas y, por lo tanto, contrarias a Derecho (Sentencias de 6 de julio de 1973, 31 de enero, 14 de marzo y 25 de mayo de 1974), o a sustituir, de cualquier otro modo, los criterios del órgano administrativo autor del acto recurrido (Sentencia de 11 de mayo de 1974, etc.)» (5).

## 2. La situación en el Derecho vigente

El lastre del pasado, que tanto influye en la jurisprudencia, no puede olvidar lo

(3) Discurso ante el Congreso, de 14 de diciembre de 1887, reproducido en L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*. Madrid, 1975, p. 524.

(4) *Vid.* NIETO, «Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España», en *RAP*, núm. 50, pp. 44-50.

(5) *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Madrid, 1986, pp. 499-500. En los mismos términos ya se expresaba T. R. FERNÁNDEZ, «Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *REDA*, núm. 11, pp. 728 y ss.

que dispone la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa:

«La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley» (art. 1.1.).

La jurisdicción contenciosa está configurada de manera que realiza un juicio entre partes. El objeto del juicio son las pretensiones de las partes y no el acto administrativo. La exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción es suficientemente explícita:

«El texto legal configura la jurisdicción contencioso-administrativa como aquella que tiene por objeto específico el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.

Conserva una terminología, como la de recurso contencioso-administrativo, que, pese a las fundadas objeciones de que ha sido objeto, es la tradicional y comúnmente admitida, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo.

Claro está que esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia; ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo.

La jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique —dicho sea a título enunciativo— que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad de los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previa-

mente expuesto ante la Administración.

El proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino, propiamente, una primera instancia jurisdiccional.»

Nada falta por añadir a la interpretación que nos hace la exposición de motivos. De acuerdo con ella, la necesidad de acto previo queda reducida a su auténtica naturaleza de presupuesto procesal. Y, como ya hemos anticipado, este presupuesto procesal puede ser conseguido también en el caso de inactividad formal de la Administración mediante el silencio administrativo negativo.

La línea de interpretación que se defiende está reforzada por lo que dispone el artículo 24 de la Constitución. La universalidad con la que se reconoce el «derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y de los tribunales» con la voluntad de «que, en ningún caso, pueda haber indefensión», parece un obstáculo serio para la utilización indiscriminada de la noción del carácter revisor de la jurisdicción.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que en la Sentencia de 9 de febrero de 1982 dice:

«... La Sala no puede dejar de apuntar la también reciente doctrina jurisprudencial —Sentencias de 20 y 29 de diciembre de 1981, entre otras— que insiste en la necesidad de mantener que en la materia de los requisitos o presupuestos procesales (inadmisibilidad), los criterios informantes del sistema —artículo 24.1 de la Constitución y exposición de motivos de la ley— son los de flexibilidad y apertura con la finalidad de lograr una completa o plena garantía jurisdiccional por parte de todos los litigantes (ya sean personas físicas o jurídicas) y que sólo se logra si el Tribunal da una respuesta adecuada y congruente con la temática planteada, sin escudarse en razones formales que en la mayoría de los casos —y por la especialidad del proceso contencioso— suponen auténticas denegaciones de justicia» (6).

(6) *Vid.* en el mismo sentido sentencia de 15 de marzo de 1982.

Pero las sólidas razones que esta sentencia recoge no impiden que todavía hoy se produzcan vacilaciones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y mientras en algunos casos se otorga al acto previo su auténtica dimensión, en otros se hipertrofia su función. En la jurisprudencia postconstitucional del Tribunal Supremo reaparecen residuos del antiguo criterio de jurisdicción revisora. Así, la Sentencia de 3 de julio de 1981, que dice:

«Procediendo, en cambio, que, por las razones expuestas, la Administración admita el referido recurso de reposición y examine y decida sobre las cuestiones planteadas en el mismo, haciendo así factible la función eminentemente revisora que corresponde a esa jurisdicción, sin que las razones de economía procesal alegadas por el recurrente puedan, en el presente caso, aconsejar una resolución por esta jurisdicción de lo que debió resolver la Administración, porque si en ocasiones así es pertinente por presumirse razonablemente lo que la Administración habría decidido, no lo es cuando no cabe tal presunción, pues entonces la jurisdicción invadiría atribuciones que corresponden a la Administración, máxime cuando, como se adjunta en la Sentencia de Instancia, se han producido nuevos supuestos legales que podrían ser tenidos en cuenta por la Administración, pero no por esta Sala, que debe limitarse, insistimos, a la función revisora que presupone la decisión administrativa.»

