

# La inactividad material de la Administración: veinticinco años después

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO: 1. Tipología de la inactividad material. 2. Protagonismo jurisprudencial. 3. Impacto de la Constitución. 4. Nuevas precisiones tipológicas: A) Inactividad formal o silencial. B) Inactividad material negativa. C) Inactividad material positiva. D) Inactividad de efectos trilaterales. 5. Breve advertencia metodológica. II. RAZONES TRADICIONALES QUE JUSTIFICABAN LA OPOSICION AL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACION Y SU PROGRESIVO DESMANTELAMIENTO: 1. La separación de poderes. 2. Control de la legalidad y protección de los derechos individuales. 3. Legalidad y oportunidad. 4. El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y la exigencia de un acto administrativo previo. III. LA LEGITIMACION PARA RECURRIR: 1. Ampliación progresiva de las variantes legitimadoras. 2. Una apertura revolucionaria: la legitimación por denuncia. 3. Legitimación por interés a la defensa de la legalidad. 4. La acción popular. IV. ESCALONAMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL: 1. Intervención no sustitutoria. 2. Intervención sustitutoria. 3. Algunos ejemplos útiles del Derecho comparado. 4. Factibilidad del control. V. INACTIVIDAD NORMATIVA. VI. CONCLUSIÓN: ESQUEMA PROCESAL.

Hace justamente veinticinco años apareció en el número 37 de la *Revista de Administración Pública* un artículo mío sobre «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», en el que por primera vez se planteaba en España de forma sistemática el acuciante problema de los remedios jurídicos contra la inactividad de la Administración entendida en sentido amplio, es decir, más allá de los conocidos mecanismos de reacción frente al silencio administrativo. En la novedad del tema consiste, quizás, el único mérito de este trabajo juvenil —envuelto, por lo demás, en la fácil erudición de quien por aquellos años completaba la etapa de su formación en Universidades extranjeras— y esto es lo que ha justificado, al parecer, su inclu-

sión en el presente número monográfico de Documentación Administrativa, con el valor de simple referencia histórica testimonial.

Desde entonces acá, la doctrina española se ha hecho eco indefectiblemente de la cuestión, cuya reconocida importancia no se ha reflejado, sin embargo, de forma proporcionada en otros estudios posteriores, aunque tampoco haya sido completamente desatendida, en particular al hilo de una jurisprudencia, pausada desde luego, pero inequívocamente progresista.

Prescindiendo de las alusiones realizadas en los Manuales, así como de otras referencias indirectas en diferentes estudios, son de destacar los siguientes artículos aparecidos en los últimos años: RODRÍGUEZ MORO, N.: «Acción popular para impugnar en vía contenciosa la inactividad de la Administración ante infracciones urbanísticas» (*Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 174, 1972); SAINZ MORENO, F.: «Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad» (*Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, 1977); ROMERO FERNANDEZ, F.: «La inactividad material de la Administración ante la infracción urbanística» (*Revista de Administración Pública*, núm. 82, 1977); COCA VITA, E.: «Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la Administración» (*Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 17, 1978); PAREJO ALFONSO, L.: «La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa: a propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de la Constitución» (*Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1978), y FERRET JACAS, J.: «El control jurisdiccional de la inactividad administrativa» (*Estudios sobre el Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, 1985). TOMÁS QUINTANA LÓPEZ se ha ocupado también del tema en «El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales», 1987. Y, en fin, en el número 110 de la *Revista de Administración Pública*, 1986, M. J. MONTERO CHINER ha publicado un artículo de gran extensión (más de cien páginas) titulado «La inactividad de la Administración en el proceso de ejecución de las leyes. Control judicial frente a fracaso legislativo», en el que, desde la perspectiva del Derecho alemán, realiza un sobresaliente y pormenorizado análisis de los aspectos más importantes del tema.

Sobre la evolución jurisprudencial —que es decisiva—, tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, nada va a adelantarse en este momento, puesto que será examinada pormenorizadamente a lo largo del presente trabajo.

A la vista de este interés doctrinal y jurisprudencial, llama la atención la insensibilidad parlamentaria, que una y otra vez se ha negado a recoger los intentos de consagrar en el *Boletín Oficial del Estado* una tendencia, que ya es absolutamente dominante, rechazando de manera expresa distintos proyectos legislativos que en tal dirección se expresaban.

Así sucedió, nada menos, con la Constitución, cuando no fue acogida una inteligente enmienda del PSOE al artículo 106 (pormenorizadamente analizada por PAREJO ALFONSO en el trabajo citado), donde literalmente se proponía lo siguiente: «1. Toda la actividad de la Administración Pública está sometida al control jurisdiccional plenario y efectivo. 2. Los Tribunales... *suplen la omisión de la actividad de la Administración* cuando tal actividad es legalmente obligada.»

Y así volvió a suceder en las discusiones de elaboración de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el artículo 36 del Proyecto del mismo se consignaba, en efecto, que «en el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión se refiera a actos u *omisiones* de las Administraciones Públicas». Ambiciosa redacción que fue mutilada ya en el Dictamen de la Comisión, reduciendo el control a los «actos expresos o tácitos», y que se transformó, finalmente, en el artículo 24, que se refiere únicamente a «las disposiciones de carácter general o *actos* de las Administraciones Públicas españolas».

Dos oportunidades perdidas, pues, que quizás puedan salvarse en la futura Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en uno de cuyos anteproyectos, elaborado por el Ministerio de Justicia, se alude a la «inactividad material de la Administración».

En cualquier caso, no dejan de sorprender estas reticencias legislativas, puesto que sabido es que entre nosotros ha sido frecuente que muchas novedades técnicas hayan sido introducidas por la Ley, en cuya estela se ha movido luego la jurisprudencia con cierta parsimonia. Pero aquí ha sucedido exactamente lo contrario, como suele suceder en Francia: ha sido la jurisprudencia quien ha dado el primer paso, aun sin conseguir por ello romper la inercia legislativa.

## I. PLANTEAMIENTO

La experiencia adquirida en el transcurso de estos veinticinco años permite constatar que sigue abierto el tema de la inactividad de la Administración, agravado incluso por dos circunstancias adicionales: en primer lugar, la acelerada ampliación del ámbito de lo público, en sus múltiples vertientes de policía, fomento y servicio público, lo que magnifica las consecuencias de la inactividad; y en segundo lugar —fenómeno, a diferencia del anterior, relativamente nuevo y en cuyo estudio no va a entrarse en el presente trabajo— por la complejidad de las organizaciones públicas y la incesante creación de Administraciones, que conducen inevitablemente a una paralización de ellas por bloqueo recíproco, que, hasta la fecha, casi nunca puede ser salvado, y ni siquiera aliviado, por los sofisticados instrumentos de cooperación, que el legislador ha tenido que ir improvisando a tal efecto.

Desde el punto de vista teórico tampoco se han aclarado mucho las cosas; pero al menos se cuenta con algunas publicaciones —y, sobre todo, con algunas decisiones jurisprudenciales—, que hacen posible un replanteamiento profundo de la cuestión, que puede apoyarse ya en fórmulas normativas o jurisprudenciales concretas, superando las meras imaginaciones y deseos personales, que eran los únicos elementos con que antes se contaba, prescindiendo de los ejemplos del Derecho comparado.

Admitida hoy sin discusión la distinción entre inactividad formal y material, y estando aquélla aceptablemente regulada por el Derecho positivo, podemos ahora concentrar nuestro esfuerzo en el análisis de la inactividad material, apoyándonos en el citado progreso jurisprudencial (contencioso-administrativo y constitucional), así como en algunos retazos legislativos, que pueden utilizarse en esta línea, aunque indudablemente no fuera ésta la intención expresa del legislador en el momento de dictarlos.

### 1. *Tipología de la inactividad material*

Las diferentes manifestaciones reales de la inactividad material pueden clasificarse analíticamente en algunas variantes, sin perjuicio de que en la práctica aparezcan de ordinario inextricablemente unidas.

A) La primera variante —que es la más sencilla, aunque sólo sea por su proximidad con la inactividad formal— se refiere a la no producción de un acto administrativo.

Existen supuestos, en efecto, en los que la Administración, sin haber llegado a producirse una conexión entre la inactividad material y la formal a través del mecanismo del silencio administrativo, incumple su obligación de dictar un acto. Siendo de adelantar ya que en este terreno aparecen los siguientes problemas:

— La competencia de los Tribunales para conocer del asunto, habida cuenta del llamado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la lógica inexistente de un acto previo. Dificultades tradicionales que están siendo ya superadas por la jurisprudencia moderna.

— La legitimación para recurrir, que no suele constituir un obstáculo serio, dado que siempre media un titular de derechos o, al menos, un interesado en la producción del acto omitido.

— Las atribuciones de los Tribunales para remediar esta inactividad que —prescindiendo de algunos mitos políticos y jurídicos obstructivos— se manifiesta en dos posibilidades: o bien la Administración dicta directamente el acto ausente o bien ordena a la Administración que lo dicte (con o sin criterios de contenido, como veremos más ade-

lante), sin olvidar los pronunciamientos complementarios de indemnización de daños y perjuicios.

En definitiva, la cuestión es teóricamente clara, aunque queda abierto un punto de sin igual importancia, que no es lícito pasar por alto: unidas las dilataciones de la inactividad administrativa a las propias del proceso judicial (y eventualmente a las provocadas en el período de ejecución de sentencia), se llega a un resultado desconsolador para el ciudadano, quien puede obtener ciertamente el reconocimiento de su derecho, pero en un momento tan tardío, que económicamente puede suponer una denegación real de justicia o, al menos, su transformación en una indemnización, factible sólo, sin embargo, cuando media un derecho o interés individualizado.

B) En segundo término, la inactividad material de la Administración puede referirse al dictado de normas o disposiciones de carácter general en sentido amplio entendidas. Porque es el caso que las leyes, cada vez con más frecuencia, ordenan (o autorizan) a la Administración que dicte normas de desarrollo, sin las cuales la Ley resulta sencillamente inaplicable. De donde resulta que si la Administración (y el Gobierno) permanece inactiva, la Ley no puede producir de hecho efecto alguno y la voluntad parlamentaria se extingue y consume en la simple publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, frustrándose así los derechos y expectativas de los ciudadanos abiertos por la Ley originaria.

La problemática que aquí surge es obviamente mucho más complicada que en el supuesto anterior, dado que, en lo que a la legitimación se refiere, apenas si puede hablarse de derechos, sino a lo sumo de intereses, y con frecuencia no de intereses individuales, sino generales o colectivos o, si se quiere, «difusos».

La cuestión puede traspolarse, además, a la inactividad legislativa (ordenada directamente por la Constitución o por otra Ley anterior): lo que apareja la dificultad adicional de la incompetencia de los Tribunales contencioso-administrativos para controlar las leyes, es decir y en este caso, de la ausencia de leyes.

C) La tercera modalidad está constituida por la inactividad de la Administración a la hora de crear órganos que resulten imprescindibles para el cumplimiento de las tareas que una Ley le ha encomendado. En donde surge la inevitable y común cuestión de la legitimación para recurrir y, de otro lado, la de la inmunidad o reserva administrativa en materia organizatoria.

D) La cuarta modalidad se refiere a la inactividad en la prestación de los servicios públicos, es decir, a la no realización material de las prestaciones comprometidas en el servicio, cuya ausencia no coincide normalmente con la ausencia de un acto administrativo.

E) La quinta modalidad afecta al no ejercicio por parte de la Ad-

ministración de las acciones que le corresponden para la defensa de los derechos e intereses que tiene encomendados. Un tema tradicional y bien conocido en el Derecho local.

F) Y sin olvidar, por último, el gran tema de la inactividad producida en la fase de ejecución de las sentencias de los Tribunales.

En definitiva podemos comprobar cómo en el tema de la inactividad material de la Administración se insertan otras cuestiones inextricablemente unidas con ella, y muy especialmente: las facultades de la Administración, la legitimación para solicitar una protección judicial y la matización entre las tradicionalmente denominadas actividades reglada y discrecional. La consecuencia de estas vinculaciones inseparables es la formación de un ovillo jurídico e institucional muy confuso, que es difícil desenredar tanto en la teoría como en la práctica.

Por lo demás, en el presente trabajo no se va a dedicar la misma atención a los tipos que acaban de ser enunciados, habida cuenta de algunos de ellos —o, al menos, algunos de sus elementos— han sido objeto ya de estudios separados, que permiten aliviar el contenido de este artículo a través de una simple remisión genérica a la bibliografía usual. Tal sucede, concretamente, con la falta de prestaciones serviciales y con la pasividad administrativa en la ejecución de sentencias. Pero es que, además y como veremos al final de este epígrafe, la anterior tipología es meramente aproximativa, por lo que, antes de entrar en el análisis de sus variantes, resulta imprescindible añadir bastantes precisiones.

## 2. *Protagonismo jurisprudencial*

En la conciencia jurídica de todos los pueblos existe un inequívoco sentimiento favorable a la eliminación de la inactividad material de la Administración o, al menos, de sus consecuencias dañosas. Ahora bien, la circunstancia de que técnicamente no se haya aclarado todavía el tema impide —o, en cualquier caso, dificulta— su solución acertada.

El legislador español sólo ha abordado frontalmente, y resuelto con eficacia, el tema de la inactividad formal (que es una parte de la cuestión), para el que ofrece remedios jurídicos suficientes. La inactividad material, en cambio, suele contemplarse desde una perspectiva voluntarista y, casi podría decirse, «milagrera». Aparte de los remedios estrictamente administrativos, como puede ser la reclamación en queja o los servicios de inspección, se cuenta únicamente con la evanescente figura del Defensor del Pueblo y con el no menos inútil derecho de petición. De hecho, para los españoles no hay otras salidas que las metajurídicas: las presiones políticas, las amistades, la corrupción, el tráfico de influencias, las cartas a los periódicos y la violencia, sea individual, colectiva o institucionalizada; siendo fácil remitirse a la dolorosa

realidad para comprobarlo. Así es como se actúa entre nosotros para quebrantar la inactividad administrativa, por mucho que los juristas silencien pudibundamente esta situación.

Y el caso es que tales disfuncionalidades —por no decir aberraciones— están más que justificadas: cuando el ciudadano se siente maltratado por la inactividad administrativa y no tiene un cauce *jurídico* para romperla, es claro que ha de acudir inevitablemente a los deplorables remedios a que acaba de aludirse, aunque con ello se quebrante la paz social y se cuestione la utilidad del Estado. Si el Derecho está para garantizar la convivencia y el equilibrio entre el Poder y los ciudadanos, cuando en un momento histórico determinado el Derecho no lo logra, nada de particular tiene que los ciudadanos —los que pueden— salten las bardas de las leyes (que no les protegen) para operar en los descampados de la habilidad personal o de la fuerza descarnada.

Importa, en consecuencia, abrir cauces legales para solucionar estos problemas pendientes; y lo lamentable es que, como hemos visto en el epígrafe anterior, nuestro legislador no se sienta demasiado inclinado a ello, quizás por no tener conciencia de su trascendencia. Lo cual significa que la insensibilidad del legislador traslada automáticamente a la jurisprudencia la responsabilidad del esfuerzo y del logro. Una traslación indebida, desde luego, pero hay ya indicios elocuentes —y hasta pruebas, que en estas páginas hemos de ver— de que nuestros Tribunales, incluido el Constitucional, están dispuestos a asumir con dignidad tal empresa. El Tribunal Supremo ya ha empezado a romper el muro de la inactividad material de la Administración y hay que esperar que todos los Tribunales sean tenaces en este empeño, por lo demás harto dificultoso.

Para ello cuentan con su propia sensibilidad y con fragmentos normativos que, aunque pensados inicialmente para otros supuestos, pueden ser aplicados, sin retorcer demasiado el texto, a la materia que nos ocupa. Y cuentan también con el impulso de la Constitución de 1978, cuya importancia aconseja que la tratemos de forma separada más adelante. Y cuentan, en fin, con los ejemplos del Derecho comparado, que han sido descritos ya repetidas veces en nuestra bibliografía.

Por lo que a esto último se refiere, huelga subrayar la importancia de las experiencias de otros sistemas jurídicos, aunque con la obvia salvedad de que nunca pueden ser importadas a nuestro país sin matizaciones fundamentales. Además, los mecanismos europeos de reducción de la inactividad material de la Administración distan mucho también de ser satisfactorios. En todas partes pesa demasiado la inercia de las instituciones del control jurisdiccional, que inicialmente no fueron pensadas para este cometido y, sobre todo, en los países avanzados tiene menos importancia el problema. Por así decirlo, la inactividad de la Administración es un fenómeno inversamente proporcional a la per-

fección de las organizaciones públicas y del funcionamiento democrático de las instituciones. Las Administraciones atrasadas son más insensibles a los perjuicios que provoca su inactividad material y no pueden —y con frecuencia, ni quieren— adaptarse a una corrección de su pasividad. Por ello creemos que el problema es mucho más acuciante en España que en la República Federal Alemana o en los Estados Unidos de Norteamérica (por citar los ejemplos y los modelos más conocidos), aun sin ignorar, por supuesto, que allí tampoco es una cuestión baladí.

