

LA OBLIGACION DE LA ADMINISTRACION DE DICTAR RESOLUCION EXPRESA. POSIBILIDADES DE LA RECLAMACION EN QUEJA

35.078.19

por

José-Mario Corella Monedero

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONFIGURACION SOCIOLOGICA DE LA OBLIGACION DE RESOLVER.—III. REMEDIOS CONTRA LA INACTIVIDAD. LA DOCTRINA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO. IV. LA QUEJA: 1. LA QUEJA COMO ACTO DE IMPULSION. 2. LA QUEJA COMO PETICION.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

Cuando se requiere, para que se ponga en marcha el aparato jurisdiccional enjuiciando a la Administración, que ésta se haya manifestado en un determinado sentido, no cabe duda que el acto administrativo adquiere unos caracteres especiales en orden a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, sin acto administrativo no puede haber proceso contencioso-administrativo (1), y, aunque nuestra Ley de la Jurisdic-

(1) *Vid.* CLAVERO ARÉVALO, M. F., «El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de los actos en que la Administración no entró en el fondo del asunto», en *Revista de Administración Pública*, número 42, septiembre-diciembre 1963, págs. 217 a 220; y NIETO, A., «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, mayo-agosto 1963, págs. 75 y sigs.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. («Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», en *Revista de Administración Pública*, núm. 55, enero-abril 1968, págs. 66 y sigs.), tras mantener que el contencioso-administrativo en sus orígenes no respondía a la configuración de proceso al acto, como jurisdicción revisora, sino que se trataba

ción va a manifestar en su Exposición de Motivos que no se la ha querido concebir como una segunda instancia, el hecho de que sea revisora —«en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración»— y de que todo el proceso se monte como un proceso «al acto», obliga a la existencia de éste.

Si la Administración, cuando ante ella se formula alguna petición o recurso, no tuviera obligación de resolver, los derechos de los particulares se verían desconocidos totalmente por el hecho de haberse configurado lo contencioso-administrativo como un proceso únicamente admisible «en relación con las disposiciones y acuerdos de la Administración» (artículo 37,1 de la Ley de la Jurisdicción).

En consecuencia, y para hacer efectivo el dogma del Estado de Derecho, de sumisión de la Administración a la norma, configurado el proceso contencioso-administrativo como proceso al acto, debe ser requisito para la eficacia del mismo que la Administración tenga obligación de resolver las peticiones y recursos de los administrados, pues de otro modo se produciría una indefensión de éste contraria a ese principio de sometimiento del Estado al Derecho.

Así, la Administración tiene el *deber* de dictar una resolución expresa en todo caso. Pero esta obligación sería ilusoria, no tendría efecto alguno, si el ordenamiento jurídico no arbitrara las fórmulas para hacer efectiva la misma.

De estas fórmulas y de cómo se articulan en nuestro Derecho positivo se va a tratar seguidamente.

«de un proceso contencioso al servicio directo de la resolución de cuestiones conflictivas y no de la apelación o revisión de actos administrativos ejecutorios», concluye en que para un mayor perfeccionamiento de la justicia administrativa sería necesario o conveniente negar el principio de decisión ejecutoria en mayor número de supuestos, extendiéndose tal negativa a «todos aquellos en que la trascendencia de la medida a tomar o de la importancia del conflicto así lo aconsejen».

MARTÍN MATEO, R., en «Derecho administrativo y materia contenciosa» (*Revista de Administración Pública*, núm. 55, págs. 116 y 117) se preocupa de establecer cómo no todos los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y cómo tal control se ejerce, por otra parte, en relación con actos no sujetos a tal normativa.

En definitiva, la afirmación del texto debe entenderse en términos genéricos, salvando las posibles excepciones históricas y actuales e incluso la posibilidad de que en el futuro fuera deseable un proceso contencioso-administrativo sin la previa existencia de la *décision préalable*. En este sentido podría interpretarse el artículo 83, 2, del Proyecto de reforma de la Ley del Suelo cuando afirma que «... procederá el recurso contencioso-administrativo para fijar la indemnización que pueda corresponder a quienes hubieren resultado perjudicados, con cargo a los favorecidos».

II. CONFIGURACION SOCIOLOGICA DE LA OBLIGACION DE RESOLVER

La Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 manifiesta en su Exposición de Motivos cómo el texto no desdeña «las garantías jurídicas que el Estado deba a los administrados, y de ello es buena prueba toda la Ley, y en especial los títulos dedicados al procedimiento y a los recursos administrativos; pero tiene en cuenta —sigue diciendo— que las citadas garantías, cuando se instrumentan tan sólo como protecciones formales, no alcanzan ni con mucho el fin perseguido, al ser compatible con demoras y retrasos, molestias innecesarias y perturbadoras, excesivo coste e ineficacia de los servicios y, en fin, como una variada gama de verdaderos perjuicios que redundan tanto en el de los particulares como en el de la propia Administración».

Sienta, en consecuencia, en su artículo 29, los tres principios fundamentales de la actuación administrativa: economía, celeridad y eficacia. Y para que tales principios se desarrollen adecuadamente obliga a las autoridades superiores de cada centro o dependencia a velar, con respecto a sus subordinados, por el cumplimiento de esas normas de actuación, sirviendo, incluso, el precepto del párrafo 1.º de este artículo 29 como «criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento».