Aunque la naturaleza del tema del litigio, pensiones a mutilados de la guerra civil, y el hecho de que la Administración esté en situación de apelante, puedan contribuir a una explicación de la causa de la opción tomada por la sentencia, no deja de contrastar con soluciones más decididas —y más de acuerdo con la legislación vigente— tomadas por el mismo Tribunal Supremo, incluso en su jurisprudencia anterior a la Constitución. En la Sentencia de 5 de diciembre de 1975 la argumentación es justamente la contraria al caso anterior:

«... el carácter revisor no quiebra porque, rechazada la motivación formal única del acto resolutorio de la alzada, enjuiciemos el acto originario en toda su amplitud, pues podría decirse que, basado aquél en una razón formal, el tema de la legalidad del acto no ha sido contemplado en vía de recurso mas, de modo alguno, que falte acto administrativo, pues la acción se dirige tanto contra el decisorio del recurso como contra el acto originario, y se reafirma esta tesis con argumentaciones que este Tribunal Supremo ha manejado en casos que, en lo procesal, guardan afinidad con el actual si acudimos a razones con fundamento en el principio de economía procesal, inspirador con otros de un buen sistema de procedimiento, que implica ahorro de tiempo, de actividades y de gastos, principio que se conculcaría si, respecto de un mismo asunto, tuviera que acudir en más de una ocasión diferente al recurso contencioso-administrativo para dilucidar separadamente las eventuales objeciones formales opuestas en resoluciones de alzada y el tema de la adecuación o no a Derecho del acto administrativo originario» (7).

En este último caso es evidente el carácter de presupuesto procesal del acto previo. Es suficiente con el hecho de que exista, aunque la Administración no se haya pronunciado sobre el fondo del asunto. El Tribunal no se ha de limitar a revisar los pronunciamientos formales de la Administración, sino que ha de responder la cuestión de fondo, aunque la Administración no se haya pronunciado al oponer razones formales.

### 3. Consideraciones de lege ferenda: *el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*

Las vacilaciones jurisprudenciales hacen que sean de permanente actualidad las propuestas de modificación de nues-

(7) Vid. T. R. FERNÁNDEZ, *loc. ult. cit.*

tro Ordenamiento Jurídico destinadas a evitar el uso abusivo de la doctrina del acto previo e, incluso, a prescindir del mismo como presupuesto procesal en determinados casos.

La doctrina (8) no ha dudado en acoger los ejemplos del Derecho comparado que permiten el recurso directo a los tribunales sin el previo agotamiento de la vía administrativa. Se han puesto de relieve especialmente los casos alemán y norteamericano. En Derecho alemán se distingue entre las acciones o demandas constitutivas y, entre ellas, como tipo fundamental, la acción de impugnación o anulación; acciones o demandas de condena y, entre ellas, la acción de imposición; y acciones y demandas declarativas. Pues bien, la necesidad de previo pronunciamiento administrativo no rige en el caso de una variante específica de la demanda de imposición: la demanda por inactividad. En el Derecho de los países anglosajones —y más claramente en Inglaterra que en Estados Unidos— la regla general es la no obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa (9).

Consiguientemente han sido doctrinalmente celebrados los intentos legislativos que puedan favorecer el acceso directo a los tribunales (10), de los cuales es ejemplo el voto particular del Grupo Parlamentario Socialista al artículo 104 del anteproyecto de la Constitución:

«1. Toda la actividad de la Administración Pública está sometida al control jurisdiccional plenario y efectivo.

2. Los Tribunales controlan la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho y el servicio a los fines que justifican su actuación, declaran las responsabilidades patrimoniales por las lesiones injustas que su actividad ocasiona a los ciudadanos y suplen la omisión de actividad de la Administración, cuando tal actividad es legalmente obligada.»

Al no haberse recogido en el texto de la Constitución las innovaciones que contenía el voto particular, no tiene sentido hacer una larga exégesis, pero sí parece oportuno recalcar que la referencia a las omisiones administrativas parece aludir más a la inactividad material que a la formal.