En términos enfáticos puede afirmarse que en este punto ha sonado la hora de la jurisprudencia, cuyos pronunciamientos son todavía apenas balbuceantes, pero que revelan una decidida intención de progreso, que la doctrina está obligada a fomentar, tal como ha venido haciéndose eco hasta ahora de todos y cada uno de los pasos que en esta dirección los Tribunales han dado. El papel de la doctrina es, conocidamente, mucho más modesto que el de los Tribunales y el de las leyes; pero en modo alguno menospreciable, pues a ella corresponde ir alumbrando los caminos de un futuro posible y deseable, que de momento se encuentran demasiado borrosos para poder avanzar por ellos con seguridad.

Por otro lado, aunque en los párrafos anteriores se ha venido insistiendo en la necesidad de descubrir —y, en su caso, de crear— nuevos cauces jurídicos, ello no implica desconocimiento de su insatisfactoriedad esencial. Porque, como tantas veces y en tantos lugares he venido repitiendo, las exigencias sociales no se satisfacen con fórmulas legales ni con logros jurisprudenciales, forzosamente limitados a supuestos e individuos concretos. Esto es necesario, mas no suficiente. Las consecuencias de la inactividad material de la Administración son obviamente indeterminadas, generales y permanentes. Los Tribunales pueden remediarlas en manifestaciones individualizadas, pero es notorio que por cada consecuencia que remedian, quedan otras miles sin atender. Ahora bien, esa elemental consideración nos llevaría, de nuevo, al ámbito de lo no jurídico —a una realidad rabiosamente política y social—, que deliberadamente va a dejarse aquí sin analizar.

### 3. *Impacto de la Constitución*

Tal como acaba de anunciarse, a continuación se va a analizar el impulso que la Constitución de 1978 ha dado a esta tendencia de control jurisdiccional de la inactividad material de la Constitución. En resumen: gracias a la Constitución, lo que anteriormente eran meras intuiciones y deseos voluntaristas de remedio, ahora han encontrado un respaldo normativo contundente, aunque sea difuso.



La Constitución española de 1978 es, como cualquier otra, un programa de convivencia social cristalizado en una norma jurídica peculiar (1), cuya realización encomienda a determinados agentes a través de una tupida red de órdenes y autorizaciones.

A) En primer término encomienda la realización de sus decisiones a otra norma jurídica, a la Ley, conforme a dos modalidades:

— A veces se limita a expresar la orden, sin indicar al futuro legislador el contenido de lo que ha de hacer. Por ejemplo: «La ley regulará un estatuto de los trabajadores» (art. 35.2).

— Y en ocasiones la orden va acompañado de determinadas precisiones sobre el contenido de la regulación que ha de hacerse. Por ejemplo: «La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos» (art. 36).

B) En segundo término encomienda la realización de sus decisiones supremas, no a otra norma, sino a los Poderes Públicos en general, quienes harán efectivas aquéllas bien a través de normas o de actos o de actividades materiales. Y aquí igualmente la orden puede ir acompañada, o no, de precisiones de contenido:

— «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1).

— «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil» (art. 39.2).

C) En alguna rara ocasión, la orden va dirigida a un órgano muy concreto, el Gobierno, como sucede en el artículo 134 en materia presupuestaria.

D) Y, con carácter general, hay una orden dirigida a la Administración para que «sirva con objetividad los intereses generales» (art. 103.1).

Y todo ello, y especialmente en lo que se refiere a las órdenes al legislador, con la advertencia prevista en el artículo 53.

Las órdenes al legislador se han estudiado hasta ahora desde dos perspectivas fundamentales: como reserva de ley y como forma de articulación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En cuanto a lo primero, asoma la cuestión de la inactividad legislativa en la previsión de la última frase del artículo 53, antes citado:

---

(1) Cfr. NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 100, I, 1983, pp. 371-415 y la bibliografía allí citada.

«Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.»

Pero desde la segunda perspectiva, la inactividad del legislador adquiere una importancia muy grave, desde el momento en que hubiera podido entenderse que la ausencia de ley básica cerraba la producción normativa de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas. Interpretación que fue pronto desechada por el Tribunal Constitucional por medio de su sutil conceptualización de las leyes básicas como normas materiales y no formales.

Valgan estas brevísimas observaciones para alertar sobre la existencia del problema de la inactividad legislativa, que de momento no va a ser estudiado; pero, como acabamos de ver, tiene una importancia teórica y práctica extraordinaria, que no ha pasado desapercibida ni a los Tribunales ni a la propia Constitución.

Lo que aquí importaba poner de relieve es que el sistema constitucional de órdenes —al legislador, a los poderes públicos, al Estado, al Gobierno y a la Administración— abre una nueva perspectiva de análisis: cabalmente el de la posible inactividad de los recipiendarios del mandato. Porque si éstos no cumplen tales órdenes se viene abajo todo el sistema constitucional, todo el programa de convivencia, y la Constitución se convierte en una hoja muerta, que únicamente podría revitalizarse a través de los grandes rodeos del número 3 del artículo 53 y, en general, en su reconocimiento de norma jurídica de efectos directos e inmediatos, como ha declarado ya el Tribunal Constitucional y ha enfatizado la doctrina en términos que, por conocidos, no es preciso recordar aquí, como tampoco las salvedades que a tal propósito se han hecho, entre otros, en los trabajos señalados en la nota primera de este estudio.

En definitiva, la inactividad del legislador —y la de todos los destinados de las órdenes constitucionales— no se encuentra sancionada expresamente por la Constitución; pero parece indudable que constituye una violación material de la misma, e incluso excepcionalmente grave, habida cuenta de los supremos intereses que aquí están en juego. Porque la inactividad material no sólo va en contra del Estado de *Derecho*, sino también, y con harta frecuencia, del Estado *Social* de *Derecho*. Ya que, en efecto, resulta muy difícil imaginar un Estado de *Derecho* si el legislador incumple las órdenes de dictar leyes que le ha dado la Constitución; de la misma manera que resulta imposible aceptar que exista un Estado Social de *Derecho* si, por omisión, no se garantizan realmente los derechos y prestaciones que tan solemnemente proclama la Ley Fundamental.

Vistas así las cosas, resulta ya muy claro que la tendencia amplia-  
toria del control de la inactividad de la Administración (marginando de momento la inactividad legislativa) se encuentra inequívocamente

apoyada por la Constitución. Lo que significa, como antes se decía, que cuantos pasos se orienten en tal dirección están respaldados, no ya por un sentimiento difuso o intuitivo de justicia, sino por la norma suprema del ordenamiento jurídico, inequívocamente positivizada en tal sentido.

Y más todavía: el sistema de derechos fundamentales, que constituye otro de los pilares de la Constitución, sirve igualmente de respaldo a cuanto se está diciendo: porque la sacralización constitucional de estos derechos justifica por sí misma el levantamiento de los obstáculos que se impongan a su efectividad, tanto los derivados de una conducta activa como de una omisión. En este reducto del patrimonio jurídico de los ciudadanos no cabe pretexto alguno para su desconocimiento. El valor supremo de su garantía ha de prevalecer frente a la ausencia de mecanismos expresos de defensa. En otras palabras: la construcción jurisprudencial de instrumentos formales de eliminación de los efectos de la inactividad material de la Administración, encuentra su mejor apoyo en la invocación de la primacía de los derechos fundamentales, cuando se observa, por omisiones, una violación de los mismos; de la misma manera que, con carácter más general, la invocación de los principios constitucionales del Estado de Derecho y del Estado Social del Derecho ofrecen una inmejorable cobertura para todos los demás supuestos.

#### 4. *Nuevas precisiones tipológicas*

Las variantes de inactividad que se han enumerado en el apartado primero de este epígrafe responden a una descripción sustancialmente correcta. No obstante, conviene enriquecer la citada lista desde una nueva perspectiva, conforme a la cual pueden clasificarse las expresiones de inactividad de la siguiente manera:

##### A) *Inactividad formal o silencial*

Es la inactividad de la Administración producida dentro de un procedimiento, en el que un particular ha solicitado la producción de un acto administrativo; petición que no obtiene respuesta por parte de la Administración o, si se quiere, la Administración responde con su silencio, sea en primera instancia o en vía de recurso. Su tratamiento legal es el llamado silencio administrativo, en el que a la inactividad de la Administración se corresponde una actividad del administrado, como ha hecho observar la sentencia de 20 de febrero de 1980. Y por otro lado, sabido es que la inactividad formal suele ser el resultado de la reconversión procesal de una previa inactividad material, solicitado

expresamente por el interesado. Pero una reconversión que sólo es posible cuando se puede traducir en un acto administrativo.

## B) Inactividad material negativa

Es la pasividad de la Administración producida fuera de un procedimiento administrativo. Tiene trascendencia jurídica especial cuando existe una obligación de actuar impuesta directamente por las normas o por un acto de autovinculación de la Administración o cuando media un derecho del administrado. Pero dentro de ella hay que distinguir algunas variantes de naturaleza y efectos jurídicos muy diferentes:

a) Inactividad material jurídica, que se produce en ausencia de un acto jurídico; pero distinguiendo según que el acto ausente sea:

— individual, en cuyo caso es muy fácil (aunque nada breve) transformar la inactividad material en inactividad formal si el interés jurídicamente protegido se puede satisfacer con el reconocimiento de un derecho (provisión de puesto de trabajo a un funcionario mediante el sistema de concurso), independientemente de que luego sean necesarias algunas otras actuaciones materiales para la efectividad de tal derecho (como la consignación presupuestaria, la formalización del contrato o el acto de nombramiento);

— disposición general; en cuyo supuesto se agudizan, como veremos, los problemas de la legitimación y de la determinación del alcance de las facultades de los Tribunales para suplir la inactividad administrativa;

— acto o disposición general relativa a la organización en general y al establecimiento de los servicios públicos: área que, conviene repetirlo, ha merecido un desarrollo doctrinal relativamente pormenorizado.

b) Inactividad material fáctica, que no presupone necesariamente la existencia de un acto administrativo previo o que, al menos, la ausencia de un posible acto administrativo no condiciona —ni su adopción forma parte de— la pretensión del reclamante (la policía no acude, no se arreglan los desperfectos de una carretera, no se presta un servicio).

En los casos de la inactividad material fáctica ya no es fácil reconducirla a una inactividad formal, cabalmente por la circunstancia de que la pretensión del particular no se satisface con el dictado de un acto administrativo, que es lo que se solicita en un procedimiento administrativo y, además, con frecuencia no está en juego solamente un interés concreto individualizado, sino intereses generales o colectivos. Lo cual significa que aquí adquieran una nueva dimensión los proble-

mas de la legitimación y, sobre todo, de las facultades del Juez, dado que los Tribunales pueden dictar sentencias, incluso de condena, pero lo que desde luego no pueden es *obrar*: no pueden ni arreglar la carretera ni realizar una operación jurídica. A lo único a que pueden llegar, y no siempre, es al señalamiento de una indemnización de daños y perjuicios producidos por la inactividad administrativa.

Sobre todo esto se insistirá pormenorizadamente más adelante; pero en este momento conviene ya enunciar el siguiente dilema que puede surgir a raíz del dictado de la sentencia:

Primera posibilidad: la Administración actúa de acuerdo con la misma. En tal caso se satisface tanto al recurrente como al Tribunal.

Segunda posibilidad: la Administración no actúa. En tal caso se produce, respecto a la sentencia, un incumplimiento y una desobediencia; y respecto al administrado se genera una eventual responsabilidad por daños y perjuicios, pero sólo para los recurrentes, no para la generalidad de los ciudadanos perjudicados.

Como se ve, la inactividad material de la Administración tiene habitualmente un tratamiento legal de reconversión en una inactividad formal. Lo que hasta ahora sólo resultaba posible en los supuestos que se centrasen en el dictado de un acto administrativo concreto, expreso o presunto. Con el resultado de que, no siendo esto factible —por tratarse de una inactividad genérica o no reconducible por cualquier causa a un acto administrativo— surgía una inactividad inmune al control de los Tribunales (salvo, quizás, la acción de indemnización por daños y perjuicios), que es cabalmente lo que mantiene viva la cuestión de un importante sector de la inactividad material de la Administración, que es lo que nos ocupa, puesto que en un Estado Social de Derecho no puede admitirse la supervivencia de una inactividad ilegal de la Administración que escape al control de los Tribunales. Aunque bien es verdad que —adelantando lo que luego se desarrollará con pormenor— en los últimos años se ha iniciado una tendencia jurisprudencial que puede cambiar por completo la situación anterior en la medida que, por sí sola, ofrece una salida a problemas que antes se consideraban irresolubles.

Concretamente me refiero a que el Tribunal Supremo ha empezado a admitir la posibilidad de que, *a través de una simple denuncia* no atendida, la inactividad material se convierta en inactividad formal, abriendo paso con ello al control de los Tribunales sin necesidad de alterar el sistema actual de la jurisdicción contencioso-administrativa.

### C) Inactividad material positiva

A falta de una expresión mejor, me permito tipificar así —con deliberado conceptismo— una variante de inactividad material, cuya dolorosa habitualidad aconseja, al menos, su identificación teórica y que

cubre los casos en los que la ilegalidad, y eventualmente los daños, son producidos directamente por una actuación administrativa. Por ejemplo, cuando una perrera municipal produce malos olores, cuando el indebido aparcamiento de vehículos públicos provoca dificultades de tráfico, cuando espectáculos oficiales (como los hoy impropriadamente llamados «actos culturales») o servicios públicos (como el de recogida de basuras) se realizan con un ruido superior al permitido por las ordenanzas.

En estos casos, parece incongruente hablar de «inactividad», puesto que realmente se trata de una actividad. Pero aquí la inactividad debe entenderse en un sentido más jurídico que fáctico (y por eso nos permitimos denominarla «inactividad material *positiva*»). La inactividad, desde esta perspectiva, resulta de la pasividad de la Administración cuando no quiere cesar sus actuaciones ilegales y perjudiciales, pese a la denuncia de los interesados. La frecuencia de estos supuestos, que constituye una nota generalizada de la vida urbana actual, coloca a los ciudadanos en una situación de indefensión, que urge remediar mediante una ampliación de los mecanismos de acceso y actuación de los Tribunales.

#### D) Inactividad de efectos trilaterales

Cuando se habla de inactividad se está pensando de ordinario en un fenómeno que produce efectos jurídicos bilaterales, o sea, entre la propia Administración inactiva y el particular (o particulares) afectados. Resulta frecuente, no obstante, que los efectos de la inactividad repercutan directamente sobre terceros interesados. Así sucede, por ejemplo, cuando la Administración no prohíbe el ejercicio de una actividad privada ruidosa o maloliente, que perjudica a los vecinos. Omissiones que pueden traducirse en un daño directo económicamente preciso; por ejemplo: la Administración no evita la realización de obras o actividades (o negligencias) privadas en un piso, que pueden terminar produciendo el hundimiento del piso inferior.

Estos daños pueden ser remediados por el Juez civil en la medida en que se trata de relaciones *interprivatos* de vecindad. Pero la presencia, aunque sea pasiva, de la Administración altera —o puede alterar— la indicada relación jurídica, uno de cuyos sujetos es ya la Administración inactiva (por no haber actuado para prevenir la situación o como consecuencia de una «inactividad material positiva», al no revocar, incluso, una licencia indebidamente otorgada).

En el presente artículo no puede hacerse un análisis pormenorizado del régimen jurídico de todas estas variedades, de las que, por lo demás, dependen las facultades del Tribunal y la «factibilidad» de sus sentencias. No obstante, hay que subrayar con particular énfasis en la

importancia que tiene el tomar en cuenta su existencia, dado que en tal variedad se encuentra la clave para la identificación de los distintos controles jurisdiccionales imaginables. Hablar de la inactividad material de la Administración es una cómoda ficción intelectual; pero jurídicamente sólo se puede hablar de inactividades en plural, cada una de las cuales exige un tratamiento jurídico peculiar.

##### 5. Breve advertencia metodológica

A lo largo de este estudio, y muy particularmente en los epígrafes II y III, se utilizan materiales de jurisprudencia, que se refieren de forma directa no sólo al control de la inactividad material de la Administración, sino también al de la formal y aun de los actos administrativos y disposiciones generales. Proceder deliberado que conviene explicar, aunque quizás no sea necesario.