La legislación de Administración local, piedra de toque de reformas que más adelante se han llevado a cabo en la Administración del Estado, también en este aspecto se anticipa en más de un lustro haciendo una afirmación semejante en el artículo 257 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales, donde se lee: «La tramitación administrativa deberá desarrollarse por procedimientos de economía y eficacia técnica y legal, que estimulen el diligente funcionamiento de la organización de las Entidades locales», siendo una de las funciones del Servicio de Inspección y Asesoramiento el estudio y exposición de procedimientos que entrañen economía y eficacia (artículo 354,2 de la Ley de Régimen local).

Pero economía, celeridad y eficacia son términos vacíos de contenido si, de una parte, no se arbitran medios para los supuestos en que los agentes de la Administración olvidan los principios a

que han de ajustarse en su actividad, y si de otra no se consigue en los «administradores» un sentimiento de servicio de tal forma que no se sientan dictadores a través del cargo, sino servidores desde el cargo.

Porque no cabe duda que, a pesar de todas las normas y de todos los dispositivos legales para hacer efectivo el principio de celeridad, economía y eficacia, si las personas que han de aplicarlo toman sus sustitutivos como fines en sí mismos, poco o nada se habrá avanzado en el camino para conseguir una Administración servidora de los intereses públicos y de los intereses del público (2).

Quizá sea necesario pensar, con el profesor MARTÍN MATEO, que «cuando las leyes no bastan, pese a lo depurado de sus instrumentos y a lo loable de sus objetivos, quiere decirse que la sociedad en su conjunto, de la que proceden, en definitiva, los ejecutores de la ley, no ha tomado conciencia de los males que se pretenden evitar» (3).

Y esa falta de toma de conciencia quizá se deba a la propia Administración, que ha olvidado un principio no contenido en ninguna norma jurídica concreta, pero que nace de la etimología de las dos palabras que informan su actuación: *servir*, que es lo que significa en último término administrar, y *dar la mano*, que es la significación de mandar. La Administración, así, debe servir ayudando, y para ello hace falta que esa ayuda en el servicio surja no sólo de los principios jurídicos recogidos positivamente, sino de principios morales que no deben estar ausentes en el obrar administrativo. Así, economía, celeridad y eficacia son principios no para la Administración, sino para el administrado, y pues que el procedimiento de toma de decisiones de la Administración ha de hacerse contemplando a éste, el propio administrado tiene un derecho fundamental a conocer el actuar de la Administración, no

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que «la reforma de la Ley de Procedimiento administrativo por la Ley de 2 de diciembre de 1963 fue utilizada confesadamente para resolver el problema por esta jurisprudencia creado, que determinó un abandono de multitud de recursos, según fue notorio, y que dio lugar inmediatamente a una utilización descarada del silencio por la Administración para no resolver y para vedar el acceso de los interesados a los Tribunales contenciosos, experiencia insuperablemente expresiva» (Vid. «Sobre silencio administrativo y recurso contencioso», en *Revista de Administración Pública*, núm. 47, mayo-agosto 1965, pág. 215).

PARADA VÁZQUEZ, en «Privilegio...», cit., afirma: «... y también para los supuestos de inactividad de la Administración debería administrarse un recurso directo, pues de otra forma la pasividad administrativa no puede ser nunca enjuiciada debidamente, como NIETO ha demostrado con todo rigor».

(3) Vid. «Cuando las leyes no bastan...», en *Ciencia Urbana*, núm. 3, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969.

sólo en lo que a él le afecta, sino en todo aquello en que la propia Administración interviene. El administrado, entonces, debe conocer a la Administración, y para ello ésta debe *informar* al administrado (4).

Ahí está contenido el segundo principio de la actuación administrativa: el principio de la información, información que no solamente es aclarar trámites, presentar proyectos, ofrecer participación, sino que es también provocar en el administrado la confianza previa.

Nos encontramos ahora con otro tríptico en que el principio de información se desarrolla: confianza previa, información propiamente dicha y participación (5).

Al objeto del estudio que se realiza, nos vamos a fijar únicamente en el primer aspecto: el de confianza previa del administrado en la Administración. Esta confianza, triste es afirmarlo, no existe. La información, las reformas administrativas, las propagandas sobre los procedimientos, el diálogo que se quiere entablar por la Administración con los administrados, falla en cuanto que éstos escuchan, cuando lo hacen, pensando en su caso, en el caso que anteriormente les afectó más o menos directamente.

Y poca efectividad puede tener cara a los particulares hablar de normas de economía, celeridad y eficacia; poca efectividad puede tener la información, cuando la confianza ha desaparecido como consecuencia de falta de información, como consecuencia de la falta de resolución por la Administración de peticiones o recursos de los administrados; ha desaparecido, porque en otras ocasiones la Administración usó del silencio y al administrado no le vale que le hablen de «silencio administrativo», no le sirve presuponer: quiere y tiene derecho a conocer.

De ese principio de información cabría destacar una faceta que las más de las veces no se tiene en cuenta. Cuando se habla de información de la Administración se piensa siempre en la publi-

(4) Vid. SIGUÁN, M., «La Administración y el público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 41, mayo-agosto 1963, págs. 14 y sigs.

(5) Vid. SIGUÁN, M., *op. cit.*, págs. 12 y 13. Sobre la equiparación de los términos «comunicación» y «participación» puede verse W. A. ROBSON, «Los problemas de la comunicación en la Administración moderna», en *Documentación Administrativa*, núm. 73, Madrid, enero 1964.