No hace falta, empero, ninguna innovación legislativa —como ya hemos dicho— para que el acto previo cumpla su verdadera función. Y, por otra parte, esta función no es menospreciable. Los propios ejemplos de Derecho comparado nos ilustran sobre la utilidad del previo pronunciamiento de la Administración. En el Derecho alemán la posibilidad de acceso directo es excepcional. El párrafo 75 de la Ley Federal de 21 de enero de 1960 dispone:

«En el caso de que, sin motivo suficiente para ello, no se haya resuelto sobre una oposición o sobre una petición de adopción de un acto administrativo, es admisible la demanda con excepción de lo previsto en el párrafo 68. La demanda no puede formularse antes de haber transcurrido tres meses desde la formalización de la oposición o, en su caso, desde la presentación de la petición, excepto cuando por circunstancias especiales del caso se imponga un término inferior. Si hubiera una razón suficiente para no haber resuelto sobre la oposición o para no haber dictado el acto administrativo solicitado, el Tribunal suspenderá el proceso en el plazo que determine, el cual puede ser prorrogado. Si en el plazo señalado se estima la oposición o se dicta el acto administrativo, se ha de considerar cerrada la cuestión principal.»

Como podemos observar, la diferencia con nuestro sistema se reduce a la duración de los plazos o a la falta de necesidad de denunciar la demora. Son, pues, diferencias más cuantitativas que cualitativas. La regla general es el previo pro-

(8) Vid. NIETO, *op. cit.*, *passim*, y Luciano PAREJO, «La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa», en *RAP*, núm. 84, pp. 578 y ss.

(9) Vid. H. W. R. WADE, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1971, pp. 216 y 217 en nota.

(10) Vid. PAREJO, *op. cit.*, pp. 577 y *passim*.

nunciamento de la Administración porque significa una agilización para el propio administrado en el caso que hay opciones de carácter técnico-político difíciles de suplir en el momento del control jurisdiccional.

En el mismo Derecho norteamericano, y a pesar de que el planteamiento teórico inicial es el de una Administración que comparece ante los Tribunales en situación de igualdad con los particulares, se han diseñado jurisprudencialmente las doctrinas de *primary jurisdiction* y de *exhaustion of administrative remedies* que consagran el carácter *a posteriori* del control jurisdiccional. Debe resaltarse que esta línea jurisprudencial se ha desarrollado a pesar de lo que dispone el párrafo 704 de la *Federal Administrative Procedure Act*, que en su literalidad excluye sólo las excepciones hechas por la ley de la posibilidad de acceso directo a los Tribunales (11). Estos, no obstante, han utilizado argumentos que nos resultan familiares para justificar el hecho de no entrar en el fondo de la cuestión en los casos de falta de pronunciamiento administrativo.

Los tribunales norteamericanos se han basado en la tecnicidad y la discrecionalidad de la decisión administrativa para justificar la necesidad de ésta con carácter previo al pronunciamiento judicial:

«No fixed formula exists for applying the doctrine of primary jurisdiction. In every case the question is whether the reasons for the existence of the doctrine are present and whether the purposes it serves will be aided by its application in the particular litigation. These reasons and purposes have often been given expression by this Court. In the earlier cases emphasis was laid on the desirable uniformity which would obtain if initially a specialized agency passed on certain types of administrative questions. See *Texas & Pacific Ry. v. Abilene Cotton Oil Co.*, 204

US, 426 (1907). More recently the expert and specialized knowledge of the agencies involved has been particularly stressed...» [*United States v. Western Pacific R. R.*, 352 U. S. 69 (1956)].

«The reasons for... judicial application of the exhaustion doctrine... are not difficult to understand. A primary purpose is, of course, the avoidance of premature interruption of the administrative process. The agency, like a trial Court, is created for the purpose of applying a statute in the first instance. Accordingly, it is normally desirable to let the agency develop necessary factual background upon which decisions should be based. And since agency decisions are frequently of a discretionary nature or frequently require expertise, the agency should be given the first chance to exercise that discretion or to apply that expertise» [*McKart v. United States*, 395 U. S. 185 (1969)].