Tal como hemos visto, la doctrina teórica y jurisprudencial es extraordinariamente escasa en punto a la inactividad material de la Administración. Lo que significa que hay que acudir al aparato disponible, cualquiera que sea su procedencia, con tal que sea útil para el análisis de nuestra cuestión. Además, de inmediato podrá comprobarse que los progresos jurisprudenciales, aunque referidos de ordinario al control de los actos administrativos expresos o del silencio, expresan una tendencia, que puede extenderse sin dificultad alguna al control de la inactividad material.

Más aún: contra lo que pudiera imaginarse, la inexistencia de un acto administrativo, expreso o tácito, no debe suponer un plus de dificultad para la intervención judicial, antes al contrario. Porque la inactividad material de la Administración puede implicar una doble infracción de la legalidad. Por un lado, la que eventualmente se derive de su contenido, si éste infringe el ordenamiento jurídico. Y por otro lado, *la mera presencia de una inactividad material puede constituir por sí misma una infracción del ordenamiento jurídico*, cuando éste le ha ordenado, directa o indirectamente, que actúe. En su consecuencia, puede afirmarse que la inactividad material de la Administración ha de ser más vulnerable al control judicial que los mismos actos administrativos.

El Tribunal Supremo ya ha captado perfectamente cómo la inactividad administrativa implica un desequilibrio en la relación que media entre la Administración y los administrados. Por el hecho de no actuar la Administración se coloca al ciudadano en una posición de inferioridad fáctica, que debe compensarse jurídicamente con una potenciación de sus defensas judiciales, puesto que sería inicuo añadir a la desventaja real inicial esta otra desventaja procesal, que es lo que de hecho está sucediendo sin adecuada protesta de la doctrina.

El ordenamiento jurídico no puede consentir que la Administración, con el torpe arbitrio de no actuar, burle las garantías legales en perjuicio acumulado del interés público, de la confianza que en ella han depositado los ciudadanos y, en fin, del patrimonio jurídico de éstos. Precisamente por ello apareció el mecanismo del silencio administrativo. Solución ingeniosa, aunque parcial, habida cuenta de que no cubre todos los casos de inactividad material. Ahora bien, el Tribunal Supremo, en fechas recientes, ha dado un paso más y no se ha limitado a considerar el silencio como una técnica de equiparación entre los actos expresos y los presupuestos, sino que ha empezado a establecer un privilegio *a favor del administrado* en los supuestos de silencio, atribuyéndole determinadas ventajas procesales, que le compensen en alguna medida de los perjuicios inicialmente provocados por la inactividad, como es la carga de su conversión en una inactividad formal (2). Pues bien, si esto es así en los casos de inactividad formal, con mucha mayor razón habrá de serlo en los casos de inactividad material. De aquí nuestra insistencia en defender a los ciudadanos contra este tipo de agresiones administrativas y la naturalidad con que empleamos hermenéuticas y técnicas aparentemente heterodoxas para dar una salida jurídica a situaciones jurídica y socialmente inadmisibles. Porque, en definitiva, no se puede admitir que la negligencia (cuando no dolo) administrativa se vea permitida con obstáculos a su defensa procesal. Desde este punto de vista resulta una iniquidad atrincherarse en mitos y prejuicios procesales (como el de la legitimación, por citar el más conocido) para dificultar la defensa de los ciudadanos, precisamente en sus puntos más débiles y donde más destaca la defectuosa conducta de la Administración.

En otras palabras: si el primer objetivo ha de consistir en posibilitar su defensa, equiparándola al menos con la defensa procedente en los supuestos de actos administrativos ilegales, conste que no podemos detenernos aquí. Una vez que se haya conseguido esta equiparación en la defensa, habrá que seguir adelante para —como ha sucedido ya con la inactividad formal— robustecer la posición del ciudadano, de tal manera que se le compense con ventajas procesales e indemnizatorias, y de todo orden, de la inferioridad inicial en que le ha colocado la Administración con su inactividad. Máxime si tenemos en cuenta que de ordinario no sólo está en juego un interés individual, sino los generales afectados por la no prestación de un servicio público.

---

(2) Tal como ha sido puesto de relieve en la sentencia de 5 de noviembre de 1974, comentada por NIETO, «Efectos procesales del silencio negativo de la Administración», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, 1975, pp. 256-259.



## II. RAZONES TRADICIONALES QUE JUSTIFICABAN LA OPOSICION AL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACION Y SU PROGRESIVO DESMANTELAMIENTO

Nadie puede extrañarse de la resistencia que ha encontrado siempre la admisión del control judicial sobre la inactividad de la Administración, dado que esta posibilidad parece atentar contra los fundamentos mismos de la jurisdicción contencioso-administrativa y hasta del propio Derecho Administrativo e incluso del constitucionalismo liberal, sin contar con los obvios intereses administrativos de autodefensa.

El Derecho Administrativo, y el Derecho en general, constituyen un sistema dominado por la inercia, tal como se ha denunciado repetidas veces. Hay algunas categorías jurídicas que, con el transcurso del tiempo, adquieren la calidad de *mitos*, es decir, que se sacralizan y justifican por sí mismas; de tal manera que, independizándose de sus causas y de la coyuntura histórica en que nacieron, resisten impávidas cualquier crítica racional que se atreva a preguntar por su funcionalidad en el presente. Los mitos jurídicos se defienden por el mero hecho de su propia existencia y superviven sin necesidad de explicarse ni de justificarse.

Tal es lo que ha sucedido concretamente con la jurisdicción contencioso-administrativa, con su pretendido carácter revisor y, sobre todo, con la imposibilidad del control sobre la inactividad administrativa: un mito de carácter histórico muy concreto, pero que hoy se mantiene, apenas por inercia, absolutamente descontextualizado e inmune a cualquier objeción. Un mito, en fin, protegido por una serie formidable de argumentos, íntimamente relacionados entre sí, y que conviene repasar ahora, aunque sea dedicándoles una atención diferente, según sean más o menos conocidos y repetidos.

### 1. *La separación de poderes*

Este es posiblemente el argumento central, cuya reiteración nos exime de una descripción pormenorizada: cada Poder tiene su ámbito propio y excluyente, hasta tal punto que la intervención de los Tribunales en las omisiones administrativas implicaría que aquéllos no controlarían sino que administrarían, lo que les está constitucionalmente vedado. O, por decirlo en los términos de la sentencia de 18 de diciembre de 1974 (que, por cierto, establece excepciones en las que no vamos a entrar ahora), «el ministro tiene que actuar con un cierto margen de discrecionalidad, que en parte es técnica, en parte un prudente

manejo de datos estadísticos, de antecedentes y de previsiones de futuro, *en lo que los Tribunales no pueden sustituir a la Administración»* (3).

## 2. Control de la legalidad y protección de los derechos individuales

Este es el dogma recibido: la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por único objeto la protección de los derechos (y de determinados intereses seleccionados), que lógicamente sólo pueden ser quebrantados cuando la Administración actúa bien sea realmente o como consecuencia de una ficción legal, a través del silencio administrativo. Porque si la Administración no actúa, mal puede saberse de antemano si ha habido violación, o no, de tales derechos.

Un dogma, por lo demás, de formación relativamente tardía y que ya ha dejado de ser aceptado como consecuencia de las severas críticas a que en los últimos años ha sido sometido, y que han terminado por desvelar su inconsistencia, contradicciones y, a la postre, su radical injusticia.

a) Por lo pronto, no es cierto que el fin primordial de la jurisdicción contencioso-administrativa sea la protección de los derechos subjetivos o, en su caso, de los intereses legítimos. El objetivo primario de esta jurisdicción es, inequívocamente, la protección de la legalidad. Lo que se pretende con la intervención de los Tribunales es conseguir y garantizar que la Administración respete el ordenamiento jurídico; aunque lógicamente, y como efecto derivado, a través del control de la legalidad se produzca un beneficio para el particular en cuanto que indirectamente así se protegen también sus derechos.

En sus orígenes esto es muy claro, y por ello el primer recurso que cronológicamente aparece es el de nulidad: los Tribunales anulan el acto *porque* es ilegal y *no para* restablecer un derecho individual. Lo que sucede es que con el transcurso del tiempo, a lo largo del siglo XIX y como consecuencia de una contaminación desacertada, aunque socialmente explicable, de los principios informadores del proceso civil (4) se fue transformando la institución originaria hasta dejar por completo en manos de los particulares la iniciativa de su puesta en marcha. El puente para llegar a esta conclusión fue el establecimiento del recurso de plena jurisdicción, cuyo objetivo directo era la protección y reco-

---

(3) Este viejo planteamiento ha reaparecido en la doctrina moderna con la nueva formulación de una hipotética «reserva de Administración» (*Verwaltungsvorbehalt*), que poco tiene que ver, obviamente, con la reserva reglamentaria, y que se configura como una esfera propia de la actuación administrativa, inmune no sólo frente al legislador, sino frente a la intervención de los demás poderes públicos. Un resumen de esta doctrina puede verse en MONTORO CHINER, *op. cit.*, pp. 283-290.

(4) Este proceso de contaminación ha sido detectado y criticado pormenorizadamente en NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, 1986, esp. pp. 267 y ss.

nocimiento de un derecho previa constatación de la ilegalidad del acto impugnado. En esta figura resultaba explicable la inversión de objetivos y la primacía del derecho individual, así como la exclusiva del interesado en la iniciativa procesal. La desviación institucional consistió en extender este principio a todos los recursos, incluido el de nulidad; llegándose con ello a la conclusión de que la solicitud de la protección judicial sólo tenía sentido cuando se trataba de defender un derecho subjetivo (y, además, de naturaleza administrativa). Tendencia que desembocó en lo que podría denominarse «institucionalización de la estadística»: *puesto que los particulares sólo acudían a los Tribunales para defender sus propios derechos, se consolidó el principio, tanto para el recurso de anulación como para el de plena jurisdicción, de que sólo podían acudir a los Tribunales contencioso-administrativos los particulares para defender sus propios derechos.*

Con lo cual resultaba, en definitiva, que la ilegalidad que no era impugnada por un perjudicado terminaba siendo inmune frente a los particulares. Porque nótese bien una circunstancia: ya no se trataba únicamente de la cuestionable posibilidad de una ilegalidad que no rozase los derechos de los ciudadanos; es que, aun violándolos, esto ya no importaba nada. Lo decisivo no era la existencia de una ilegalidad y de una violación de los derechos, sino la *presencia de un particular reclamante*. No habiéndola, nada pueden hacer los Tribunales puesto que su intervención no ha sido solicitada por el interesado y aquéllos están vinculados a la iniciativa particular. En otras palabras: los Tribunales contenciosos no están ya para garantizar la legalidad de la actuación administrativa —y ni siquiera para defender los derechos violados por ella—, sino únicamente para defender los derechos invocados por los particulares *que acuden en demanda de protección*. El individualismo del siglo se expresa así, con absoluta congruencia, en un individualismo jurídico paroxístico, con olvido absoluto de los principios justificadores, que hoy llamaríamos constitucionales, de la jurisdicción contencioso-administrativa como garantizadora de la legalidad.

Cuando la Ley española de 1956 borra formalmente las diferencias entre los recursos de anulación y de plena jurisdicción, se consuma este proceso de absorción del recurso de anulación en el de plena jurisdicción y el protagonismo que en éste desempeñan los interesados se extiende indiscriminadamente también al otro. Porque si bien es cierto que se establecen unas pequeñas diferencias legitimadoras, no tienen importancia suficiente como para desvincular a los Tribunales de la iniciativa privada. Aunque bien es verdad que todavía quedan algunos restos de la institución originaria y de la defensa, sin iniciativa de parte, de la legalidad: esto es lo que sucede con el recurso extraordinario «en interés de la ley», de efectos muy limitados pero indudablemente efectivos; como también en la prosecución de oficio del proce-

so, una vez allanado el demandado (art. 89.2 de la Ley). Pero se trata de unos meros vestigios, cuyo único interés es el testimonio del recuerdo de una figura perdida o, por mejor decir, de una figura que pudo haber sido así y que nunca llegó a realizarse en sus debidos términos.

b) La estrecha formulación de los «derechos» obligó, con todo, a una ampliación de los objetos protegibles, que se extendió de los derechos subjetivos estrictos a determinados intereses. Es decir, que, sin quebrantar el sistema, el ordenamiento jurídico selecciona ciertos intereses, a los que (casi) equipara a los derechos, a los efectos de la protección judicial.

Con esta técnica se respetaba el sistema personalista de la jurisdicción contencioso-administrativa; pero era claro que con ella se abría un brecha, que inevitablemente habría de ampliarse con el tiempo. El convencionalismo de la separación entre derechos e intereses «legítimos» obligó a los Tribunales a proceder a una permanente casuística diferenciadora, cuya agudeza no consiguió ocultar nunca el fondo del problema, o sea, la unidad sustancial de las figuras de derecho e interés protegible. De esta manera se propició el paso a una segunda fase teórica, iniciada en los umbrales del siglo XX (5) y que se coronó en la teoría de los «derechos reaccionales», recientemente importada en España —e inmediatamente aceptada, apenas sin contradictores— por GARCÍA DE ENTERRÍA (6), que, superando la asimilación procesal entre derechos e intereses, afirmó su identidad sustancial: los intereses protegidos son, pura y simplemente, derechos con la pequeña matización de tratarse de derechos de naturaleza reaccional.

Ni que decir tiene, sin embargo, que la presión expansiva no había de detenerse aquí y que la doctrina, insatisfecha por estas conquistas —formidables por sí mismas, pero quizás todavía demasiado cautelosas—, reivindicara otras más sustanciales que no se contentaban ya con la identificación de derechos e intereses (ni, por supuesto, con la mera asimilación procesal), sino que abogaban o bien por la eliminación del concepto mismo de derechos subjetivos (Duguit) o, al menos, rechazaban la utilización del derecho subjetivo (y asimilados e identificados) como llave exclusiva para poner en marcha a los Tribunales contencioso-administrativos (Nieto). Con lo cual —huelga subrayarlo— se buscaba deliberadamente la ruptura del principio individualista de esta jurisdicción, intentando desconectar así la defensa de la legalidad de la protección de los derechos concretos invocados o, más sencillamente, repriminaba la función judicial de defensa de la legalidad, me-

---

(5) Como he recordado en el prólogo al libro de J. SÁNCHEZ ISAAC: *El interés directo en los derechos español y francés*, 1977; luego en «La discutible supervivencia del interés directo», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 12, 1977, pp. 39 y ss.

(6) «Sobre los derechos públicos subjetivos», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, 1975, pp. 427 y ss.

diante su liberación del condicionamiento añadido de que se trate de una ilegalidad violadora de un derecho concreto específicamente hecho valer ante los Tribunales.

c) Hay que constatar, además, una nueva y tercera desviación de los principios originarios de la jurisdicción contencioso-administrativa. Porque en esta magna reconversión de la legalidad a los derechos, la reducción había sido tan extrema, que se había limitado a los derechos *individuales*, y con tanto rigor que en la posterior apertura (que acaba de ser aludida), la ampliación se había detenido en los intereses legítimos o judicialmente protegibles, pero respetando su carácter individual. Con lo cual se dejaban fuera los intereses públicos, generales y colectivos (o, si se quiere, «difusos»), que son curiosamente los más afectados por la inactividad administrativa.

El fenómeno se explica, una vez más, por el cerramiento individualismo jurídico de la época; pero no tiene defensa posible. En las páginas 174 a 177 de mi citado libro *Estudios históricos...* he aportado testimonios irrefutables de cómo para el Consejo Real y para el Consejo de Estado, de 1846 a 1866, la intervención judicial contencioso-administrativa se justificaba cabalmente por la presencia de intereses colectivos y generales. Con su olvido posterior se han «traicionado», por tanto, los orígenes de la institución, abriendo un paréntesis en una función esencial (aunque en la práctica no lo fuera tanto) de la jurisdicción contencioso-administrativa, que le ha desequilibrado de una manera sensible.

No obstante, y desde muy diversos puntos de vista —es decir, no sólo desde el jurisdiccional— la doctrina, con resultados ciertamente no definitivos, lleva intentando recuperar para el Derecho el cuidado de tales intereses; tendencia que ha sido sancionada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo generoso artículo 7.3 determina que «los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto *individuales como colectivos*».

De momento basta con dejar apuntadas estas breves observaciones, con el anuncio de que volverá a tomarse el hilo a la hora de examinar el tema de la legitimación, en el que conocidamente se reconducen técnicamente los aspectos indicados. Pero éste no es todavía el lugar de desarrollo de la perspectiva legitimadora. Lo único que aquí importaba destacar era el desmantelamiento teórico de un falso dogma, que ha sido utilizado durante mucho tiempo como valladar y fundamento contra el control de los Tribunales sobre la inactividad de la Administración.