En general, sobre información de la Administración al administrado y la colaboración de éste con aquélla versan las ponencias desarrolladas en el Primer Coloquio Internacional sobre Información Administrativa, recogidas en *Documentación Administrativa*, núms. 91-92, julio-agosto 1965, debidas a HERNÁNDEZ SAMPELAYO, ANSON OLIART, DEL PORTILLO, M. MARCEAU LONG, VITO LUPO, J. WALRAVEN y M. A. FAUDE.

cidad de sus actos, en la dación de cuenta en general, de cómo se desarrolla la actividad administrativa, o bien en la guía de la Administración al administrado a través del laberinto procedimental.

En el primer aspecto se contempla una Administración que, como empresa, usó la publicidad. Es, en cierto modo, la propaganda política o el programa del político, administrativizado.

En el segundo aspecto pensamos siempre en las oficinas de información que deben existir en todas las unidades administrativas de cierta envergadura, como señala el artículo 33 de la Ley de Procedimiento administrativo.

Pero si la obligación de información político-administrativa (propaganda administrativa) y la de información concreta al público que necesita transitar por los servicios de la Administración (información de trámite) son importantes y deben ser la manifestación hacia el exterior de lo que es la Administración y de cómo se actúa ante ella, mucho más importante es la información concreta al administrado respecto de sus peticiones y del estado del trámite de los expedientes en los que personalmente tiene interés.

La Ley de Procedimiento administrativo sienta el principio de que los interesados tienen derecho a conocer, en cualquier momento, el estado en que se encuentra la tramitación del expediente administrativo que les afecte (artículo 62), recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes. Y tienen derecho también a que la Administración les informe definitivamente de las resoluciones que hayan recaído en esos expedientes en que están interesados, es decir, tienen derecho a la resolución del expediente; en definitiva, los particulares tienen derecho a que la Administración emita un acto administrativo, cuando ante ella se ha presentado una petición o una reclamación. El administrado, pues, tiene derecho al acto (6).

La Ley de Procedimiento administrativo regula este derecho al acto de dos formas:

- a) Obligando a la Administración a no demorar la resolución de los expedientes más de seis meses, contados a partir de la iniciación de los mismos (artículo 61).
- b) Obligando a la Administración a dictar resolución expresa

(6) El artículo 94,3 de la Ley de Procedimiento administrativo es claro a este respecto.

en todo caso, incluso fuera del plazo señalado anteriormente y también aunque se haya entablado recurso jurisdiccional como consecuencia de la presunción denegatoria que comporta la aplicación de la doctrina del silencio administrativo.

Sin embargo, esta obligación de dictar resolución, o de emitir el acto administrativo, no es eficaz si el ordenamiento jurídico no establece los medios coercitivos necesarios para hacer efectivo o exigir, en su caso, el cumplimiento de tal obligación, que, insistimos, comporta el correlativo derecho al acto, como derecho subjetivo del administrado.

Si no fuera así, se crearía una situación de indefensión del administrado frente a la Administración. El ordenamiento jurídico ha de prever estas situaciones de pasividad de la Administración y ha de establecer los medios para que, aun produciéndose, se evite que el administrado quede a merced de esa inactividad, haciendo ilusorios sus derechos.

Seguidamente se analizarán esos remedios que la Ley pone al alcance del administrado en su lucha contra la pasividad de la Administración, que además son los vehículos extremos para el ejercicio de ese derecho al acto de que venimos hablando.

III. REMEDIOS CONTRA LA INACTIVIDAD. LA DOCTRINA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

De dos maneras puede ser interpretado el silencio de la Administración: en sentido negativo y en sentido positivo.

Quizá desde el punto de vista del administrado sea más importante el primero de los aspectos, el negativo, aunque el silencio positivo pueda plantear problemas jurídicos de mayor trascendencia al analizarlo desde la perspectiva de la Administración.

Como consecuencia de la adscripción del régimen administrativo español al modelo francés, se configura el recurso contencioso-administrativo como un proceso al acto (7). Se precisa, pues, ya lo hemos señalado al principio, lo que la doctrina francesa denomina la *décision préalable*, es decir, el acto previo de la Administración (8).

(7) Vid. nota 1.

(8) RIVERO, J., en *Droit Administratif*, París, 1970, Ed. Dalloz, afirma: «Le de-

Pero si el Estado de Derecho, de sumisión de la Administración a la norma jurídica, quiere obtenerse en toda su amplitud, se precisan dos condiciones: la primera de ellas que la Administración tenga en todo caso la obligación de contestar a las peticiones y recursos de los administrados, y como consecuencia de ello, que cuando, no obstante el deber que sobre la Administración pesa, ésta no lo cumpla, se arbitren los medios necesarios para bien sustituir la voluntad de la Administración, o bien presuponer que se ha manifestado en un determinado sentido, para contra la presunción poder iniciar la acción jurisdiccional.

El primer supuesto de esta doble posibilidad, para cuando la Administración no expresa su voluntad, pugna con el principio acuñado por MONTESQUIEU, de la separación de poderes. Si la Administración no dicta el acto, ninguno de los otros poderes, el legislativo o el jurisdiccional, pueden sustituirla y dictar por ella el acto.