Ciertamente la aplicación jurisprudencial de las doctrinas de la *primary jurisdiction* y de *exhaustion of administrative remedies* conoce numerosas excepciones en los casos en que son consideradas insuficientes las vías de recurso administrativo, porque no se puede obligar al administrado a seguir caminos inútiles; hacerlo sería «to require them to pump oil from a dry hole» [*Ogo Associates v. City of Torrance*, 112, Cal. Rptr. 761 (1974)]. Y precisamente una de estas excepciones se encuentra en materia de derechos fundamentales:

«... a plaintiff in an action brought under the Civil Rights Act... is not required to exhaust administrative remedies, where the constitutional challenge is sufficiently substantial, as here, to require the convening of a three-judge Court» [*King v. Smith* 392 U. S. 309 (1968)].

En cualquier caso, el ejemplo norteamericano sirve también para indicarnos

(11) «704. Actions reviewable.

... Except as otherwise expressly required by statute, agency action otherwise final is final for the purposes of this section whether of not there has been presented or determined an application for a declaratory order, for any form of reconsideration, or, unless the agency otherwise requires by rule and provides that the action meanwhile is inoperative, for an appeal to superior agency authority.»

la utilidad de un previo pronunciamiento administrativo y, al mismo tiempo, el error de elevar esta previa intervención administrativa a la categoría de un dogma del cual resulte una auténtica denegación de justicia.

*De lege ferenda* es defendible, por tanto, todo aquello que signifique un aligeramiento de los trámites para llegar a los Tribunales sin necesidad de un vuelco de todo el sistema. Estos avances se han producido ya en un sector, el de los derechos fundamentales. La Ley de 26 de diciembre de 1978 representa un hito importante en la evolución de nuestro contencioso (12).

Suprime la necesidad de recurso administrativo previo al jurisdiccional, elimina en el silencio administrativo negativo la denuncia de la mora y convierte la suspensión de los efectos del acto impugnado en la regla general.

Es en esta línea en la que ha de mejorar en el resto de los sectores nuestra legislación procesal. La radicalidad de la supresión de recursos no es transplantable a la totalidad del campo administrativo, pero posiblemente sería aplicable a los supuestos de inactuación de la Administración, como de hecho ya excluye el artículo 53.c) de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de la necesidad de recurso de reposición de los actos resultado de la técnica del silencio administrativo. Respecto a la suspensión —y para los casos en los que no es conveniente su concesión automática— se podría instrumentar un procedimiento interdicial, cuando el particular está en una situación poseedora, con tal de evitar la innegable desventaja del acceso a los tribunales como demandante desposeído.

El actual Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial no incide de manera importante en la situación actual de la materia que nos ocupa. Hay, sin embargo, en su articulado, elementos importantes para contribuir a afirmar la interpretación correcta del carácter del acto previo y ale-

jarse definitivamente de los excesos a los que ha conducido. Así, el artículo 8 dice:

«Los Tribunales controlan, sin excepciones, la potestad reglamentaria, así como la actuación administrativa, juzgando de su legalidad y sometimiento a los fines que la justifican.»

En este control de la Administración la misión de los Tribunales es el conocimiento de las pretensiones contra ella misma. Así lo formula el artículo 9, que prescinde de la referencia de los actos:

«Los del orden administrativo conocerán de las pretensiones formuladas frente a la Administración Pública, no expresamente atribuidas a otros Juzgados y Tribunales.»

Finalmente, el artículo 36, sin ánimo de modificar la situación vigente, ya que se está refiriendo a la extensión de la jurisdicción española en relación con los extranjeros, evidencia la posibilidad de acceso a los Tribunales en los supuestos de inactuación de la Administración:

«En el orden administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general, actos u omisiones de las Administraciones Públicas españolas.»

### III. INACTIVIDAD MATERIAL

#### 1. *Correlación entre el deber de hacer de la Administración y el derecho de los particulares*

La inactividad material supone una conducta omisiva en cuanto a sus resultados materiales, con independencia de que existan unas resoluciones administrativas desde el punto de vista jurídico-formal. También ante este tipo de omisión aumentan los problemas para obtener la garantía judicial, pero las dificultades son

(12) *Vid.* en este sentido CANO MATA, «La ley de protección de los derechos fundamentales de la persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable aplicación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria», en *RAP*, núm. 98, pp. 47 y ss.

diferentes frente al caso de los supuestos estudiados antes. No se trata aquí de un problema de presupuestos procesales, sino de extensión y contenido de los poderes del juez en el control de la Administración.