### 3. *Legalidad y oportunidad*

Los Tribunales contencioso-administrativos controlan únicamente la legalidad de los actos administrativos no su oportunidad, que corresponde valorar, de forma exclusiva, a la Administración; y discrecional

es, para la Administración, decidir si va a actuar o no. Por esta razón la doctrina tradicional respetaba la inmunidad judicial de los actos discrecionales, y cuando, al cabo de los años, se consiguió romper esta defensa, se ha retrocedido a una segunda trinchera, argumentando que los Tribunales carecen de medios técnicos adecuados para suplir la ausencia de una decisión administrativa. Con la consecuencia, claro es, de que los ciudadanos han de contemplar inermes cómo la Administración, que tiene medios para actuar, no actúa y cómo los Tribunales también han de permanecer inermes dado que carecen de medios técnicos adecuados para actuar. La coartada para justificar la inactividad judicialmente incontrolada de la Administración, resulta de esta manera perfecta.

Ambitos característicos del ejercicio de la oportunidad han sido siempre la organización y los presupuestos. Ahora bien, por lo que a estos últimos se refiere, el Tribunal Supremo ya ha dado un enérgico aldabonazo de aviso en la sentencia de 6 de marzo de 1978, en la que, a la hora de controlar una inactividad administrativa, advirtió que «sin que tampoco sea utilizable como excusa a la Administración para la adopción de tales medidas la inexistencia de créditos presupuestarios, pues la habilitación de los mismos no es condicionante para la existencia del derecho que se reconoce sino que, por el contrario, será una consecuencia de su declaración».

#### 4. *El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y la exigencia de un acto administrativo previo*

Tal como estamos viendo, la oposición tradicional al control judicial de la inactividad material de la Administración se justificaba en unos dogmas o principios, elevados a la categoría de mitos, que no resisten ya a la crítica moderna. Buena parte de la doctrina no los admite y la jurisprudencia se está esforzando también, según comprobaremos inmediatamente, ya que no en desmantelarlos por completo, al menos en abrir brechas importantes, que pueden terminar produciendo su inoperancia. La mejor prueba de ello es que tales mitos no han sido capaces de impedir el formidable control de la inactividad administrativa formal, que desde hace muchos años se admite entre nosotros con absoluta normalidad y se encuentra respaldado por una minuciosa regulación legal.

El hecho es, sin embargo, que la resistencia sigue existiendo. Circunstancia evidente que obliga a proseguir la indagación de sus fundamentos reales. A cuyo efecto hemos de centrarnos ahora en dos cuestiones, antes aludidas, pero que exigen un tratamiento más pormenorizado: la legitimación para recurrir y las facultades de los Tribunales

en el ejercicio del control; no sin antes despachar brevemente —puesto que no ofrece particulares dificultades— el tema que se ha enunciado en el presente número y que también constituía uno de los baluartes más firmes al control.

Sobre estas dos cuestiones —que en realidad son una sola— han fluido ríos de tinta, sin que nada valga la constatación de la coyunturalidad, no esencialidad, de tal sistema, como se comprueba con un simple repaso del Derecho comparado, en donde no se exige siempre tal requisito ni se admite tal naturaleza. Tal es el caso de Alemania e incluso de Francia (al menos hasta 1953 y que sigue admitiendo no pocas excepciones con posterioridad) (7) y nada digamos de los países anglosajones. Y es que, según ha observado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (8), «la configuración revisora del proceso no pasa de ser una mera alternativa organizatoria, absolutamente indiferente desde el punto de vista de los principios institucionales que informan el sistema y ajena totalmente a dichos principios, de un simple dispositivo instrumental que bien pudiera no existir, como de hecho no existe en otros Derechos y como no ha existido durante mucho tiempo en el nivel inferior del orden contencioso francés, que es el modelo confesado del nuestro, sin que esto haya significado nunca un atentado contra las bases del control jurisdiccional de la Administración».

Quizás por este convencimiento, el caso es que la jurisprudencia ha empezado ya, en los últimos años, a abandonar las posiciones dogmáticas tradicionales, apartándose poco a poco, pero rotundamente, de los principios enumerados y abriendo paso a la posibilidad de un control no vinculado necesariamente a un acto previo y, por ende, a un control de la inactividad material administrativa.

En definitiva, el principio del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa está pasando ya a la historia y con él la barrera que suponía para el control de inactividad material (9). Valga como ejemplo de esta ruptura la sentencia de 11 de mayo de 1979: «Que respecto... a la procedencia de la sentencia de condena dictada, invadiendo atribuciones de la Administración, al imponer a ésta una determinada conducta, en vez de limitarse a confirmar o anular los acuerdos recurridos, es de puntualizar que, aunque no ofrece duda que los Tribunales de esta jurisdicción tienen como función velar por la legalidad de los actos de la Administración sometidos a su conocimiento, no sien-

(7) La prueba de la coyunturalidad histórica del sistema francés aparece muy documentada, por ejemplo, en AUBY y RAU, *Traité de contentieux-administratif*, III, 1962, pp. 178-198.

(8) «Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 11, 1976, pp. 729.

(9) Cfr., por todos y con un amplio repertorio de las líneas jurisprudenciales de ruptura, S. MUÑOZ MACHADO, «Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 26, 1980, pp. 496-512.

do función suya la de administrar, no es menos evidente que teniendo los fallos de estos Tribunales la naturaleza de verdaderas sentencias, pueden contener, además del pronunciamiento de la conformidad o disconformidad a Derecho de los actos recurridos, aquellos otros pronunciamientos que corresponden a la materia del debate, adoptando cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento del ordenamiento jurídico en relación con la situación jurídica individualizada, por lo que en modo alguno las sentencias llamadas de condena, es decir, *las que imponen una determinada conducta a la Administración demandada*, son incompatibles con la jurisdicción contencioso-administrativa.»

### III. LA LEGITIMACION PARA RECURRIR

He aquí un tema que, como acabamos de ver, late en el fondo de todos los planteamientos tradicionales y que nos obliga, conforme habíamos anunciado, a realizar un examen pormenorizado del mismo, retomando el hilo de las anteriores consideraciones. Porque es el caso que la inexistencia de una legitimación adecuada es uno de los obstáculos más habituales —y, aparentemente, no político o dogmático sino rigurosamente técnico o legal— para el control de los Tribunales sobre la inactividad material de la Administración.

La jurisdicción contencioso-administrativa es, y ha sido siempre, una jurisdicción rogada. Lo que significa que los Tribunales deben contemplar impasibles la inactividad de la Administración, sea material o formal, mientras una parte no se dirija a ellos solicitando su intervención. Y más todavía: no es lícito a cualquier ciudadano acceder a los Tribunales con una pretensión de control, sino que para ello se le exige estar legitimado. Un requisito milenario en la Ciencia del Derecho —tanto en el ámbito romanista como, e incluso más aún, en el del Common Law— que, sólidamente afincado en el Derecho procesal, ha sido asumido acriticamente en el Derecho Administrativo, aunque aquí se hayan introducido unas modalidades muy importantes, que vamos a analizar seguidamente.

La verdad es que el establecimiento de la «justicia administrativa» de tipo francés en los primeros años del siglo XIX supuso una excelente oportunidad para rechazar este principio en la jurisdicción contencioso-administrativa; pero el caso es que no se hizo. El peso de la concepción del Derecho como un sistema de acciones, y no como un sistema de derechos, era entonces demasiado grande y, aunque las circunstancias eran aparentemente óptimas, no se acertó a dar un vuelco legal tan revolucionario, que ni siquiera fue planteado y probablemente tampoco llegara a imaginarse. Únicamente los Derechos de los países socialistas del siglo XX se han decidido a caminar en esta dirección.



Hay que aceptar, pues, la existencia entre nosotros del principio de que *la defensa de la legalidad no sólo está en manos de la iniciativa particular sino que incluso se restringe su petición a unos individuos muy concretos: los titulares de derechos y de figuras idénticas o asimiladas*. Y más todavía: no sólo la defensa de la legalidad sino también la de la constitucionalidad está en manos de legitimados, si bien aquí se haya procedido a una cierta apertura, como puede ser la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo o a los miembros de las Cámaras legislativas.

### 1. *Ampliación progresiva de las variantes legitimadoras*

Existen en nuestro Derecho, conocidamente, tres variantes de legitimación: la acción popular, que es excepcional y tasada y en rigor implica la no exigencia de legitimación; la de la titularidad de un derecho; y, en fin, la que se acredita por la afectación de un interés. Ahora bien, en contraste con una enumeración legal tan explícita, se constata la presencia de una tendencia doctrinal y jurisprudencial, que revela el desasosiego generalizado por un régimen que se considera obsoleto, inercial y en ocasiones injusto. Existe, por así decirlo, una presión social empeñada en desbordar las rígidas barreras de la legitimación tradicional, que se manifiesta en las siguientes direcciones, algunas de ellas ya enunciadas:

A) La equiparación de las dos variantes, por derechos y por intereses, a través de la fórmula de los llamados derechos reaccionales.

B) Una generosa ampliación del concepto de interés, aunque sea sin llegar a eliminarlo, con objeto de no caer en la generalización de la acción popular. En los términos de la sentencia de 1 de julio de 1985, «a partir de la Constitución (y también antes, añadimos nosotros) se ha extendido la legitimación a la defensa de los intereses legítimos, concepto que es mucho más amplio que el del interés directo que usa el artículo 28 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo entenderse por interés legítimo, según la doctrina tradicional, el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un *interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico*, cuando con motivo de la prosecución de fines de interés general inciden en el ámbito del interés propio».

C) Prescindir del requisito legitimador cuando la Administración, en la vía administrativa, ha admitido la personalidad del impugnante, conforme a una jurisprudencia pacífica y consolidada, que puede re-

sumirse en la sentencia de 6 de diciembre de 1971: «en forma reiterada y uniforme se ha venido declarando por esta Sala que no puede desconocerse en vía administrativa una legitimación procesal activa que haya sido admitida y reconocida en el expediente gubernativo».

D) Prescindir del requisito legitimador cuando el acto impugnado adolece de vicios de los llamados de orden público. En estos casos, el Tribunal entra a conocer del fondo del asunto, aunque únicamente para declarar la nulidad del acto, no el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Tal como recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (autor este último de un libro ya clásico sobre «la doctrina de los vicios de orden público», 1969), «la nulidad en estos casos puede ser declarada de oficio por la propia Administración e incluso por los Tribunales *aun en el supuesto de que nadie haya solicitado esta declaración*. Este carácter de orden público de la nulidad de pleno derecho, explícitamente consagrado por la jurisprudencia (sents. de 11-10-1956; 31-1, 3-7 y 25-11-1967; 27-5 y 27-10-1970; 22-11-1973 y 31-1-1975), supone que... nada importa que el recurso jurisdiccional haya sido interpuesto por persona no legitimada... El Tribunal está facultado, y obligado, a declarar de oficio por propia iniciativa la nulidad del acto en todo caso, en interés del orden general, del orden público, del ordenamiento mismo que exige que se depuren en cualquier momento los vicios cuya gravedad determinan la nulidad de pleno derecho del acto a que afectan» (10).

Es más, la audacia de estas posturas jurisprudenciales permite abrigar esperanzas de que con el tiempo se vayan abriendo nuevos caminos, pues demuestra que el Tribunal Supremo, cuando quiere, está en condiciones de romper los rígidos mecanismos legales de la legitimación.

E) Y, en definitiva, autoriza a abogar para que algún día las cosas cambien, de la mano de la ley o de la jurisprudencia, suprimiendo la legitimación para recurrir cuando lo que se pretende es simplemente la defensa de la legalidad y no el concreto reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

Conviene recordar, sin embargo, que la actitud del legislador no es de momento favorable a esta tendencia, que para él resulta quizás demasiado innovadora, sin perjuicio de que pronto habrá de pronunciarse expresamente al respecto, en el sentido que sea, con ocasión de la anunciada reforma de la Ley jurisdiccional. Pero la inmovilidad del legislador no arrastra consigo la correlativa inercia de la jurisprudencia, y ya hemos visto cómo el Tribunal Supremo ha llegado a reducir las barreras de la legitimación hasta extremos no previstos en la Ley.

Porque no nos engañemos: los Tribunales no son la boca de la Ley.

(10) *Curso de Derecho administrativo*, I, 1975, pp. 405.

En el área europea sucede exactamente igual que lo que, con mucha mayor sinceridad, se ha explicitado en el área del Common Law: la Ley, cuando existe, es un *prius* lógico y cronológico de las decisiones de los Tribunales, pero son éstos quienes deciden en los casos concretos lo que es Derecho, de tal manera que puede afirmarse que hay una cláusula implícita, conforme a la cual la ley sólo es operativa en la medida en que es aplicada por los Tribunales.

Esta afirmación, formulada en unos términos tan rotundos, puede parecer exagerada e impropia del Derecho español; pero como no es éste el lugar de desarrollarla, basta remitirnos a la evidencia cotidiana: *por un camino o por otro, y cualquiera que sea la justificación técnica que se utilice, el hecho es que los Tribunales cambian con frecuencia de criterio aunque se mantenga sin variación la letra de la ley*; y en el tema de la legitimación así ha sucedido y puede seguir sucediendo si los Tribunales insisten en su actitud progresista.

Lo que aquí se está diciendo no es que las cosas tengan que continuar necesariamente en el sentido apuntado (dado que la ley no lo ordena) sino que *puede* suceder así en el supuesto de que los Tribunales asuman la tesis, y sin que, por tanto, el texto de la ley suponga un obstáculo serio para ello. En mi opinión la tesis es justa y plausible, sin perjuicio de que los Tribunales lo entiendan, o no, de la misma forma y de que se decidan, o no, a dar un nuevo paso en esta dirección; lo que en último extremo no sería sino continuar la línea en la que hasta ahora ya se ha avanzado buen trecho.

A decir verdad, que no resulta fácil comprender las razones lógicas e institucionales de las restricciones legitimadoras en los supuestos de mero control de la legalidad; pero sobre ello ya he insistido suficientemente en otros lugares y apuntado queda en las páginas precedentes.

## 2. *Una apertura revolucionaria: la legitimación por denuncia*

Cuanto antecede se refiere a la legitimación en general. Y por lo que atañe a la legitimación específica para remediar una inactividad material, esta circunstancia no añade plus alguno de dificultad, antes al contrario. No obstante, conviene tener presente que el Tribunal Supremo ha rechazado inicialmente con energía las posibilidades legitimadoras que no se encuentren admitidas expresamente en la ley, que incluso se interpretaba restrictivamente.

La doctrina primeramente sentada no pudo ser, ciertamente, más terminante: el Tribunal exige la presencia de un interés directo, que no aprecia cuando el recurrente pretende que se controlen las *actuaciones* administrativas (no los actos en sentido estricto). Por esta razón se niega la legitimación de los denunciantes para interponer recurso

tanto contra la pasividad administrativa como contra la desatención expresa. Lo cual significa que la participación del denunciante se agota en el acto mismo de la denuncia. A partir de ella carece de interés (en sentido técnico jurídico) y no puede, por tanto, solicitar de los Tribunales que controlen lo que haya hecho o no haya hecho la Administración (11). En otras palabras: el ciudadano está inerme frente a la inactividad, incluso ilegal, de la Administración, puesto que no puede ir más allá de la denuncia. Los Tribunales, al negarle la legitimación procesal, le cierran al acceso a la jurisdicción por medio de un mero convencionalismo técnico.

Si esta doctrina se hubiera consolidado, es claro que la tesis de control de la inactividad material (en el sentido amplio que aquí se está defendiendo) tendría muy pocas posibilidades de prosperar y habría que plantear las cosas de otra manera. Pero, por fortuna, el Tribunal Supremo ha cambiado ya de criterio: primero en las acciones vecinales de subrogación procesal (como veremos en la sent. de 27-12-1974) y luego con carácter general. Así, en la sentencia de 25 de mayo de 1982 no se limita a declarar la ilegalidad del acto denegatorio presunto impugnado, sino que ordena a la Administración que actúe positivamente y que abra al efecto un expediente sancionador al denunciado.

Línea en la que ha insistido con firmeza en resoluciones posteriores (que repasaremos en el siguiente epígrafe) y que se formula con precisión en la sentencia de 20 de junio de 1984: «en cuanto a si puede el ente receptor de la denuncia adoptar una actitud totalmente pasiva, que la ley, tras la oportuna denuncia de la mora, equipara a una resolución absolutamente negativa a lo que se pide, ... ha de concluirse que ha de reputarse no conforme a derecho la denegación de lo que se pide... porque la ley... encomienda al órgano como competencias propias al vigilar y fiscalizar los actos de edificación... *luego no se ajusta a dicha normativa la decisión denegatoria recaída ante la concreta denuncia* planteada por el hoy recurrente, en la que se interesaba que se tuviera por formulada la misma, llevar a cabo la pertinente información y dictar la resolución correspondiente con arreglo a Derecho, pues lo adecuado a la misión que la ley confiere a la Entidad Metropolitana era acceder a la petición del denunciante».