Por ello, las Sentencias de los Tribunales Contencioso-administrativos, cuando el acto de la Administración no está ajustado a Derecho, no dictan uno nuevo sustitutivo del anterior, sino que o reconocen el derecho subjetivo vulnerado al particular y obligan o condenan a la Administración a reconocerlo (antiguo proceso de plena jurisdicción)(9), o anulan el acto controvertido obligando a dictar uno nuevo que se ajuste al ordenamiento jurídico (proceso de nulidad)(10).

mandeur doit s'adresser d'abord à l'administration; c'est seulement s'il se heurte à un refus total ou partiel qu'il pourra saisir le juge. Le règle de la décision préalable est donc l'obligation faite au plaideur, préalablement à tout recours contre l'administration, de solliciter d'elle une décision sur la prétention qu'il se propose de soumettre au juge. Elle est sanctionnée par l'irrecevabilité du recours auquel ne serait pas jointe la décision de l'administration».

Pero tal «decisión préalable», «... ne trouve son véritable intérêt et sa véritable justification que dans le recours de plein contentieux. Dans le recours pour excès de pouvoir le problème de la décision préalable no se pose pas, puisque, par définition, le recours est dirigé contre un acte administratif... le recours pour excès de pouvoir peut être directement intenté contre l'acte faisant grief. Au contraire, dans le recours de plein contentieux la décision préalable est une nécessité. Le requérant doit la susciter avant d'agir, c'est lui qui la provoque et qui oblige l'administration à statuer...». (Vid. AUBI, J. M., y DRAGO, R., *Traité de contentieux-administratif*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1966, vol. III, páginas 181-182).

(9) Vid. MARTÍN RETORTILLO, C., *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, Ed. Aguilar, Madrid, 1951, págs. 199-204.

(10) Únicamente por excepción, el poder judicial sustituye a la Administración, formulando el acto una vez anulado el previo acto administrativo recurrido. Un ejemplo lo tenemos en nuestra legislación local, cuando el artículo 726 de la Ley de Régimen local establece que los fallos de los Tribunales Contencioso-administra-

Nuestro Derecho positivo, en la línea señalada, sienta el principio de obligación de contestar que recae sobre la Administración en cualquiera de sus escalones territoriales o jerárquicos y arbitra los medios para cuando la Administración no se pronuncia debiendo hacerlo.

En el primer caso, la Ley de Procedimiento administrativo indica en su artículo 61 el plazo máximo de duración de los expedientes, señalando que los funcionarios responsables incurrirán en responsabilidad, pudiendo imponérseles las oportunas sanciones (11). Antes de la publicación de este precepto, el artículo 289,2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones locales señalaba el plazo máximo de treinta días para la resolución de cualquier expediente, excepto si exigiese trámites especiales.

También se establece en la legislación general aplicable a la Administración del Estado y en la específica de las Entidades locales, la obligación de resolver que recae sobre los entes administrativos (artículos 94,3 de la Ley de Procedimiento administrativo y 373 de la Ley de Régimen local). En consecuencia, hay obligación de resolver, y de resolver en el plazo legalmente establecido.

No obstante, las circunstancias por las que atraviesa la Administración pública, el cúmulo de funciones y de trámites, muchos de ellos inútiles, y la burocratización de las dependencias administrativas, hace que se incumplan preceptos tan terminantes, llegándose a estimar, indebidamente, el silencio de la Administración como un derecho que asiste al órgano administrativo para sustituir su decisión negatoria expresa por una del mismo sentido consolidada por el transcurso del tiempo.

BOLEA FORADADA (12) ha analizado las posibles causas que ori-

tivos deberán expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados que contengan las Ordenanzas fiscales.

Otro supuesto es el de inscripción de fincas en el Registro Municipal de Solares y otros Inmuebles de Edificación Forzosa, que podrá realizarse cuando el Tribunal lo acuerde por causas distintas a las tenidas en cuenta por la Administración, aunque aquí no se modifica el acto administrativo, sino su fundamentación exclusivamente.

(11) BOQUERA OLIVER estima que la doctrina del silencio administrativo y el principio de responsabilidad del funcionario por infracción de normas de procedimiento «será suficiente garantía del particular en los casos que ahora atiende la queja» («Del recurso de queja a la queja», en *Revista de Administración Pública*, núm. 27, septiembre-diciembre 1958, págs. 199-200).

(12) *Vid.* «El retraso de la Administración y el silencio administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 51, septiembre-diciembre 1966, págs. 303 y sigs., y en especial, págs. 304 a 307.

ginan el silencio de la Administración y las concreta en las siguientes:

- 1.º El exceso de trabajo de los órganos administrativos.
- 2.º La negligencia o desidia de los funcionarios.
- 3.º La abstención voluntaria del órgano competente.
- 4.º La abstención originada por falta de competencia de los funcionarios.

Otra causa podría añadirse, y es la descoordinación entre los diferentes órganos de la Administración o entre administraciones de distinto orden, que en definitiva es, como la primera de las señaladas por el autor citado, consecuencia directa y exclusiva del mal funcionamiento de los servicios públicos.

Las medidas contra el retraso establecidas legalmente parece que no son eficaces, sobre todo cuando se debe tal retraso o tal silencio a una abstención voluntaria del órgano administrativo competente para dictar la resolución. Por ello se necesita otra serie de medidas jurídicas unas (las presunciones positivas y negativas), y de sociología de la Administración, otras.

El propio BOLEA FORADADA (13) señala las siguientes:

- a) Creación de un «clima» contrario al retraso.
- b) Penalización de ciertas conductas de los funcionarios.
- c) Ampliación de los plazos dentro de los cuales el administrado puede recurrir contra los actos presuntos.
- d) Imposición de costas a la Administración en los recursos promovidos contra actos presuntos.
- e) Responsabilidad de la Administración derivada del retraso.