En la inactividad material no plantea ningún problema el hecho de que el Tribunal entre en el fondo de la cuestión. Sin embargo, en el momento de tomar la decisión sobre el fondo es cuando nacen las dificultades de suplir unas tareas propias de la Administración activa por parte de un órgano de control jurisdiccional.

Por esto, el tema que estudiamos afecta las sentencias de condena, en los supuestos de recursos que, siguiendo la terminología francesa, pueden denominarse como de plena jurisdicción.

Es bien sabido que en nuestro sistema contencioso no hay una duplicidad de vías procesales (recurso de anulación, recurso de plena jurisdicción) como en el caso francés, pero el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el 28 de la misma Ley, reserva la posibilidad de formular la pretensión de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento a los titulares de un derecho subjetivo.

Aunque nuestro ordenamiento distingue claramente la situación en la que puede pretenderse solamente la anulación del acto, y aquella otra en la que se puede solicitar también el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, el hecho de no distinguir formalmente dos vías procesales diferentes ha favorecido el debilitamiento de la distinción entre los dos supuestos.

Como ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA, de hecho en todos los casos existe un derecho subjetivo del administrado, que se puede calificar como de carácter «reaccional», que le permite oponerse a las actuaciones de la Administración (13). Este derecho «reaccional» combinado con el deber jurídico de la Administración, y vista la amplitud y generosidad con la que se configura en

nuestro ordenamiento la responsabilidad administrativa, conduce a la posibilidad de obtener sentencias de condena de la Administración, sea cual sea el título por el cual esté legitimado el recurrente.

## 2. Configuración y límites del deber jurídico de la Administración

La legitimación no es el único obstáculo para obtener una sentencia de condena de la Administración. Ya hemos visto que el derecho «reaccional» del particular necesitaba el complemento de un deber jurídico de la Administración. Debe existir, por tanto, este deber jurídico. No siempre la ley configura la actividad administrativa relacionada con obras y servicios públicos como deber jurídico. Algunas prestaciones administrativas son claramente obligaciones jurídicas, como, por ejemplo, las derivadas del régimen de la Seguridad Social. En otras, aunque falta una individualización como en el ejemplo últimamente citado, pueden encontrarse elementos de obligatoriedad, como en las obligaciones mínimas de los Ayuntamientos. En muchos otros casos, no obstante, la obligación de actuar de la Administración estará sometida a un juicio de oportunidad de la misma Administración. En estos casos no existe la posibilidad de condena de la Administración.

En los supuestos en los que la conducta de la Administración constituye un deber jurídico, hará falta todavía precisar los límites de este deber. Nos encontramos ante el problema de la fijación de los *standards* a los que han de responder las prestaciones administrativas. Obviamente, sólo caso por caso, y en relación con la realidad cultural, económica y sociopolítica de cada momento, puede la jurisprudencia determinar los límites de la obligación administrativa de actuar. La tarea no es sencilla, pero en algunas sentencias ya se ha realizado; así, la de 8 de febrero de 1972:

«... difícilmente podría estimarse normal la existencia de grandes baches en la

(13) *Curso...*, cit., pp. 533 y ss.

carretera durante varios días, sin que se proceda a su señalización hasta después de ocurrido un accidente...» (14).

La inactividad administrativa, cuando constituye infracción de un deber jurídico, implica la indemnización de los daños causados, aunque sea una causalidad indirecta:

«... porque en las actividades de policía (como las que la Corporación tiene en relación con esos vertidos) la Administración actúa respecto de conductas de particulares y, por tanto, subsistiendo la responsabilidad de éstos frente a otros por los perjuicios que con su actuación puedan causarles, sin perjuicio de la que recaiga sobre la Administración cuando su conducta u omisión haya sido causa y no simple ocasión de perjuicio, como ocurrió en ese caso al obstaculizar el conocimiento de los responsables con incumplimiento de una propia resolución adoptada para ello...». (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1975.)