Huelga subrayar la trascendencia de este giro jurisprudencial. Porque desde esta perspectiva el ciudadano deja de estar inerme frente a la inactividad material de la Administración. Puede, al igual que antes, denunciar este hecho; pero ahora puede también llevar el asunto ante los Tribunales contencioso-administrativos en el caso de que la Administración siga inactiva, y tanto en el supuesto de que haya contestado a su denuncia como en el de que haya hecho caso omiso de ella. En

---

(11) Cfr. la jurisprudencia recogida por SÁNCHEZ ISAAC, en *El interés directo...*, especialmente p. 121.

ambos casos se le reconoce su legitimación. Y lo más importante de esta nueva fórmula es que respeta el sistema tradicional de exigencia de una reconversión de la inactividad material en formal para admitir al recurso. Porque nótese que si antes se producía indefensión, ello era debido sustancialmente a la circunstancia de que no se consideraba que la denuncia provocaba, en caso de pasividad administrativa, la aparición de una inactividad formal. Lo que ahora admite el Tribunal. De aquí cabalmente la enorme potencialidad del cambio, dado que con el mismo no se quebranta el sistema ni puede, por tanto, suscitar escrúpulo alguno en su aceptación. A mi juicio se ha introducido un cambio auténticamente revolucionario, pero silencioso. Se trata de una actitud *fortiter in re, sed suaviter in modo*.

A efectos de la ampliación en el reconocimiento del control judicial de la inactividad material de la Administración, éste es el acontecimiento más importante de los últimos años, en cuanto que abre paso a todas las manifestaciones concretas posteriores, que no son sino consecuencia lógica del principio sentado. Con la aceptación de que una denuncia puede servir para provocar una inactividad formal de la Administración, la jurisprudencia, con encomiable habilidad, *ha desdramatizado el tema*, puesto que, a partir de ahora, ya no es necesario acudir a técnicas heterodoxas para justificar el control. Con lo que se ha hecho (potenciado por las demás líneas aperturistas de la legitimación, que estamos describiendo), el control judicial de la inactividad material no es ya un futurible abrigado por el voluntarismo de un sector de la doctrina, sino algo muy real y factible desde este mismo momento.

Y con la advertencia, además, de que, después de todo, la jurisprudencia no ha hecho sino llevar congruentemente hasta sus últimas consecuencias el mecanismo, desde hace veinticinco años teorizado, de la conversión de una actividad material en otra formal, al que se alude en la sentencia de 25 de mayo de 1982: «acto presunto producido por dicha pasividad administrativa, que da lugar a la figura del silencio negativo, el cual, como es sabido, es la fórmula ideada para superar el obstáculo de la conducta de una Administración negligente, abriendo la vía judicial a las expectativas de quienes, dirigiéndose a ella, no obtuvieron respuesta alguna, con frustración de sus peticiones...; ficción benefactora, superadora de estos inconvenientes para el logro de soluciones acordes con la justicia material de cada caso».

### 3. *Legitimación por interés a la defensa de la legalidad*

Sin perjuicio de lo anterior, conviene señalar la existencia de otra brecha o, al menos, de otro punto débil en las sólidas defensas de la postura tradicional, que, como estamos viendo, está cediendo terreno

en todos los frentes. Me refiero a la posibilidad de aceptar que existe un interés legitimador en que sea mantenida la legalidad, o sea, que la defensa de la legalidad puede generar un interés individualizado protegible. Desde hace mucho tiempo se viene argumentando tal interés ante los Tribunales, quienes todavía se resisten a aceptarlo. Tal como dice la sentencia de 7 de diciembre de 1968 (y reitera en el fondo la de 17-1-1973), «no basta un simple interés a la legalidad por amplio que sea el sentido que quiera darse al precepto 28.1, a), de la Ley de esta Jurisdicción, por la circunstancia de que cualquier ciudadano quiera que la Administración Pública obre con arreglo a la Ley».

Esta posibilidad —o sea, el intento de sustantivizar como interés legítimo protegible el interés genérico de un individuo en el mantenimiento de la legalidad— supondría un habilidoso artificio para dismantelar en la realidad los rigores de la exigencia de la legitimación sin quebrantar formalmente la letra de la ley. Y es muy posible que el Tribunal Supremo se decida algún día a aceptar y generalizar esta tesis, máxime si se tiene en cuenta que en su ejercicio puede retener los medios suficientes para evitar el riesgo de un abuso de Derecho por parte del recurrente, de la misma manera que ya lo está haciendo con la acción popular, como veremos de inmediato.

#### 4. *La acción popular*

Esta última alusión nos sirve de enlace para entrar en el tema de la acción popular, que es el límite extremo de la liberación de los requisitos de la legitimación. La acción popular significa el abandono total de tales requisitos y su ejercicio —siempre verbalmente elogiado— sigue encontrando resistencia en el legislador y en la jurisprudencia.

Por lo que se refiere al legislador, no acaban de entenderse bien las razones que le han impulsado a introducirla en determinados sectores sociales —como el urbanismo o el patrimonio histórico— y a rechazarla en otros ámbitos tan trascendentales, o más, en la vida económica y social. Pero el caso es que así lo ha hecho y que sigue negándose a aceptarla en su generalidad, limitándose a concederla en supuestos convencionalmente seleccionados, y desde luego muy escasos.

Por otro lado, las conocidas reticencias del Tribunal Supremo a su aceptación son muy explicables; pero no por consideraciones sociológicas inercialmente repetidas, como pueda ser el que tal acción favorece los abusos o puede fomentar la proliferación de los recursos. Esto no es de recibo: el pleitar es algo demasiado costoso como para embarcarse en tal aventura por capricho. Y si es cierto que puede favorecer los abusos y extorsiones, remedios hay más que suficientes para evitarlo, según están haciendo ya el Tribunal Supremo con absoluta naturalidad. A tal propósito —y sin necesidad de insistir en otros ejem-

plos harto conocidos—, valga por todas la sentencia de 22 de enero de 1980: «la actuación del recurrente no se ha hallado guida por la buena fe que en el ejercicio de todo derecho exige el artículo 7.1 del Código civil, pues es claro que él ha pretendido el uso de una facultad pública... para satisfacer sus pasiones en contra del denunciado; procede, por tanto, en cumplimiento de lo señalado en el párrafo dos del expresado artículo no amparar el ejercicio de su derecho que, por la forma y circunstancias de su actuación, es abusivo al sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio, ya que en ello sólo se busca el daño de tercero, no necesario imprescindiblemente para el beneficio de la comunidad».

Las razones son, pues, otras y en verdad que de más peso, a saber: que, guste o no guste, nuestro Ordenamiento Jurídico exige como regla una especial legitimación de los recurrentes, de tal manera que, cuando aparece una excepción legal, hay que atenerse inexcusablemente a la regla. El requisito legitimador podrá ampliarse, y hasta vaciarse formalmente, pero no es lícito desconocerlo, como tampoco lo es inventarse voluntarísticamente unas excepciones (es decir, nuevas acciones populares) ante el silencio de la ley. En este punto, a lo más a que puede llegar la jurisprudencia es a interpretar flexiblemente la excepción, pero siempre con las cautelas propias de toda interpretación ampliadora de excepciones a una regla; que, por lógica jurídica y por respeto a las declaraciones legales, ha de ser tendencialmente restrictiva. Así es como, a mi entender, debe explicarse la prudencia del Tribunal Supremo y su resistencia a desbordar el techo de liberación total de la legitimación, que es lo que implica la acción popular.

Ahora bien, la peculiar naturaleza de tal acción irradia inevitablemente sobre todo el tema de la legitimación, obligando al Tribunal Supremo a moverse en ocasiones en el filo de la navaja, para precisar hasta qué punto es identificable una auténtica acción popular y a proceder a una distinción, a veces nada sencilla, de una variante legitimadora más amplia.

Una prueba de la ambigüedad de la frontera entre acción popular y legitimación amplia se encuentra en la sentencia de 10 de julio de 1985, relativa a una reclamación elevada por los vecinos contra un acuerdo municipal de mutación demanial. La sentencia niega la acción popular pero, como no quiere negar la legitimación de los vecinos, tiene que acudir a una formulación aparentemente extraña, que, de hecho, conduce a los mismos resultados que los de la acción popular: «no cabe negar interés legitimador a cualquier vecino del pueblo con respecto a un acto de la Corporación Municipal directa e inmediatamente referido a un terreno en otro tiempo integrante de una vía urbana pública de uso común y general en cuanto bien demanial de uso público por naturaleza». Sutileza que ha merecido de QUINTANA LÓ-

PEZ (12) el siguiente comentario: «lo que aquí ocurre, y ello quizás explique la decisión del Tribunal en este caso, es que existen unos intereses que la doctrina ha convenido en llamar difusos, que no legitiman, al menos en su estado más puro, a quien pretende hacerlos valer como título habilitante para ser parte en un proceso; y ante eso, que no es otra cosa que una deficiencia del Ordenamiento, el juzgador ha tenido que reconducir, en aras de la justicia material, el interés difuso de los vecinos a lo que, sin más matizaciones, denomina interés legitimador». Añadiendo de seguido que «entendemos que, al actuar en este sentido, lo que está ejerciendo (el vecino) es una acción popular o, mejor dicho, una acción vecinal... ejercida ante la omisión administrativa de una actividad prestacional».

El contenido y alcance de la acción popular incide, en definitiva, de manera muy intensa en el tema del control de la inactividad material de la Administración, como luce en el artículo 18.1, g), de la Ley de Bases de Régimen Local, que abre paso a una sentencia condenatoria de la Administración para que actúe estableciendo los servicios mínimos que la ley le obliga a prestar. En estos casos, la pretensión de tal acción pública vecinal se dirige directamente a provocar que la sentencia condene a la Corporación a establecer el servicio, porque, si no lo hace, está infringiendo la legalidad. Otra cosa es que el vecino reclamante tenga *también* un interés propio en el establecimiento del servicio, en cuanto que luego ha de beneficiarse individualmente de sus prestaciones. Pero este interés propio está en segundo plano, es implícito y no necesita siquiera ser esgrimido para legitimar la acción. Es más, para la doctrina dominante no sólo es irrelevante su existencia, sino que incluso fundamentaría, de ser esgrimido, una pretensión —la del reconocimiento de una situación jurídica individualizada— que es incompatible con la acción pública (13).

En nuestro Derecho puede constatarse fácilmente que las Corporaciones locales constituyen, por así decirlo, el campo natural y más arraigado de la acción popular y de sus figuras próximas. La mejor prueba de ello es la acción popular urbanística y la acción vecinal subrogatoria de la inactividad procesal de los Ayuntamientos en la defensa de sus derechos e intereses, de tan venerable tradición en el Derecho local.

A este propósito se ha dictado una abundante jurisprudencia, que en su últimas manifestaciones ha acertado a poner de relieve unos extremos, que importan mucho a nuestro tema, a saber: que gracias a esta acción puedan ser legitimados los titulares de intereses colectivos o generales desatendidos por la inactividad de la Administración. En tér-

(12) *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos*, 1987, pp. 50-51.

(13) En contra, con un criterio más generoso, QUINTANA LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 87.



minos de la sentencia de 7 de diciembre de 1974 (14), «la acción no es una popular en sentido estricto, sino de sustitución o subrogación procesal, que atribuye una *legitimación indirecta para la defensa, no de un interés particular, sino colectivo o general*, en cuanto municipal, al medir la *inactividad*, por abandono, negligencia o dejación de la respectiva Corporación local, respecto del ejercicio de las acciones...». Inactividad que, conviene recordarlo, es excitada por una simple *denuncia*, que, en caso de desatención, abre luego paso a la acción procesal.

Resumiendo cuanto antecede, puede afirmarse que el viejo principio de la exigencia de una legitimación concreta para acudir a los Tribunales contencioso-administrativos, está sometido a un cerco inexorable que, desde varios frentes, está logrando reducir sensiblemente su alcance y hasta en ocasiones prescindir de él.

Primero. La legitimación se ha ampliado notoriamente —y correlativamente se ha reducido la inadmisibilidad— mediante las técnicas de ampliación de los derechos legítimos y de la equiparación de derechos e intereses.

Segundo. Se ha prescindido ocasionalmente de la legitimación con referencia a los vicios de orden público o cuando la Administración ha reconocido la personalidad del recurrente en vía administrativa.

Tercero. Supone una amenaza gravísima para la supervivencia del requisito legitimador la posible aceptación jurisprudencial de dos fórmulas, que subrepticamente pueden vaciar la operatividad del principio, aunque formalmente lo mantengan: la admisión de la legitimación en defensa de intereses colectivos (art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y el reconocimiento de un interés legítimo en defensa de la legalidad. El tiempo dirá si el Tribunal Supremo está dispuesto a dar este paso; pero, al menos, hay indicios evidentes de que en tal dirección se camina.

Cuarto. La restricción legitimadora pasaría formalmente a la historia si se generaliza la acción popular, cuya aceptación empieza a dejar de ser excepcional. En este punto conviene subrayar, sin embargo, que la jurisprudencia es muy reticente a aceptar esta fórmula, y buenos motivos tiene para ello; sin perjuicio de que vaya abriendo también la mano, aunque sea un poco a regañadientes.

Quinto. Cuando se aboga por la abolición del principio de legitimación, no se está pensando en todos los recursos contencioso-administrativos, sino solamente en aquellos en que se debate exclusivamente la defensa de la legalidad. Por el contrario, cuando lo que se pretende es el mantenimiento de una situación jurídica individualizada

---

(14) Comentada por SAINZ MORENO, «Ejercicio subrogatorio de una acción reivindicatoria de bienes de dominio público realizado en nombre y en interés de una entidad local», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, 1975, pp. 260-267.

o la defensa de un derecho o interés propio, parece lógica la exigencia de una legitimación concreta.

Sexto. Si en las consideraciones anteriores se ha estado haciendo una referencia casi constante a los actos administrativos, ello se debe a que esta materia, por mejor tratada, ofrece mayores facilidades de análisis. Pero conste que todo lo que se ha dicho resulta perfectamente aplicable a la inactividad material de la Administración. Más aún, el levantamiento de la restricción legitimadora encuentra en la inactividad material un campo excepcionalmente idóneo para su recepción. Piénsese concretamente en que en la inactividad material de la Administración juegan con particular protagonismo: *a)* el interés en la mera defensa de la legalidad; *b)* los intereses colectivos, generales, públicos y difusos; y *c)* la acción popular, como ya se ha reconocido en la legislación local para los servicios mínimos obligatorios.

Séptimo. La tesis que aquí se sostiene no rompe, por otra parte, el sistema jurisdiccional vigente, puesto que puede mantenerse el mecanismo actual de transformación de la inactividad material en una inactividad formal (y, por ende, ya impugnable sin dificultades) a través del sencillo arbitrio de una denuncia, tal como ya lo ha admitido de manera expresa el Tribunal Supremo. Es decir, que el interesado (entendido en el sentido amplísimo que acaba de ser descrito) puede reaccionar contra la inactividad material de la Administración por medio de una denuncia; y si ésta no es atendida de manera expresa, tiene ya abierto el camino a los Tribunales para impugnar la denegación presunta por silencio; como igualmente puede hacerlo si es desatendida de forma expresa, para impugnar el acto administrativo de denegación.

Octavo. Al menos de *lege ferenda* cabe también la posibilidad de imaginar supuestos de intervención judicial de la inactividad administrativa impulsados por el Ministerio Fiscal o por otras organizaciones administrativas o políticas, tal como en otro lugar he apuntado (15):

#### IV. ESCALONAMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL

Junto con la legitimación, el otro gran aspecto de nuestro tema es el análisis del alcance de las facultades de los Tribunales en el ámbito del control de la inactividad material de la Administración. Porque, aun en la hipótesis de su admisión, es notorio que su operatividad se encuentra frenada por obstáculos de muy diversa índole, sobre los que conviene insistir.

En primer lugar, la naturaleza discrecional de algunas actuaciones administrativas, que impiden que los Tribunales sustituyan con sus propios criterios las decisiones de la Administración. Por decirlo en tér-

(15) Cfr. *Estudios históricos...*, cit., p. 283-285.

minos muy simples: si hay que aceptar un margen de discrecionalidad y la correlativa utilización de criterios de oportunidad, parece lógico que estas facultades sean retenidas por la Administración y no se traspasen a los Tribunales, que tienen menos elementos de juicio y conocimiento que aquélla. A los Tribunales corresponde controlar si la Administración ha hecho un uso correcto de sus facultades, pero no el sustituir sus criterios ni decisiones.

Y en segundo lugar ha de tenerse presente el factor de la viabilidad de las resoluciones judiciales. Porque en algunos supuestos —cuando se trata de un acto administrativo o, en general, de una actividad jurídica— la resolución judicial es tan factible como la administrativa, hasta tal punto que tanto vale, por ejemplo, un nombramiento funcional o un reconocimiento de deuda realizado por un órgano o por otro. Pero en algunos casos —cuando se trata de una inactividad fáctica— la resolución de un Tribunal queda físicamente en el vacío, puesto que si la pretensión se refiere a una falta de prestación de un servicio público, no hay sentencia que pueda sustituir la intervención quirúrgica no realizada o la paralización de todo un quirófano.