Sin embargo, cualquiera de estas medidas encontrará en la Administración o en la picaresca administrativa un camino de escape, de manera que pueda llegarse a las mismas consecuencias y situaciones actuales, que son precisamente las que se trata de evitar.

Por ello hay que articular una serie de medios jurídicos, incluso jurisdiccionales, para lograr de la Administración una resolución o para conseguir, en su caso, la anulación de la resolución presuntamente dictada. A ello tienden las instituciones del silencio administrativo negativo y positivo.

Para evitar la situación de indefensión que puede crear la Administración al no resolver o retener indefinidamente la resolución

(13) *Op. cit.*, págs. 313 a 318.

que afecta al particular, se crea legislativamente una técnica que tiene por objeto sentar una presunción de resolución denegatoria. Ahora bien, esta presunción no exime a la Administración de su obligación de dictar el acto expreso, como se deduce del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo, y, en consecuencia, puede afirmarse que el silencio negativo está articulado como una ficción legal con efectos procesales exclusivamente (14), con el fin de facilitar al particular la revisión jurisdiccional del acto administrativo o de la inactividad de la Administración.

Así, el silencio negativo es configurado como simple presunción procesal, y de ahí que el transcurso del tiempo para ejercer el recurso contencioso-administrativo frente a lo que por silencio se presume, no tenga el carácter de plazo preclusivo que haga adquirir firmeza a la presumida decisión denegatoria.

De ahí que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1971 haya podido afirmar que la

«... Ley instituye un régimen general de silencio administrativo mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita acudir, *si lo desea*, a dicha jurisdicción, lo cual es, desde luego, una facultad, no una obligación.»

Y la de 12 de noviembre de 1971 indica que

«...este silencio desestimatorio no es susceptible nunca de crear cualquier tipo de firmeza o de situación definitiva, sino una mera presunción legal que sólo puede utilizar a su favor el interesado a efectos de la interposición de los recursos pertinentes, sin perjuicio de que sea facultad suya también esperar la resolución expresa, que la Administración continúa en deber de dictar, porque, a tenor de lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción, es el *interesado* el que podrá "considerar desestimada su petición, al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa", siendo, por tanto, el silencio administrativo una denegación presunta, es decir, una presunción legal y no una declaración de voluntad tácita de la Administración, una forma de pronunciarse ésta que, según prohíbe terminantemente el propio precepto, excluya el deber de dictar una resolución expresa debidamente fundada,

(14) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 53, mayo-agosto 1967, páginas 285 y 286; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre silencio...», cit., págs. 218-220.

no pudiendo, por tanto, utilizarse el silencio para no resolver y vedar el acceso de los interesados a los Tribunales contenciosos, según la práctica a la que confesadamente quiso poner fin la reforma del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo de 2 de diciembre de 1963 —Sentencias 6 y 16 de marzo y 6 abril 1965—, diciendo que la excesiva tardanza de la Administración en pronunciarse no priva al interesado del derecho de recurrir, una vez haya tenido lugar y aun cuando se hubieran agotado anteriormente los plazos para recurrir contra las desestimaciones presuntas, porque la doctrina o normativa de la denegación presunta no significa, en forma alguna, que ésta se haya producido, sino que constituye únicamente una ficción legal en beneficio de los administrados.»

En el mismo sentido se pronuncian otras muchas Sentencias, entre las que cabe destacar la de 10 de mayo de 1969.

Este criterio lo completa la Sentencia de 26 de febrero de 1973; en un supuesto de recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una denegación presunta del de reposición, pero fuera de plazo, el Tribunal Supremo declara la inadmisibilidad del recurso y dice:

«... sin perjuicio de que cuando la Administración cumpla el deber que le impone el número 3 del artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo de dictar una resolución expresa quede abierta, frente a tal acto expreso, la vía jurisdiccional.»

Es una demostración palpable de que no ha existido acto, ni siquiera acto tácito, sino que se produjo, simplemente, una presunción de denegación con efectos puramente procesales, durante un determinado plazo que, no habiéndose utilizado por el administrado precisamente durante el tiempo hábil —se interpuso el recurso contencioso fuera del año desde la fecha de reposición—, ha quedado destruida, siendo inadmisibile el recurso, pero no produciendo efecto de cosa juzgada por dos motivos:

El primero de ellos porque el Tribunal no entró a conocer el fondo del asunto, sino que rechazó por extemporáneo el recurso.

El segundo porque transcurrido el plazo durante el que pudo válidamente presumirse la denegación, y como quiera que la presunción nace de un puro hecho al que la Ley reconoce ciertos efectos jurídicos y que se establece en beneficio del particular, el mal cómputo no puede perjudicarle, y, al no haber acto adminis-

trativo, ni aun tácito, no puede existir control jurisdiccional del mismo.

En consecuencia, si el silencio negativo no es un acto tácito, si no puede hablarse de resolución administrativa por silencio negativo, sino que simplemente es una presunción que puede usar el administrado para abrir la vía jurisdiccional o no usarla esperando la resolución expresa de la Administración, convendrá analizar cómo puede obligarse a los órganos de ésta a dictar dicha resolución.

La Sentencia antes citada de 2 de junio de 1971 indica cómo el trámite puesto a disposición de los particulares, del silencio administrativo, no excluye el deber de la Administración de dictar resolución expresa debidamente fundada.

«Nuestra legislación procedimental (administrativa y jurisdiccional) en la materia —afirma la Sentencia de 23 de mayo de 1972— permite la impugnación de las resoluciones tácitas, pero no excluyen, sino que imponen a la Administración el deber de proseguir las actuaciones en las que ha recaído la resolución presunta» (14 bis).