La indemnización se ha de otorgar siempre que haya una relación de causalidad y ésta pueda darse también en los supuestos de omisión:

«... hay nexo causal cuando entre el hecho y su resultado media una causalidad próxima o una causalidad razonablemente previsible, pues no se trata de daños producidos por terceros; los gruistas operadores de máquinas, de Obras del Puerto, no son independientes o terceros con relación al servicio público, sino que tienen su origen en éste, siendo inoperante tener en cuenta quien fuera el autor material de los daños o perjuicios, lo cierto es que aquí los daños tuvieron su origen en la pasividad administrativa como titular del servicio público del que directamente dependían los maquinistas de las grúas, y se produjeron como consecuencia inmediata y exclusiva de la pasividad, por lo que procede confirmar en todas

partes la Sentencia apelada». (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1982.)

El carácter objetivo con la que está configurada la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas hace que no haya ningún problema para apreciarla cuando hay causalidad adecuada. Evidentemente, en los casos de omisión sólo puede apreciarse esta causalidad cuando exista el deber de actuar. Si confluyen deber de actuar y relación causal de daño con la omisión, se produce la responsabilidad de la Administración. El razonamiento podría llevarse hasta el supuesto en el que la omisión consiste en la no-creación de un servicio, aunque difícilmente esta creación se configura como un deber concreto y es difícil la individualización de los daños en un caso de tal naturaleza.

### 3. *La imposición de una actividad a la Administración: el problema de la discrecionalidad técnica o político-administrativa*

La responsabilidad patrimonial no es remedio suficiente para la inactividad de la Administración. En muchos casos la inactividad provoca un mal o un peligro suficientemente difuso para que no sea individualizable, o también un perjuicio —individualizable o no— de carácter continuado que no puede resolverse en una única petición indemnizatoria (15). Nada impide en principio dar un paso más y condenar a la Administración a una actividad concreta. Simplemente es necesario que la Administración tenga el deber de actuar en un sentido concreto:

«... sólo cuando la Administración tiene el deber exigible de actuar cabe que, al declarar la ilicitud de su omisión por vulnerar un mandato legal, se imponga la actividad si ése es el medio de restablecer el orden perturbado...». (Sentencia del

(14) *Vid.* también sentencia de 28 de enero de 1972 sobre el mismo problema.

(15) *Vid.* en este sentido M. J. MONTORO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos*, Madrid, 1983, p. 300.

Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1975.)

La Sentencia que acabamos de citar, aunque no procedía a condenar a la Administración a una actividad concreta, sino que simplemente la obligaba al pago de una indemnización, preveía la posibilidad de pronunciar aquella condena. Con esto se situaba en la línea de la doctrina alemana de la *Folgenbeseitigung* (eliminación de las consecuencias perjudiciales) recogida en la Ley Federal alemana de 26 de junio de 1981, que fue anulada posteriormente por el Tribunal Constitucional federal, aunque por motivos totalmente ajenos a los que aquí tratamos (16).

En base a la doctrina aludida, la Administración se ve obligada, cuando cambia una situación de hecho en perjuicio de un particular, a restablecer la situación anterior o a crear una equivalente. Nuestra jurisprudencia no ha sido tímida en la aceptación de la posibilidad de imponer a la Administración una obligación de hacer. Y lo ha hecho no ya para volver a una situación anterior, sino para adecuar la realidad a las previsiones legales. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1980 obliga a la Administración incluso a realizar por sí misma las obras legalmente necesarias, en el caso de un Ayuntamiento que consintió la realización de una urbanización sin las obras de infraestructura con evidente perjuicio para los adquirentes de las viviendas:

«Que la situación descrita es por sí misma una vulneración de las normas legales urbanísticas patente y material en cuanto faltan unas obras de urbanización imprescindibles y previas a la construcción privada, como antes se dijo, razón por la cual cabe atribuirle naturaleza igual (aunque de signo contrario) que a las obras ilegales respecto de las cuales es reiterada la jurisprudencia afirmando la posibilidad

de exigir de la Administración competente para imponer la aplicación de las normas la actividad necesaria a fin de eliminar aquéllas restableciendo la legalidad —entre otras, Sentencias de esta Sala de 4 de noviembre de 1971, 23 de abril de 1974, 22 de mayo de 1974— y ello, incluso cuando han sido consentidas o permitidas por ella, mediante entonces una petición para el ejercicio de sus potestades que, por ser potestades —deber exigible—, no cabe desestimar sin que el acto desestimatorio sea ilegítimo; de ahí que también en este caso el ejercicio de las facultades de la Administración para lograr la observancia de la Ley del Suelo y los planes le sean exigibles y deba pronunciarse su obligación de actuar frente al particular infractor la ejecución de las obras (incluso realizándolas por sí en su caso)...»