Estas circunstancias (sobre las que insistiremos luego) laten en el fondo de las variantes que la jurisprudencia va tipificando en orden a la intervención judicial sobre la inactividad material de la Administración. Resulta muy burdo, en efecto, afirmar o rechazar en bloque este control. Pero admitido, hay que añadir inmediatamente que es imprescindible modular su alcance en una serie muy matizada de intervenciones, como ya ha empezado a realizar la jurisprudencia y que, desde las perspectivas indicadas, es posible racionalizar y explicar.

Prescindiendo de una fase «prehistórica» de la jurisdicción contencioso-administrativa en que se realizaba cualquier tipo de control judicial sobre cualquier variedad de inactividad —y dejando a un lado también el control de la inactividad formal—, es claro que la intervención de los Tribunales en los supuestos de inactividad material de la Administración puede adoptar, como mínimo, dos modalidades, según el grado de su intensidad.

### 1. *Intervención no sustitutoria*

Es la variante más suave. Conforme a ella, el Tribunal declara ilícita la pasividad de la Administración y le ordena que actúe. Orden que se expresa, a su vez, en dos manifestaciones: o bien se limita a indicar a la Administración que actúe, sin especificar el contenido de la actuación impuesta, o bien indica, además, a la Administración el contenido de la acción que debe realizar.

Esta segunda fórmula —mucho más efectiva, como es obvio, que la primera— se apoya en la declaración previa, que ha realizado el Tri-

bunal, del derecho del demandante, de tal manera que el contenido del acto administrativo ha de referirse al reconocimiento del derecho cuestionado. Así lo hace la sentencia de 6 de marzo de 1978 (comentada por COCA VITA en su artículo ya mencionado), en la que se declara el derecho de los recurrentes a que «el Ministerio de Educación y Ciencia *adopte* las medidas oportunas que le corresponde (hasta aquí se trata, pues, de una simple orden) para fijar, con las consecuencias que de ello se deriven, de acuerdo con la Jerarquía eclesiástica, su remuneración *en forma análoga a la establecida para el profesorado interino y contratado* (lo que supone, como es evidente, la fijación del contenido del acto impuesto), condenando a la Administración a estar y pasar por tal declaración y a su cumplimiento». Técnica que encaja perfectamente en lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Jurisdiccional, conforme al cual se autoriza al demandante para que solicite del Tribunal, entre otras cosas, «la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento (de una situación jurídica individualizada)».

A este propósito resulta muy importante tener a la vista la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional, que puede traspolarse, con algunas reservas que luego veremos, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Su Sala Primera tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema en la temprana sentencia de 30 de marzo de 1981.

Se trataba de un recurso de amparo interpuesto por quienes, habiendo sido penalmente condenados, se dirigieron al Ministerio de Justicia solicitando que éste —único legitimado a tal efecto, como es sabido— interpusiera recurso de revisión; petición desatendida por el Ministerio, que no llegó a resolverse el correspondiente expediente. De esta manera nos encontramos ante una inactividad de la Administración —la falta de resolución del expediente— que se tradujo en la no formalización del recurso de revisión solicitado. Y contra tal inactividad se dirigió, en último extremo, el recurso de amparo, en el que se pedía al Tribunal que ordenara al Ministerio de Justicia que tramitase el anteriormente solicitado recurso de revisión contra la sentencia penal.

Cuestión que la sentencia resuelve en los siguientes términos: *a)* Declara el derecho de los recurrentes, de acuerdo con el artículo 24.1 de la Constitución, a que por parte del Ministerio de Justicia se instruya y concluya en resolución motivada el expediente iniciado por solicitud suya, como previo al recurso de reposición. *b)* Declara que no es necesario «exigir que ante esa falta de resolución expresa, los particulares tengan que agotar la vía contencioso-administrativa antes de acudir al recurso de amparo (pues ello) supondría crear nuevas y serias dificultades para la eficacia de la indicada garantía jurisdiccional». *c)* *Ordena*, en consecuencia, al Ministerio de Justicia que instruya y concluya el referido expediente y que notifique a los interesados la resolu-

ción recaída. *d)* Pero no indica al Ministerio el contenido de tal resolución y ni siquiera le transmite criterios para resolverlo, dado que «la ley deja a la decisión del Ministerio de Justicia la valoración de los hechos alegados y la consiguiente Orden al Fiscal General del Estado para interponer, o no, el recurso: “podrá” dice el texto legal. *Este Tribunal no puede sustituir al Ministro en esas funciones ni puede examinar si los hechos alegados por el recurrente ante el Ministerio de Justicia justifican la interposición del recurso de revisión*».

La postura del Tribunal no puede ser, pues, más clara: ordena, pero no sustituye a la Administración; y aquí lo único que cabría preguntarse es si un Tribunal contencioso-administrativo —cuyas atribuciones de conocimiento son más amplias que las del Tribunal Constitucional— hubiera podido, o no, entrar a conocer de la procedencia de la revisión y si, por ende, hubiera debido indicar al Ministerio de Justicia el contenido de la resolución, cuyo dictado se le ordena.

El asunto resuelto por la sentencia de 14 de diciembre de 1983 (Sala Segunda) es más interesante, puesto que se refiere a una inactividad material de la Administración, que bloquea la efectividad de una sentencia. Concretamente, existía una sentencia que había dado lugar a un desahucio de fincas rústicas por denegación de prórroga del contrato de arrendamiento, la cual, recurrida ante la Audiencia, provoca un Auto de suspensión de la tramitación en la nueva instancia hasta que se acredite que los demandantes han intentado avenencia ante la Junta Arbitral conforme previene al artículo 121 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Pero como esta Junta Arbitral no se había constituido (inactividad material de la Administración) era claro que los interesados no podían intentar la avenencia ante ella. Con la consecuencia de que el proceso había de quedar paralizado indefinidamente. Circunstancia que por producir, a juicio de los interesados, una denegación de justicia, motivó la interposición de recurso de amparo.

Habiendo alegado la Administración que los demandantes hubieran debido solicitar la constitución de dicha Junta Arbitral, «la Sala entiende —dice la sentencia— que no corresponde a la demandante la carga de instar a la Administración la constitución de la Junta. Una cosa es que la demandante solicite la reunión de una Junta ya constituida, y otra que solicite la constitución de una Junta a que la Administración viene obligada por Ley. Desde el momento en que el legislador hizo el intento de avenencia ante Juntas de esta índole un trámite previo preceptivo para la incoación de determinados procedimientos, tenía la Administración la obligación ineludible de proceder a su constitución, pues de lo contrario hacía imposible para los interesados el cumplimiento de la condición que les impusiera respecto del ejercicio de la acción de este proceso». Por lo que «habrá que concluir que la inactividad de la Administración en un supuesto como el presente no

es base suficiente para dejar sin protección el derecho de los ciudadanos». Y en consecuencia declara la nulidad del Auto de suspensión y «reconoce el derecho de la recurrente a que su proceso se lleve a cabo sin más dilaciones y a que obtenga la sentencia de la Audiencia».

Aquí nos encontramos, pues, con una inactividad de la Administración que el Tribunal Constitucional valora en los siguientes términos: *a)* El interesado no está obligado a levantarla, dado que es la propia Administración quien debía haber actuado sin excitación de parte, ya que así se lo imponía la Ley. *b)* Habida cuenta de que la inactividad de la Administración provoca una paralización procesal, el Tribunal «corta por lo sano» y, en lugar de ordenar la actividad administrativa, prefiere considerar que el trámite es innecesario a efectos de la continuación del proceso.

## 2. *Intervención sustitutoria*

Representa el grado máximo de intervención si se considera que el Tribunal no se limita aquí a ordenar a la Administración que dicte un acto (con o sin determinación de su contenido) sino que él mismo dicta el acto sustituyendo a la Administración.

Esta fórmula (en lo que nos es conocido) no ha sido aún utilizada por el Tribunal Supremo en lo que se refiere a la inactividad material, a diferencia de lo que sucede en la revisión ordinaria de los actos administrativos, en cuyo supuesto las sentencias dictan a veces, sin empacho alguno, actos administrativos sustitutorios.

A la introducción de la intervención judicial sustitutoria se oponen, en principio, serios obstáculos, vista la repugnancia lógica a admitir que los Tribunales puedan dictar actos administrativos, siendo así que la misma finalidad puede obtenerse, y de forma más congruente, a través de una sentencia de condena, cuyo cumplimiento ha de satisfacer plenamente las pretensiones de los recurrentes. Ahora bien, la fórmula no parece tan descabellada desde la perspectiva constitucional y la del artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales». Es decir, que a través de una interpretación generosa de este principio, podría argumentarse, quizás, la viabilidad de una sentencia sustitutoria respecto de las inactividades materiales, máxime si así se está haciendo ya con la revisión de actos administrativos (16).

---

(16) No es inhabitual, en efecto, que las sentencias no se limiten a anular el acto impugnado, sino que, además, adicten un nuevo acto sustitutorio, procediendo a señalar, por ejemplo, el importe exacto de una deuda, a nombrar o ascender a un funcionario concreto o a asignarle un puesto de trabajo determinado, o a rectificar directamente el contenido de una sanción. Los ejemplos son tan frecuentes que no vale la pena aportar testimonios fechados.

### 3. Algunos ejemplos útiles del Derecho comparado

Sin necesidad de repetir lo ya dicho en mi artículo sobre «la inactividad de la Administración...» —que ha sido completado, además, inteligentemente por la bibliografía española posterior, citada al principio de este trabajo—, aquí interesa sólo traer a colación algunas fórmulas del Derecho comparado, que afectan de forma directa a los temas que se están tratando, para los que aportan soluciones concretas.

A) Del régimen jurídico de la República Federal Alemana es de recordar, en primer término, como resume PAREJO (17) la situación: en palabras de K. OBERMAYER, basadas en el artículo 113 de la Ley jurisdiccional de este país, «la pretensión ejercitada (en la demanda de inactividad) es la imposición o condena a la Administración del dictado de un acto administrativo *determinado* (en el caso de que el asunto esté maduro para su decisión) o simplemente de la adopción de un acto administrativo, que ha de dictarse con observancia de la opinión en derecho o criterios fijados por el Tribunal».

Conclusiones que MONTORO CHINER (18) matiza mucho más restrictivamente argumentando por su cuenta, pero con apoyo de una amplia bibliografía, que «debe contemplarse con cautela la posibilidad de admitir abiertamente la sustitución o suplencia de la voluntad administrativa por la de los Tribunales, ya que ni cuentan con los medios necesarios ni con el personal oportuno... Mientras que la decisión judicial contempla exclusivamente aspectos jurídicos de la cuestión, la decisión administrativa tiene que satisfacer pretensiones de constatación metajurídica y, en tanto así se manifiesta, ejerce su propia responsabilidad y su legítima discrecionalidad... En tanto se trate de ejercitar un ámbito de decisión propio —ejecución de discrecionalidad— solamente es posible una sentencia sobre la resolución concreta, el contenido de la cual será solamente el *sí*, nunca el *cómo*, del acto administrativo. El Tribunal no podrá bajo ningún concepto colocarse en el lugar de la Administración». Y sigue diciendo en conclusión: «Suscribimos la opinión de PAREJO ALFONSO, entendiéndolo que lo que suplen los Tribunales verdaderamente sería la inactividad, a través de compeler a actuar, pero no el contenido del acto que la Administración ha de dictar».

Ahora bien, mucho más importante que esto es la posibilidad de una intervención judicial directa y fulminante, aunque obviamente provisional, para evitar los perniciosos efectos de la inactividad material de la Administración. Porque si en todo caso hubiera que esperar a la sentencia, es evidente que hasta entonces continuaría la inactividad y

(17) *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 580.

(18) *La inactividad administrativa...*, cit., pp. 323-332.

el perjudicado habría de esperar meses, y aun años, a que el Tribunal le resolviese su problema.

Imaginemos, en efecto, que un ciudadano produce ruidos molestos al vecindario y que la Administración nada hace para evitarlo (supuesto, por desgracia, muy real en la vida española) o que los empleados municipales han depositado materiales en la puerta de una cochera particular impidiendo la salida de vehículos y que, pese a las protestas del afectado, no los retira. En estos casos —y sin olvidar los eventuales mecanismos de conversión de la inactividad material en formal, así como los problemas de legitimación—, es claro que la sentencia condenatoria ha de llegar demasiado tarde.

Pues bien, el Derecho alemán (art. 123 de su Ley jurisdiccional) tiene prevista una fórmula inmediata, que consiste en el dictado judicial de una medida provisional (*einstweilige Anordnung*), que, a reserva de lo que la sentencia en su día declare, ordena a la Administración que actúe eliminando el perjuicio.

De ordinario suele decirse que el sistema alemán es, en punto al control de la inactividad material de la Administración, similar al español. Tesis que, por lo que acaba de decirse, hay que aceptar con muchas reservas. Porque en el sistema alemán existe esta pieza esencial, que nosotros hasta ahora no tenemos o, por lo menos, que aquí no se utiliza. Una pieza que, como puede comprenderse, altera todo el sistema. Los alemanes no tienen, en realidad, nuestro problema, puesto que saben que en casos como los que acaban de aludirse, no necesitan esperar años y años hasta la sentencia definitiva. El Tribunal —si quiere, y con frecuencia lo quiere— elimina de inmediato el perjuicio. El afectado recobra su silencio o libera la salida de su cochera mientras se ventila el recurso. Una diferencia que no es de detalle sino esencial. Es la diferencia que media entre que el recurso jurisdiccional valga para algo o se trate de una mera declaración voluntarista e inútil.

Y más todavía: la *einstweilige Anordnung* puede dictarse incluso antes de haber formalizado el recurso. Lo que significa que los Tribunales se constituyen en auténticos y eficaces defensores de los ciudadanos al controlar directamente la inactividad material de la Administración (como, por descontado, su actividad), sin dejarse paralizar por el escrúpulo de que así pueden interferir inconstitucionalmente lo que sólo a la Administración corresponde. Los Tribunales alemanes ciertamente no administran; pero, en el ejercicio de su control, no están obligados a permanecer impasibles ante los perjuicios e ilegalidades producidos por la inactividad de la Administración. El recurso jurisdiccional les legitima para intervenir sobre ella. Y si es claro que los ruidos no serán eliminados por los funcionarios judiciales ni retirados por ellos los materiales depositados en la salida de la cochera, no menos claro es que, al ordenar a la Administración que lo haga, evitan que se sigan produciendo los perjuicios.



La cuestión es entonces la de dilucidar en qué medida son utilizables en España fórmulas del estilo de las indicadas. Ya PAREJO ALFONSO, en el lugar citado, ha abordado el tema y éste es el momento de seguir avanzando en su análisis.

La solución más sencilla sería, naturalmente, una reforma legislativa que abriera paso a esta posibilidad. Y en estos momentos podría aprovecharse la oportunidad de la reforma de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, lo acuciante es determinar si, de acuerdo con la legislación vigente, es posible hacer algo en este sentido.

En España se cuenta, por lo pronto, con la vía civil en los términos apuntados por SAINZ MORENO en el número 15 de la *Revista Española de Derecho Administrativo* (pp. 666-667) ya citada, en el que, sin embargo, se pone de manifiesto su insatisfactoriedad y deseo de canalizar la defensa en la vía contencioso-administrativa. Opinión que suscribimos, puesto que las intervenciones del juez civil en este ámbito pueden ser bastante peligrosas por su alejamiento mental de la realidad administrativa. Y es curioso constatar cómo cada vez son más frecuentes las intervenciones fulminantes del juez civil sobre la Administración por el cauce interdictal. Una fórmula que quizás resulte aberrante y obsoleta; pero que se explica por la circunstancia de entender que está cerrada la vía contencioso-administrativa. Los abusos notorios de la Administración son cortados así a veces por el juez civil, dado que el juez contencioso-administrativo es insensible a la gravedad y urgencia de los perjuicios que tales abusos provocan. Porque si los Tribunales contenciosos reaccionaran debidamente, no habría necesidad de acudir a la extraña vía interdictal.

Lo que sucede es que *aparentemente* nada pueden hacer los Tribunales contencioso-administrativos para remediar las situaciones a que nos estamos refiriendo. Y, sin embargo, en nuestra opinión sí que existe una posibilidad de control e intervención, a saber: la del artículo 122 de la Ley reguladora de la jurisdicción.