«La aparición del silencio negativo vino a ser la gran solución de una importante zona de inmunidad a la que la Administración tenía acceso sin más que permanecer inactiva frente a las peticiones y recursos del administrado» (15). Pero, como demuestra la Sentencia de 26 de febrero de 1973, no es una solución total para el administrado. Si éste puede interponer el recurso contencioso-administrativo o esperar la resolución expresa, una vez haya optado por la segunda solución, la inactividad de la Administración seguirá proporcionando a la misma una amplia zona de inmunidad, y precisamente para quienes en virtud de circunstancias económicas y culturales están más necesitados de protección jurisdiccional frente a la Administración (16).

(14 bis) Como se observa, la Sentencia usa indebidamente, a nuestro juicio, los términos «resolución tácita» y «resolución presunta», pues no hay resolución ninguna, sino presunción de tal a efectos jurisdiccionales y presunción de contenido denegatorio.

(15) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *op. cit.*, pág. 281.

(16) En efecto, en supuestos idénticos quien mayor capacidad económica y cultural posee, mayores ventajas obtiene de las instituciones jurídicas.

Pongamos un ejemplo: En un expediente de expropiación por razón de urbanismo, elegido el sistema de tasación conjunta, podemos pensar que todos los afectados recurren en reposición contra los valores aprobados. La Administración, pese a la obligatoriedad que pesa sobre ella, no contesta, y solamente (es la regla

Ciertamente, la Administración debe contestar, pero ¿cuándo? ¿Cómo se puede obligar a la Administración a salir de su pasividad? Porque no puede afirmarse que aquellos que no usaron del beneficio del silencio negativo se hayan conformado con la resolución de la Administración, o, mejor dicho, con la falta de resolución de la Administración, sino que optaron por esperar la resolución expresa. Ahora bien, la opción no les impone la obligación de esperar de por vida.

IV. LA QUEJA

Es uno de los medios que nuestro Derecho positivo pone al alcance de los administrados para obtener resolución expresa.

Cuando la Ley de Procedimiento administrativo, en su artículo 94, establece que la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, arbitra contra la inactividad o, como dice, contra el incumplimiento de ese deber, la reclamación en queja.

Interesa conocer, por ello, cómo juega la reclamación en queja en el procedimiento administrativo, desde el punto de vista de activar la acción de la Administración a fin de obtener una resolución expresa, y conviene analizar su carácter para determinar las posibilidades que pueda tener el reclamante en queja para acceder a la vía jurisdiccional.

«Por no tratarse propiamente de un recurso —dice la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento administrativo—, la Ley regula en lugar aparte la queja, que podrá deducirse siempre que se dé algún defecto en la tramitación del procedimiento»:

El artículo 77 de la propia Ley de Procedimiento administrativo señala que «en todo momento podrá reclamarse en queja contra los defectos de tramitación, y en especial los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados u omi-

general) quien económicamente puede hacer frente a un gasto, no precisamente leve, y quien más conocimiento tiene de la mecánica procedimental, se decide, llegando a tiempo, a recurrir ante los Tribunales. Si a éste se le acepta el recurso y aumenta la valoración, se encuentra en una situación de privilegio, habiendo hecho una inversión rentable. Los demás esperan que la Administración resuelva (porque, además, todavía hay quien confía en la Administración) y resuelva justamente, pero la resolución se demora indefinidamente, sin que puedan los administrados activar la decisión. Así, unas situaciones similares que provocaron inicialmente unos recursos idénticos han dado lugar a soluciones diferentes, quedando malparado el principio de igualdad ante la ley.

sión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto» (17).

En consecuencia, conjugando los dos artículos citados, 77 y 94, podríamos señalar dos tipos de reclamación en queja:

- a) Contra defectos de procedimiento.
- b) Contra el incumplimiento del deber de dictar resolución expresa.

Sin duda, esta última especialidad podría reconducirse a la primera, si consideramos que el deber de dictar resolución expresa es una parte del procedimiento y su incumplimiento una paralización del mismo o una infracción de los plazos preceptivamente señalados. Sin embargo, existe una cierta diferencia que nos obliga a tratarla separadamente. Esta diferencia se aprecia también de la colocación que en el contexto de la Ley tiene la reclamación en queja general —Sección que trata de la tramitación— y la especial contra el silencio —Sección que trata de la terminación—.

Ciñéndonos exclusivamente a esta última, a la reclamación en queja contra el incumplimiento del deber de la Administración de dictar resolución expresa, y ahondando en su naturaleza, podríamos intentar calificar tal reclamación de dos formas:

- Como acto de impugnación, de carácter extraordinario.
- Como petición ante la Administración.

En todo caso, la reclamación en queja se dirigirá ante el superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se *presuma* responsable de la infracción o falta (18). Este precepto obliga al administrado a determinar la autoridad competente para conocer de la reclamación, lo que puede plantear problemas de tramitación

(17) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los recursos administrativos*, Ed. «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1969, pág. 36, donde dice: «Precisamente por no existir un acto administrativo que impugnar no es un recurso la queja, que se regula en el artículo 77 de la Ley de Procedimiento administrativo. También la doctrina del Consejo de Estado ha negado la naturaleza de recurso. Así, en dictamen de 10 de noviembre de 1960...»