En este supuesto nos encontramos en una situación en la que el margen de actuación administrativa lícita era reducido: se trataba de un acto debido y, por tanto, la decisión del Tribunal tenía un punto de referencia tan firme como el de la situación preexistente en el caso de «la eliminación de consecuencias perjudiciales».

La situación es diferente cuando nos encontramos con una potestad administrativa que deje un gran margen de discrecionalidad técnica o político-administrativa. Ya hemos visto anteriormente, al hablar de la inactividad formal, cómo en los países anglo-sajones ello era motivo para que los tribunales reclamasen el acto previo administrativo. Pero en el terreno de la inactividad material hemos de añadir que en los mismos países —en los cuales no hay ningún tipo de obstáculo procesal— el remedio de *mandamus* encuentra su límite natural en la discrecionalidad (17).

(16) Vid. EMBID IRUJO, «La codificación de la responsabilidad patrimonial del Estado: El ejemplo de la Ley alemana de 26 de junio de 1981», en REDA, núm. 34, pp. 362-363; SAINZ MORENO, «El Tribunal Constitucional alemán declara la nulidad de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado, de 26 de junio de 1981», en RAP, núm. 98, p. 390; y M. J. MONTORO, *op. cit.*, pp. 301 y ss.

(17) Vid. WADE, *op. cit.*, p. 241; B. SCHWARTZ, *Administrative Law. A case-book*, Boston, 1977, p. 630; Kenneth CULP DAVIS, *Administrative Law. Cases-text-Problemes*, St. Paul, 1977; «The basic theory of mandamus is that mandamus is the proper remedy for controlling ministe-

Este límite no es de carácter procesal, sino que es consustancial con el carácter de deber jurídico de la Administración. No hay actividades absolutamente discrecionales, sino aspectos discrecionales en cada actividad administrativa. Nada impide que el Tribunal entre a conocer el fondo de la actividad discrecional. Pero cuanto más grande sea la discrecionalidad, tanto menos concreto será el deber jurídico de la Administración y, en consecuencia, la resolución condenatoria del juez. Si lleváramos la situación al extremo, llegaríamos al caso en el que la jurisdicción simplemente condenaría a la Administración a cumplir lo que manda la ley, en los mismos términos que ésta, sin mayor concreción. La utilidad de tal condena es dudosa. No hay duda de la licitud de un pronunciamiento de este tipo para los Tribunales. Por otro lado, no está absolutamente carente de efectos jurídicos, aunque se limite a reproducir los términos de la ley, ya que la declaración judicial abre la puerta a una responsabilidad, incluso penal, de la autoridad o del funcionario competente. Pero en la efectividad práctica de esta vía no se puede confiar suficientemente.

Algunos ejemplos de nuestra jurisprudencia ilustran lo que estamos diciendo. En ellos se pone de manifiesto la ausencia también en nuestro Ordenamiento de obstáculos procesales para emitir sentencias de condena frente a actividades discrecionales. No hay una diferencia de tratamiento procesal entre actividades administrativas discrecionales y actividades administrativas regladas. Pero no deja de evidenciarse la inconcreción de la actividad que se impone a la Administración.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1976 (18) estudia el caso de las eventuales molestias causadas por el ruido de un carrillón. La Sentencia desestima la demanda porque concluye que el ruido que producía el citado mecanismo

no era anormal. Sin embargo, se pronuncia en el sentido de que si hubiera producido realmente actividad molesta, y aunque ésta no hubiera sido prevista como tal en ninguna reglamentación previa, la Administración estaría obligada a actuar, incluso, dictando el oportuno reglamento:

«... y ello porque, si bien sometidas a las potestades de policía general de los Organos de las Corporaciones Locales, a tenor del artículo 101.1.c) y b) de la Ley de Régimen Local y 1.1 del Reglamento de Servicios, habrá supuestos en que esa acción inicial o posterior proceda ejecutarla a través de un sistema especial de licencias o de vigilancia, o bien cuando ese sistema particular no exista, determinado previamente según el sistema de policía general que la actividad en cuestión perturba en medida superior a lo que su normal funcionamiento exige la salubridad, la tranquilidad o sosiego ciudadano, para adoptar, como consecuencia de tal comprobación, las medidas pertinentes, bien sean directas, bien promoviendo una reglamentación municipal adecuada, bien tramitando el expediente a tenor del Reglamento citado si fuera aplicable».

La inconcreción que supone la obligación de dictar un reglamento hace que una condena de este tipo hubiera tenido una muy relativa eficacia. La Administración puede cumplir formalmente la sentencia y no satisfacer en cambio al particular afectado, que continuará perjudicado por el incumplimiento sustancial del deber jurídico de la Administración.

Ello se ve más claramente aún en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1978. Los profesores de religión pretendían la equiparación retributiva al profesorado contratado e interino de bachillerato. El Tribunal consideró que no se podía aceptar la tesis de la demanda que decía que existía ya un derecho en favor de los procesados afectados sin nece-

rial acts, for requiring the exercise of discretion and for preventing abuse of discretion, but not for controlling the manner in which discretion is exercised», p. 184.

(18) *Vid.* el comentario de SAINZ MORENO, «Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad», en *REDA*, núm. 15, pp. 664 y ss.

sidad de una reglamentación intermedia que fijase la remuneración, y condenó a la Administración a que:

«el Ministerio de Educación y Ciencia adopte las medidas oportunas que le correspondan para fijar, con las consecuencias que de ello deriven, de acuerdo con la jerarquía eclesiástica, su remuneración en forma análoga a la establecida para el profesorado interino y contratado, condenado a la Administración a estar y pasar por tal declaración y su cumplimiento».

Parece bastante alejado del reconocimiento de una situación jurídica individualizada la proclamación del derecho de que la Administración haga lo posible para ponerse de acuerdo con la jerarquía eclesiástica, a fin de dictar una normativa que regule el derecho que se reclamaba de manera análoga a los términos en los que se demandaba (19).

En cualquier caso se evidencia que la jurisprudencia española, en lo que concierne al control de la inactividad material, no ha sido tímida. No se han buscado, en este caso, como pretexto, obstáculos procesales. Se ha ido tan lejos como lo permitía la existencia del deber jurídico de la Administración y la concreción de éste. Si en algún sentido se puede profundizar en esta línea es en el de levantar los *standards* en la medida en que la realidad cultural y socioeconómica lo permita.

#### 4. *Inactividad material y Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*

Poco puede innovar una Ley de organización del Poder Judicial en el tema del control de la inactividad material. Como hemos visto, el problema no es de Derecho procesal, sino que afecta la regulación sustancial. En la medida en que más prestaciones administrativas se configuren como un auténtico deber de la Administración, y en la medida en que de acuerdo con la realidad social la jurisprudencia pueda levantar el nivel *standard* de estas prestaciones, aumentará la posibilidad de control judicial de la inactividad material.

Se ha de aludir de nuevo, no obstante, al artículo 36 del Proyecto en su referencia a las omisiones que afectan también a la inactividad material. Por otro lado, el Proyecto no altera la unidad procesal de las actuaciones de anulación y de plena jurisdicción, y refuerza aún la asimilación de la jurisdicción contenciosa al resto de la actividad jurisdiccional. Este aumento del judicialismo se observa con la creación de unos Juzgados de primera instancia y de una casación, también en el campo de la jurisdicción administrativa, y en el aumento, al menos teórico, en el campo de ésta, de los poderes del juez en la ejecución de sentencias. Todo ello permite que desde el punto de vista procesal se refuerce la posibilidad de control de la inactividad material de la Administración.

Joaquim Ferret i Jacas

(19) «El fallo comentado en su singularísima condena, reconoce un derecho de los recurrentes sin plazo ni *quantum*, sin contorno preciso, aunque sí con referencia bastante para hacerlo efectivo.» COCA VITA, «Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración», en REDA, núm. 17, p. 298.