Cierto es, desde luego, que dicho precepto no contempla directamente el caso discutido, puesto que se refiere de forma literal a «suspensión» y a suspensión de «actos administrativos». Pero no menos cierto es que su teleología o funcionalidad responde exactamente a nuestro supuesto. El artículo 122 está redactado así porque responde, muy congruentemente, a un planteamiento de revisión de actos administrativos; por lo que resulta evidentemente que ha de limitarse a la suspensión de ellos. Ahora bien, si se aceptase el replanteamiento que aquí se está haciendo, es decir, si se admitiese (como ya está aceptando la jurisprudencia que se ha citado) que cabe el control de la inactividad material y que no hay que atenerse al dogma del carácter revisor de la jurisdicción, las cosas cambiarían por completo y se abriría paso a la solución apuntada.

Examinada la cuestión desde esta perspectiva, resulta ya fácil defender la interpretación que se apunta, mediante la simple invocación de la congruencia institucional:

— La posibilidad de suspender los actos administrativos es una consecuencia lógica de un presupuesto previo: la impugnación del acto administrativo y solamente de él. La suspensión no puede ir más lejos de la pretensión impugnatoria.

— Pero si se altera el presupuesto y se admite el control de la inactividad sin acto previo, es claro que la congruencia del sistema exige que se altere también la consecuencia de la impugnación, es decir, que se permita la «suspensión» de los efectos de la inactividad material impugnada. Esto es absolutamente lógico, de tal manera que, si faltara esta pieza, el mecanismo de defensa quedaría incompleto. Puesto que sería absurdo permitir la impugnación de la inactividad y no permitir la suspensión provisional de sus efectos nocivos. Un sistema así concebido repugna al sentido común y a la congruencia institucional.

En otras palabras: podrá aceptarse, o no, el control judicial de la inactividad material de la Administración; pero si se acepta, habrá que admitirlo con todas sus consecuencias, empezando por la de posibilidad la suspensión de sus efectos. De otra manera nos quedaríamos a medio camino.

Vistas así las cosas, lo que aquí se propone es una interpretación integrativa del artículo 122, extendiéndole —por encima de su letra— a supuestos que no están expresamente previstos en la Ley, pero que, desde luego, ésta no prohíbe.

Comprendo que esta propuesta interpretativa es arriesgada, puesto que puede parecer sorprendente y novedosa. Y en verdad que lo es. No obstante, los Tribunales —mientras el legislador no sea más explícito— tienen la palabra. Pero es una tesis plausible y, en cualquier caso, me permito insistir en lo dicho: si el Tribunal Supremo y el Constitucional ya se han decidido a admitir el control de la inactividad material de la Administración, no pueden quedarse a mitad de camino, puesto que, consecuentes consigo mismos, han de admitir también la posibilidad de suspender la producción de los efectos nocivos e irremediables de tal inactividad. Realmente (insistiendo en los ejemplos anteriores), poco gana el perjudicado con una sentencia favorable que condene a la Administración a prohibir los ruidos o a retirar los materiales depositados en la puerta de la cochera, si en los dos o tres años que dura el procedimiento, los ruidos van a continuar y la cochera va a seguir bloqueada. De no dar el siguiente paso, de no completar el mecanismo de defensa, el loable progreso jurisprudencial será letra muerta y hasta un escarnio para el recurrente vencedor.

B) Veamos ahora otra fórmula interesante que nos brinda el Derecho llamado anglosajón. Sabido es que los Tribunales angloamericanos cuentan en esta materia con un instrumento formidable para el control de la inactividad administrativa: el *writ of mandamus*, que consiste en una orden (no en una mera condena, que, por otro lado, ya es un gran paso) dirigida a los funcionarios, compeliéndoles a realizar un acto (de los reglados, claro es: un *ministerial act*). Y en los Estados Unidos se cuenta, además, con el *writ of injunction* (no ejercitable en el Reino Unido contra la Corona), que consiste genéricamente en una orden judicial que obliga a una persona, incluidos los funcionarios, a hacer o a no hacer una determinada acción.

Pero lo más interesante de este sistema y de la figura del *writ* estriba en su fulminante cumplimiento, dado que, en caso contrario, se considera una falta de respeto al Tribunal (*contempt of court*), que lleva aparejada una multa personal o el encarcelamiento de quien se resiste a cumplir la orden judicial (19). Tal como resume R. DAVID, «en Inglaterra nada se opone a que los Tribunales, a fin de asegurar el respeto del Derecho, dirijan órdenes a la Administración. Los Tribunales ingleses no se limitarán a anular el acto administrativo ilegal; ordenarán a la Administración, mediante una orden de *mandamus*, la adopción de una medida administrativa justa adaptada a las circunstancias... Tales procedimientos son característicos del Derecho inglés; en cambio, apenas se preocupa por las declaraciones abstractas que afirman principios de justicia sin preocuparse de su sanción práctica. Por otra parte, es inconcebible para un inglés que nadie pueda burlarse de la justicia, como a veces ocurre en los países de la familia romano-germánica, en los cuales una autoridad administrativa puede, sin que pese sobre ella una responsabilidad real, denegar el uso de la fuerza pública para la ejecución de una sentencia. No se admite en Inglaterra que un particular y, mucho menos una autoridad administrativa, puedan burlarse así de la justicia; en la cárcel tendrán tiempo de meditar sobre los inconvenientes de no obedecer los mandatos de un tribunal».

La figura del *contempt of court* es, de momento, un sueño irrealizable en España. Pero en el ejemplo inglés puede mirarse el legislador español y debe servir en todo caso para sensibilizar la conciencia jurí-

(19) R. DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 1968, pp. 279-280. Cfr. también J. C. ADAMS, *El Derecho administrativo norteamericano*, 1964, pp. 78-82, y H. W. R. WADE, *Derecho administrativo*, 1971, pp. 234-246. Una exposición mucho más cautelosa del Derecho norteamericano puede verse, sin embargo, en K. C. DAVIS, *Administrative Law Text*, 1972, pp. 440 y ss. Para este autor, el uso del *writ of mandamus* (que, por lo demás, no es viable significativamente en el Distrito de Columbia) es muy poco recomendable respecto de la Administración y de sus funcionarios, habida cuenta de que la decisión judicial de plano que implica, exige que la pretensión del particular no ofrezca a primera vista la menor duda; circunstancia que no suele darse en el Derecho Administrativo, dado el número y complejidad de sus Reglamentos. Con la consecuencia de que no resulta previsible su éxito, como puede comprobarse en la práctica forense.

dica de nuestro sistema judicial. En el ámbito anglosajón existen, por descontado, graves problemas a la hora de controlar judicialmente la inactividad material de la Administración; pero son, por las razones dichas, mucho menos graves que entre nosotros.

#### 4. *Factibilidad del control*

Retomando de nuevo el hilo del Derecho español, conviene insistir en la importancia que tiene la tipificación de las variantes de inactividad administrativa, dado que en ellas puede encontrarse una explicación a las distintas soluciones que la jurisprudencia ha ido encontrando.

a) Conforme ya se ha dicho, un nombramiento funcional o un reconocimiento de deuda, cuando son reglados, pueden realizarse exactamente igual, y con los mismos efectos, por un acto administrativo o por una sentencia.

b) Y lo mismo sucede —en cuanto a los efectos— cuando se trata de actos (o inactividades) discrecionales o, por mejor decir, de actos en cuya decisión intervienen factores de oportunidad. Aquí, los efectos son idénticos; pero es claro que el Tribunal ha de ser prudente a la hora de sustituir con su criterio el de la Administración, de tal manera que no le es lícito proceder al nombramiento de un funcionario de confianza, aunque haya constatado que la designación realizada por la Administración sea jurídicamente incorrecta, por haber hecho mal uso de sus facultades discrecionales. En tales supuestos debe limitarse a anular.

c) Lo que todavía resulta más claro en el supuesto de las actividades (o inactividades) normativas. El Reglamento dictado por los Tribunales es teóricamente tan válido y realmente tan factible como el de la Administración, aunque resulte, desde luego, una actividad judicial anómala, hasta tal punto que, no mediante razones suficientes que lo justifique, puede calificarse de excesivo.

d) Pero la situación es completamente distinta cuando se trata de inactividades materiales fácticas. En estos supuestos es evidente que la sentencia, que es un simple papel, no puede sustituir una realidad física. No obstante, aun así, hay que separar entre diversas subhipótesis imaginables. La primera, y más sencilla, se refiere a una actividad no realizada, pero que puede aún realizarse, como por ejemplo, la intervención quirúrgica de un paciente. En tal caso, la efectividad de la sentencia puede ser completa si se condena a la Administración a realizar tal operación, con el añadido, en su caso, de la indemnización de daños y perjuicios por el retraso. Aunque es de notar, sin embargo, que aquí no parece factible, incluso aunque se trate de un acto individual, la reconversión de la inactividad material en formal, pues sería un es-

carnio, en efecto, obligar al interesado a recorrer el doble camino de la vía administrativa y de la judicial (con el apéndice de la ejecución de sentencia). Dado que, cuando quisiera realizarse la operación, el interesado habría fallecido, incluso por edad.

e) La segunda subvariedad se refiere a actividades fácticas de realización imposible, en cuyo caso la condena habría de convertir la obligación administrativa de prestación en una indemnización de daños y perjuicios. Por ejemplo, el paciente ha fallecido por causa de no haber sido operado; o se ha operado en una clínica particular, pues la demora en la intervención suponía un riesgo. Con lo cual nos acercamos tanto a la acción para exigir responsabilidad a la Administración, que podría procederse a una asimilación procesal a esta figura.

f) La tercera subvariante se refiere a la inactividad fáctica de tracto sucesivo, como puede ser la prestación —o prestación deficiente— de un servicio público cotidiano (transportes públicos colectivos). Nótese que aquí no nos estamos refiriendo a la negativa de la Administración a realizar una prestación individualizada en favor del reclamante (supuesto que encajaría en alguna de las variantes anteriores y que podría derivarse en una acción de responsabilidad administrativa por daños provocados por el mal funcionamiento de los servicios públicos), sino en una pretensión de que el servicio público se realice y se realice correctamente. Pues bien, aquí los Tribunales no pueden obviamente sustituir a la Administración en la prestación del servicio, sino limitarse a condenarle a que lo haga. Sea como fuere, en el presente trabajo se dejan a un lado estas cuestiones, habida cuenta de que han sido tratadas tradicionalmente, aunque desde otras perspectivas, por la doctrina y que han merecido hace muy poco un estudio monográfico en el libro de QUINTANA LÓPEZ, que ha sido ya repetidamente citado.

## V. INACTIVIDAD NORMATIVA

A primera vista puede parecer sorprendente hablar de inactividad normativa de la Administración en unos tiempos en que el *Boletín Oficial del Estado* se encuentra literalmente congestionado por la avalancha de reglamentos que diariamente ha de publicar, sin contar con los *Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas* y de las incontables ordenanzas locales. Y, sin embargo, ésta es la realidad. Si la Administración quisiera cumplir las órdenes que la Ley (y otras normas superiores) le encomienda para su desarrollo, la producción normativa reglamentaria habría de multiplicarse.

Necesidad que proviene, en parte, de la incontinencia legislativa; que es expresión, a su vez, de la progresiva ampliación de las funcio-

nes estatales; y en parte también, y como consecuencia de lo anterior, de la proliferación de normas *incompletas*, es decir, de normas que, para ser eficaces, necesitan de un desarrollo posterior. Y es que el legislador apenas si es capaz de dictar una norma directamente operativa. Bien sea por falta de tiempo o de competencia técnica, bien sea por la complejidad de las materias reguladas, es el caso que la Ley se remite indefectiblemente a los reglamentos posteriores, como éstos se remiten a otros desarrollos más pormenorizados, en una cadena que no tiene fin o que, al menos, lo tiene muy lejano; de tal manera que los actos administrativos concretos —sobre todo los reconocedores de derechos— dependen de una larga serie de disposiciones generales previas, en las que, cuando falta un eslabón, el derecho no puede ser ni reconocido ni ejercitado.

Resulta explicable, por tanto, la frecuencia de tales normas incompletas; pero conste que su introducción presupone también la existencia de una Administración diligente, que, continuando sin fallo la línea de desarrollo marcada por la ley, no deje convertir en letra muerta la norma superior. Porque si tal sucede, nos encontramos ante una peligrosa inactividad material de la Administración que, por otra parte, abre paso —o puede abrir paso— al control jurisdiccional.

La presencia, poco menos que habitual, de normas incompletas ha sido detectada ya por la doctrina extranjera desde hace muchos años. En palabras de K. LARENZ (20), «no toda proposición es una proposición jurídica completa. Algunas proposiciones sirven sólo para determinar más detalladamente el supuesto de hecho, un elemento del supuesto de hecho, la consecuencia jurídica de varias proposiciones jurídicas; algunas de ellas se proponen litar una proposición jurídica formulada de modo general; otras *no expresan directamente la consecuencia jurídica, sino que, por lo que a ello respecta, remiten a otra proposición jurídica*. Todas estas proposiciones son, *como proposiciones jurídicas, incompletas*, a pesar de que lingüísticamente son proposiciones completas. El que sean proposiciones jurídicas incompletas quiere decir que participan del sentido de validez de la Ley (pretenden ser observadas), es decir, no son proposiciones declarativas, sino partes de órdenes de validez, pero *sólo desarrollan su fuerza constitutiva, fundamentadora de consecuencias jurídicas, en conexión con otras proposiciones jurídicas*».

Fenómeno que, desde otra perspectiva, también había sido observado entre nosotros por MEILÁN GIL (21), quien ha puesto de relieve la habitualidad con que la norma no sólo necesita de un desarrollo nor-

(20) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1962, pp. 174-175, citado por NIETO (con subrayados propios), en «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 100, I, 1983, p. 389.

(21) *La distinción entre norma y acto administrativo*, 1967, p. 45.

mativo posterior y de rango inferior, sino también de «elementos desgajados» de naturaleza normativa originariamente dudosa, pero que la alcanzan como consecuencia de su integración en la norma que completan: «Pocas veces, me atrevería a decir, la norma administrativa aparece encapsulada en una disposición única. Es preciso reconstruir la regla, uniendo distintas disposiciones de concreción gradualmente distinta. La norma, entendida como regla jurídica completa, aparece así escendida en varias disposiciones; o lo que es lo mismo, algunos de sus elementos aparecen formalmente desgajados de la misma. Estos elementos tienen carácter y entraña normativa. No son aplicación de la norma sino desarrollo de la misma. Son elementos integrantes de la norma, aunque desgajados de ella, la completan».

Para comprobar la importancia de lo que se está diciendo basta repasar el artículo tercero de la Ley de Medidas para la reforma de la función pública de 2 de agosto de 1984, en la que se encomienda al Gobierno:

- la potestad reglamentaria (núm. 1);
- establecer directrices para los órganos administrativos [núm. 2, letra a)];
- determinar instrucciones [letras b) y c)];
- fijar normas [letra d)];
- aprobar criterios de coordinación [letras e) y f)];
- aprobar la oferta de empleo [letra g)];
- aprobar la estructura en grados del personal, los intervalos de niveles de puestos de trabajo y los criterios generales de promoción profesional de los funcionarios [letra h)].

Es decir, que si el Gobierno no realiza estas actividades (sean normativas en sentido estricto o meros elementos desgajados), la Ley de Medidas queda en letra muerta y pierde su operatividad. A lo que hay que añadir, naturalmente, las subsiguientes actividades de los demás órganos de la Administración.

Vistas así las cosas, fácil es comprender la importancia de una inactividad material normativa de la Administración. Porque si el Gobierno no dicta los necesarios reglamentos ni aprueba las demás medidas, resulta evidente, como acaba de indicarse, que la Ley queda paralizada en cuanto que carece de desarrollo y cumplimiento.

Debiendo hacerse notar, además, que con esta inactividad no se produce, siempre y necesariamente, perjuicios a los derechos e intereses individuales de los funcionarios. Es el interés público el que sale, sin embargo, perjudicado en todo caso. Pensemos en la ausencia de las relaciones de puestos de trabajo previstos en el artículo 15. A decir verdad, que los resultados de tales relaciones (todavía no aprobadas) pueden beneficiar, desde luego, pero también perjudicar a los funcionarios titulares actuales de un puesto de trabajo. Pero lo que es indu-

dable es que sin ellas la Función Pública queda al margen de la nueva regulación legal, que se convierte en algo perfectamente inútil.

Sistemáticamente pueden aislarse tres variantes de inactividad normativa, según que se refieran a una pasividad en el dictado de leyes, de reglamentos o de elementos complementarios de una norma.

A) La pasividad legislativa no entra obviamente en el concepto de inactividad *de la Administración*, aunque pudiera pensarse en el caso límite de ausencia de aprobación de Decretos legislativos ordenados por el legislador con un plazo determinado: plazos que con harta frecuencia no se cumplen. La inactividad normativa parlamentaria es un supuesto ordinario en nuestra realidad. La Constitución ha previsto la aprobación de un largo repertorio de leyes, que, pese al tiempo transcurrido, siguen sin aparecer, empezando por el Estatuto de los funcionarios públicos, previsto en el número 18 del artículo 149.1.