«Es más —añade—, nota esencial para que sea admisible la queja es que se deduzca, precisamente, durante la tramitación del procedimiento. Así, una Sentencia de 26 de mayo de 1965 (ponente FERNÁNDEZ VALLADARES) dice: "exige el artículo 77 de la Ley de Procedimiento administrativo que aquella (la reclamación en queja) se deduzca a tiempo de poder subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto"».

(18) Artículo 77.2 de la Ley de Procedimiento administrativo.

si la queja se interpone indebidamente. Por ello sería de desear una concreta determinación de la autoridad o funcionario ante quien haya de interponerse la reclamación. Como garantía para el administrado podría pensarse en la centralización en los Directores generales o en los titulares de los Departamentos ministeriales.

La autoridad u órgano que recibió la reclamación en queja deberá resolverla, si fuera competente, antes de que transcurra un mes desde su presentación, debiendo notificarse al reclamante la resolución que se dicte.

Si la resolución no tiene lugar en el plazo señalado, de un mes, el interesado podrá reproducirla ante la Presidencia del Gobierno (19).

Contra la resolución de la reclamación en queja no procederá recurso alguno (20).

La simple enumeración de los trámites nos revela ya, en cierto modo, la ineficacia de la queja, pues no obstante preverse que podrá provocar la incoación de expediente disciplinario para determinar la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, «todos sabemos para lo que sirven esas platónicas declaraciones de responsabilidad» (21).

Con base en los trámites señalados, analizaremos las dos perspectivas de la queja.

1. LA QUEJA COMO ACTO DE IMPULSIÓN

La queja se admite, en el caso que nos ocupa, contra el defecto de procedimiento que supone la falta de solución expresa por el órgano administrativo que tramita una petición o un recurso. No estamos ante supuestos de defectos concretos de trámite ni de paralización, en un determinado momento, del expediente administrativo. El administrado desconoce los motivos de la falta de resolución, el estado en que se encuentra el expediente, pero conoce un dato, la falta de resolución, que implica el incumplimiento de un plazo global (el de seis meses para la tramitación de todo el expediente).

En los supuestos de que la falta de resolución se produjese una

(19) Artículo 77,5 de la Ley de Procedimiento administrativo.

(20) Artículo 77,3 de la Ley de Procedimiento administrativo. Parece ocioso advertir que se trata de recurso administrativo.

(21) *Los recursos...*, cit., pág. 123.

vez interpuesto recurso de reposición y sea éste el que no se contesta, la queja ofrecerá, desde el punto de vista del administrado, una perspectiva similar: transcurso del plazo de resolución e ignorancia de los motivos de la demora de la Administración para dictarla.

El administrado, entonces, trata de impulsar el procedimiento a través de la queja, de donde nace el calificativo de extraordinario que hemos utilizado para este acto que, en definitiva, sería un acto de trámite ejercitado por el particular al no realizarlo la Administración.

Pero esta estimación va a impedir que la queja pueda ser considerada como uno de los medios puestos al alcance del administrado para luchar contra las esferas de inmunidad de la Administración. La falta de resolución de la reclamación en queja, o la resolución de la misma, pero no de la cuestión principal, deja nuevamente inerte al administrado, consolidando la impunidad administrativa.

2. LA QUEJA COMO PETICIÓN

Desde este enfoque, la queja goza de una característica común a todas las vías de contacto jurídico que tiene el administrado con la Administración: la de ser una manifestación —como el recurso— del derecho de petición.

Puede configurarse esta manifestación del derecho de petición que comporta la queja, como petición, ante la Administración, de reconocimiento de un derecho del administrado: el derecho a obtener resolución expresa, que es correlativo a la obligación de dictarla que pesa sobre la Administración.

Entonces la queja goza de las características de la petición, las mismas que la petición que regula el párrafo 1 del artículo 94, si bien, sometida a un régimen y a unos plazos distintos (22).

En efecto, formulada una petición ante la Administración, y denunciada, en tiempo y forma, la mora, se habilita un plazo para, durante el cual, facultar al particular a que entienda denegada su petición y acuda, si lo desea, a la vía jurisdiccional. Este plazo no supone relevar a la Administración de su deber de dictar resolu-

(22) Y obsérvese que la queja está regulada —desde esta perspectiva— en el artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo.

ción expresa. Su duración será de un año a tenor de lo dispuesto en el artículo 58,4, en relación con el 53,c) de la Ley de la Jurisdicción.

El mismo régimen se aplica para cuando la Administración dictó resolución que, recurrida en reposición o alzada, no se contesta en el plazo legal (23), con las únicas diferencias de que el plazo de un año de presunción desestimatoria se cuenta desde la fecha de interposición del recurso (24) y sin necesidad de denuncia de la mora.

Si el interesado opta por esperar la resolución expresa, podrá, puesto que tiene un derecho a ella, instar de la Administración que se dicte. Y ello a través de la reclamación en queja, que tendrá un doble efecto:

- Formular una petición de reconocimiento de un derecho subjetivo (el derecho a la resolución).
- Recordar a las autoridades y funcionarios la responsabilidad personal en que están incurriendo.

Dejando a un lado este recordatorio de responsabilidad personal, sí conviene ver la forma de que no sea toda la reclamación en queja una «música celestial», como la califica GONZÁLEZ PÉREZ, pues, efectivamente, al administrado lo que le interesa es su problema, que no se resuelve con responsabilidades por fuertes que sean.