Sea como fuere, con esta pasividad se plantea un delicado problema al Tribunal Constitucional, puesto que parece más propio que el control sea ejercido en el ámbito político. Ahora bien, pese a todas estas dificultades, es claro que el mandato constitucional no tiene sólo naturaleza política sino estrictamente jurídica, desde el momento en que la Constitución es una norma jurídica, cuyo aseguramiento está encomendado a dicho Tribunal. Y si el Tribunal Constitucional está capacitado para controlar los excesos positivos del legislador, no hay razón alguna sustancial para que se inhíba de las irregularidades producidas por la pasividad.

Lo que sucede aquí es que el ámbito de la discrecionalidad del legislador es enorme, máxime si tenemos en cuenta que la Ley no desarrolla en sentido estricto a la Constitución (como hace el Reglamento respecto de la Ley), sino que se mueve una zona muy amplia, dentro de la cual puede pronunciarse con gran libertad, escogiendo la solución, dentro de las muchas posibles, que en el momento concreto considere la más acertada. De lo cual se deduce inevitablemente la imposibilidad de un Tribunal de sustituir con su criterio el del legislador. Si una ley ha sido ya dictada, resulta al Tribunal relativamente fácil comprobar si ha cometido una infracción constitucional; pero, mientras no exista, no puede pronunciarse sobre la infracción de un contenido que se desconoce. Pero, en cambio, es evidente que *el no dictado de la ley constituye por sí mismo una infracción constitucional*. De aquí que en el mejor de los casos a lo que más podría llegar el Tribunal Constitucional es a declarar esta inconstitucionalidad.

En el Derecho alemán se ha producido una jurisprudencia constitucional, ciertamente vacilante, en la que se admite la posibilidad de, en estos casos, acudir al Tribunal Constitucional ejerciendo una acción declarativa en tal sentido y hasta una *Vornahmeklage* (22); distinguién-

(22) Pueden verse ejemplos en el *Comentario a la Constitución* de MAUNZ, art. 1.III.95.



dose también entre una pasividad absoluta del legislador y una pasividad relativa, es decir, el supuesto en el que, dictada una ley, ha omitido la regulación de una materia concreta: en cuyo caso se admite sin grandes obstáculos la intervención judicial (23). Pero, con todo, sigue sin resolver el problema del alcance de las facultades del Tribunal. A este propósito los autores ponen de relieve cómo el Tribunal Constitucional —en caso, bien es verdad, de declaración de inconstitucionalidad de una ley— puede señalar un plazo para que el Parlamento cumpla con su obligación de dictarla; y hasta se conocen ejemplos en los que la sentencia tiene previsto un texto legislativo propio para la hipótesis de que el Parlamento deje transcurrir el plazo señalado sin cumplir su deber de citar la ley (24).

Por lo que se refiere al Derecho español, es evidente que aquí la cuestión dista mucho de estar madura y que aún falta un gran camino por recorrer antes de poder presentar sugerencias concretas. Pero el caso no es, desde luego, inédito, como lo prueba la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1983.

En los autos se relata cómo una serie de aviadores del ejército republicano se dirigieron al Consejo de Ministros solicitando que el Gobierno adoptara las medidas oportunas y se dispusiera lo conveniente, a fin de hacer desaparecer las discriminaciones de que los recurrentes creían ser objeto por comparación con los derechos reconocidos a los funcionarios civiles de la república. No contestada su petición, se dirigieron al Tribunal Supremo, quien se declaró incompetente. Contra esta sentencia interpusieron recurso de amparo solicitando del Tribunal Constitucional que «declare que el gobierno y demás poderes públicos deben adoptar las medidas y disponer lo conveniente para que a los aviadores y militares de la república se les aplique la amnistía en la misma medida que a los funcionarios civiles».

El recurso fue desestimado por considerar, al igual que había hecho el Tribunal Supremo, que «sólo el legislador podrá, mediante la promulgación de nuevas normas, conferir efectos a los nombramientos obtenidos al amparo de unas disposiciones que no se han integrado en el Ordenamiento Jurídico, y esto dentro de lo que el legislador, en unas consideraciones de los variados supuestos, determine cuáles son los que reúnen las condiciones equiparadoras».

Partiendo de esta afirmación, la sentencia declara: a) «la omisión... cuya autoría se atribuye al gobierno, no se enlaza con una propia actuación administrativa y, obviamente, con el ejercicio de la potestad reglamentaria, que es lo sometido al control de la jurisdicción conten-

(23) W. MAYER, en los *Comentarios a la Constitución* dirigidos por Von MÜNCH, 1978, art. 100.III, p. 542.

(24) H. H. RUPP, «Art. 3 GG als Masstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, 1976, pp. 386-389.

cioso-administrativa... pues lo que sustituye al núcleo de la pretensión actora es una queja por no haber hecho uso el gobierno de la iniciativa legislativa o por no haber reanudado otras iniciativas tendentes a un régimen de amnistía de los militares de mayor equiparación al otorgado a los funcionarios civiles»; b) «por otra parte, no estamos en presencia de una actividad política productora en sí de una violación de derecho o libertades, que estaría sujeta al amparo constitucional y, previamente, al control por vía de la Ley 62/1978, atribuida también a la jurisdicción contencioso-administrativa»; y c) «con ser cierto que el gobierno debe promover las condiciones para la efectividad de los derechos fundamentales, no podrá decirse que en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa pueda articularse una pretensión como la que se hizo valer ante el Tribunal Constitucional, dirigida a provocar una acción legislativa que estableciera una amnistía».

En definitiva, el Tribunal Constitucional se inhibe por remisión al ámbito de lo contencioso-administrativo y por considerar que dentro de este ámbito no podía enjuiciarse un conflicto que afectaba directamente al legislativo. Planteamiento de exquisita formalidad que elude deliberadamente el problema. Porque planteadas así las cosas, resulta evidente que no hay modo de llegar al control de la pasividad legislativa.

B) La *inactividad reglamentaria* es un estado habitual en la vida española, puesto que buena parte de los reglamentos anunciados, y hasta ordenados, en las leyes, no llegan a aprobarse. En unos casos se tiene la sensación de que el Gobierno ha agotado sus energías con la aprobación de la Ley y ya no tiene ánimos para seguir adelante; mientras que en otros parece evidente que el Gobierno disiente de la Ley y de forma deliberada se niega a hacerla efectiva mediante el simple arbitrio de no reglamentarla, con lo cual consigue fácilmente bloquear sus efectos, cuando el reglamento interpuesto, como sucede con frecuencia, es un requisito indispensable para la operatividad de la norma superior.

Esta deliberada resistencia del Gobierno frente a la Ley es políticamente muy grave y tiene una trascendencia jurídica incalculable. Parece inconcebible, en efecto, que el propio Gobierno se alce deliberadamente, e incumpla la Ley; pero así sucede. Con el resultado —tantas veces puesto de relieve— de que la Ley queda en letra muerta. Pues bien, si el cumplimiento de la Ley es inexorablemente exigible a los ciudadanos, no es fácil explicar que no se exija también al Gobierno. Máxime si tenemos en cuenta que aquí no media la circunstancia de la amplia discrecionalidad de que goza el legislador frente a la Constitución. Los reglamentos sólo son relativamente discrecionales, dado que no tienen demasiadas opciones de elección y han de seguir puntualmente las directrices de la norma superior.

La situación es, con todo, la misma que ya se ha reiterado. Cuando existe el reglamento, los Tribunales contencioso-administrativos controlan con absoluta naturalidad sus excesos y hasta en alguna ocasión aislada no han vacilado en acordar un texto que sustituya al anulado. Pero aún no se han decidido a controlar la pasividad normativa.

Y, sin embargo, la sentencia de condena resulta elemental. Y en ocasiones también parece muy fácil incluir en la sentencia un precepto positivo, que sustituya la omisión reglamentaria, al menos cuando las directrices de la Ley son lo suficientemente precisas y con ello se consigue desbloquear la parálisis de la Ley y hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma.

El Tribunal Constitucional (aunque sea en otro contexto, es decir, en la cuestión de si los reglamentos entran en la «legislación» o en la «ejecución» aludidas en el artículo 149.1 de la Constitución) ha subrayado la conexión que media entre ley y reglamento, en cuanto que forman parte, como eslabones inseparables, de un mismo proceso normativo: «no puede desconocerse el carácter que la moderna doctrina atribuye a la potestad reglamentaria como una *técnica de colaboración de la Administración con el poder ejecutivo* en la ordenación de la sociedad, que *relativiza la distinción entre los productos normativos de la Administración con mero valor reglamentario y los que adquieren fuerza de ley* y acentúan, por el contrario el elemento de la delegación legislativa que habilita a la Administración para ejercitar facultades normativas» (sents. de 4-5 y 14-6-1982). Posición que facilita indudablemente el control de la pasividad reglamentaria en cuanto que se encuentra vinculada muy estrechamente a la norma superior.

C) Conforme vamos descendiendo la escala jerárquica aumentan obviamente las posibilidades del control judicial, que son ya relativamente sencillas en lo que se refiere a los elementos no normativos integrados en una norma. Aquí, como en los casos anteriores, no existe tampoco un obstáculo esencial al control; pero, en cambio, tienen menos fuerza ya los obstáculos reales que en los otros supuestos se oponían a su factibilidad, aun sin desconocer la importancia que tiene a estos efectos la heterogeneidad de tales elementos.

Cuando se trata de elementos fundamentalmente reglados, con escaso margen de discrecionalidad administrativa y de posible concreción individualizada, el control judicial es muy sencillo. Volviendo, una vez más, al paralelo del control de los actos expresos, es de notar que los Tribunales nunca han tenido empacho en sustituir con su decisión el elemento administrativo que previamente han anulado. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la determinación de los coeficientes multiplicadores de las retribuciones de los funcionarios (cfr. la sent. de 28-2-1977, que cita otras muchas anteriores en el mismo sentido).

Cuando la ausencia de una decisión administrativa pone en peligro

la efectividad del sistema legal o el reconocimiento de un derecho individual, los Tribunales contencioso-administrativos pueden dictar por su cuenta el acto omitido y nadie debe sorprenderse de ello. Porque conviene insistir en algo muy importante: la inactividad de la Administración nunca puede suponer un plus de dificultad al control jurisdiccional, como hasta ahora viene entendiéndose y aun practicándose, antes al contrario: los Tribunales están facultados para compensar la inactividad material de la Administración, en cuanto que ésta se coloca en una posición irregular mucho más grave que la que se deduce del dictado de un acto administrativo (o reglamento o elemento no normativo integrado en una norma). Y si estos actos son controlables, con mucha más razón han de serlo las inactividades.

## VI. CONCLUSION: ESQUEMA PROCESAL

Al llegar al final de este largo recorrido teórico —y sin perjuicio de los puntos que no han sido tratados y de la desigual atención que se ha dedicado a los que han ido surgiendo—, estamos ya en condiciones de trazar un esquema procesal de las reacciones individuales que pueden residenciarse entre los Tribunales contencioso-administrativos.

A) Por lo pronto, ha quedado claro que, además de los remedios políticos y de los propios de otras jurisdicciones, existe la posibilidad de acceder a los Tribunales contencioso-administrativos solicitando un control de la inactividad material de la Administración. La legitimación es en este punto muy amplia, puesto que la inactividad puede afectar a derechos e intereses individuales, generales o colectivos, todos ellos suficientemente legitimadores.

B) Cumplido el requisito de la legitimación cuando resulte necesaria, queda por determinar el objeto del recurso, que es determinado por la conversión de la inactividad material originaria en una inactividad formal, que ya resulta impugnabile con arreglo a las fórmulas ordinarias de la jurisdicción. La conversión se realiza mediante la provocación de un «silencio», cuando se trata de la omisión del dictado de un acto administrativo, o bien mediante una simple denuncia, cuando la inactividad se refiere a actuaciones materiales difícilmente convertibles en un acto concreto. La denuncia desatendida permite el acceso directo a la jurisdicción contencioso-administrativa.

C) La pretensión procesal puede dirigirse al reconocimiento de una situación jurídica individualizada, consecuente a la anulación del acto presunto provocado por el silencio administrativo. Pero también puede solicitarse una sentencia de condena, conectada o desconectada con la declaración anterior, en la que se ordene a la Administración que rompa la inactividad denunciada y que actúe.

D) Incidentalmente puede solicitarse que el Tribunal adopte las medidas necesarias para que cesen inmediata, pero provisionalmente, los efectos producidos por la inactividad material, incluso aunque no medie un silencio administrativo formal. Estas medidas provisionales se traducirán de ordinario en una orden dirigida a la Administración.

E) El contenido de la sentencia puede adoptar las siguientes modalidades, según sea la pretensión ejercida: *a)* Anulación del acto administrativo presunto y eventualmente el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, incluida la indemnización de daños y perjuicios; es decir, un régimen de inactividad formal equiparado al de la impugnación de actos administrativos y disposiciones generales. *b)* Para el supuesto de la inactividad material en sentido estricto, condena a la Administración, ordenándola que cese en su inactividad, con la posibilidad de insertar instrucciones concretas sobre el alcance de la actividad que debe realizarse; y eventual señalamiento de daños y perjuicios.

\* \* \*

A la hora de hacer un balance de lo que ha sucedido con este tema en los últimos veinticinco años, se tiene una sensación ambigua de desconsuelo y esperanza. Porque, por un lado, se ha avanzado muy poco en la clarificación teórica y en el control real de la inactividad material de la Administración, donde está casi todo por hacer. Pero, por otro lado —y tal es el aspecto positivo—, se ha tomado, al menos, conciencia de la gravedad del problema y de las consecuencias de una actitud pública incongruente, que, al tiempo que axfisia a los ciudadanos con sus intervenciones y los deslumbra con sus promesas y compromisos de renovación social, incumple descaradamente sus obligaciones, cuando se las exige con rigor a los particulares.

Así las cosas, se aprecia en los Tribunales una decidida voluntad de romper con la situación anterior, abandonando los esquemas tradicionales que les condenaban a permanecer inactivos ante la inactividad de la Administración. Hoy ya nadie se considera satisfecho con el viejo mecanismo de la conversión de una inactividad material en otra formal impugnabile. Esta es una solución tan aguda como útil, pero que sólo cubre un área de la realidad, dejando sin protección a los supuestos más numerosos e importantes.

De lo que se trata, por ende, es de encontrar una fórmula general aplicable a las demás hipótesis de inactividad material de la Administración, actualmente desguarnecidas. Y esta es la gran tarea que ha iniciado —casuísticamente y, por así decirlo, a tientas— la Jurisprudencia, a la que conviene que ayude con urgencia la Doctrina. Porque las dificultades que se van encontrando son ciertamente muy grandes,

dado que el sistema jurisdiccional anterior no tenía prevista esta contingencia.

A tal efecto, lo primero que ha habido que hacer ha sido desmontar los obstáculos legitimadores, que hasta ahora venían cerrando el acceso a los Tribunales para solicitar la protección frente a la inactividad administrativa. Y en este punto hay que reconocer que con las nuevas técnicas de ampliación de la legitimación y, sobre todo, con la posibilidad de una legitimación por denuncia, se ha dado un paso de gigante.

Superada esta barrera procesal, queda aún por determinar el alcance de las potestades judiciales sobre la Administración inactiva. Un aspecto en el que —forzoso es confesarlo— aún se ha avanzado muy poco, puesto que la clarificación teórica sigue siendo mínima. En mi opinión (y tal como se ha expuesto pormenorizadamente más arriba), la clave del problema —y, por ende, la clave de la solución— se encuentra en la variedad tipológica de las inactividades, cada una de las cuales merece un tratamiento distinto, que en último extremo depende de la «factibilidad» de la sentencia. Y es aquí donde habrá que seguir insistiendo.

En cuanto al contenido de la sentencia, es evidente que ha de girar sobre un pronunciamiento condenatorio cuando la naturaleza de la inactividad no permita que sea suplida directamente por la actividad judicial. Parafraseando a Hauriou puede decirse que, como consecuencia de la condena, la Administración «o actúa o indemniza». Ahora bien, si nos colocamos en el terreno de la indemnización, corremos el riesgo de caer en un individualismo sin salida. Porque de ordinario no se trata de conseguir una indemnización, sino de lograr que la Administración cumpla con sus obligaciones legales, que con frecuencia tienen efectos para toda la colectividad. Otro aspecto todavía demasiado inmaduro teóricamente.

En definitiva, todavía queda mucho camino por recorrer, aunque lo importante es la decidida voluntad de seguir avanzando. Confiemos que no haya que esperar otros veinticinco años para constatar que las dificultades ya han sido resueltas y para arrinconar este tema, hoy tan acuciante, en las bibliotecas de la Historia del Derecho.