Con la reclamación se pretende, fundamentalmente, obtener resolución expresa, y entonces realmente lo que se formula es una petición al superior para que obligue al inferior a dictarla. No es, pues, un acto de impulsión del procedimiento, llamemos principal, sino un *acto de iniciación de un nuevo procedimiento* cuya pretensión es la de que se reconozca un derecho y, consiguientemente, que se dicte una resolución por la que se obligue al órgano o autoridad subordinados a resolver definitivamente el asunto principal y, por ello, a cumplir una obligación que correlativamente —ya se ha señalado— comporta un derecho del administrado.

El acto administrativo que resuelve la reclamación en queja, o petición de que se dicte resolución expresa en otro procedimiento, debe tener la consideración de acto definitivo y no de trámite,

(23) Uno o tres meses, respectivamente.

(24) Luego queda realmente reducida la posibilidad a once o nueve meses, respectivamente, según que el recurso sea de reposición o de alzada.

puesto que se trata no de un acto de impulsión, sino del reconocimiento de un derecho del administrado.

Si es así, nos encontramos que ante la petición, la Administración o el órgano administrativo que conoce la queja podrá adoptar las tres posiciones únicas que pueden existir: aceptarla, denegarla o nuevamente guardar silencio.

Si acepta la reclamación dictará un acto administrativo en el que reconociendo el derecho del administrado a la resolución expresa y el deber que el artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo impone a la Administración, obligue al órgano subordinado a dictar esa resolución expresa. Una vez dictada esta última se estará en el caso de, si no es conforme, entablar recurso directo contra la misma.

Ahora bien, ¿qué ocurre si, a pesar de todo, la autoridad u órgano subordinado no dicta resolución? Sin duda será motivo de responsabilidad administrativa personal del funcionario o autoridad, pero eso no resuelve el problema del administrado, según se vio.

Si tenemos en cuenta que, según el artículo 44 de la Ley de Procedimiento administrativo, los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, el acto del órgano superior es susceptible de ejecución, pudiendo proceder (artículo 102 de la Ley de Procedimiento administrativo), previo apercibimiento, a la ejecución forzosa, salvo cuando por ley se exija la intervención de los Tribunales, que no es el caso. Y la ejecución forzosa de tal acto es la resolución por el órgano superior del expediente en que se produjo el retraso.

El problema se plantearía desde el punto de vista de la competencia que debe ejercerse —dice el artículo 4 de la Ley de Procedimiento administrativo— precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, dejando a salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previstos por las leyes. ¿Puede ser la reclamación en queja del artículo 94 uno de los supuestos en que las leyes prevén la sustitución o avocación de competencias? Si se quiere que la queja sirva para algo, no cabe duda que sí. Pensar lo contrario, ateniéndose a la letra de la ley, conduce al defecto, denunciado por la doctrina, de ineficacia de esta institución jurídica, y es claro que las normas deben interpretarse unas con otras de manera que todas ellas valgan y tengan sentido dentro de los principios del ordenamiento jurídico. Y si

la queja es uno de los medios de defensa del administrado frente a la Administración, habrá que otorgarle un valor, el que sea necesario, dentro del cuadro de elementos que tienden a restringir la inmunidad del poder administrativo.

En el supuesto de que no se aceptara la reclamación en queja, el artículo 77,3 de la Ley de Procedimiento administrativo manifiesta que contra la resolución recaída no se dará recurso alguno. Ahora bien, hay que tener en cuenta dos cuestiones:

1.^a La reclamación en queja del artículo 94,3 contra el incumplimiento de la obligación de dictar resolución expresa, debe tener naturaleza distinta de la del artículo 77, pues en caso contrario sería inoperante.

2.^a Cuando las leyes hablan de que contra una resolución administrativa no se da recurso alguno, se entiende que se refieren a recurso en vía administrativa, siendo procedente el recurso contencioso-administrativo. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia y se deduce del artículo 40-f) de la Ley de la Jurisdicción, que señala la inadmisibilidad del recurso respecto de los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa, y como quiera que la Ley de Procedimiento administrativo no señala la expresa exclusión, ha de entenderse susceptible de recurso jurisdiccional.

Entonces, contra la denegación de la queja puede ser procedente el recurso contencioso-administrativo, *previo el de reposición* (24 bis). La Sentencia contendría los siguientes pronunciamientos:

- Reconocer el derecho subjetivo a la resolución.
- Obligar a la Administración a dictar resolución expresa en el asunto a que la queja se refiera.
- Establecer las responsabilidades de la Administración y de sus autoridades y funcionarios.

Finalmente, si el superior ante quien se recurre en queja, o, me-

(24 bis) Si la queja no es recurso, sino petición, la resolución denegatoria es un acto administrativo recurrible previo el de reposición, pues no se trata de resolución de otro recurso administrativo, en cuyo caso se daría el acceso directo a la vía jurisdiccional (artículo 53, apartado a, de la Ley de la Jurisdicción).

por dicho, ante quien se reclama en queja, no dicta resolución, al considerarse aquélla como una petición, seguiría los trámites del propio artículo 94 de la Ley de Procedimiento administrativo, que regula el trámite en su párrafo 1. Es decir, sería procedente la denuncia de la mora a los tres meses, y transcurridos tres meses más quedaría abierta la posibilidad de recurrir ante los Tribunales (25).

V. CONCLUSIONES

Con la solución señalada, sin duda se provoca una apertura de la vía judicial, que es precisamente la que no quiso utilizar el administrado que esperó la resolución expresa del asunto principal, pero en la lucha contra las inmunidades de la Administración, de alguna forma han de estar presentes los Tribunales de Justicia, salvo en el supuesto de encontrar unos administradores que, conscientes no sólo de su obligación, sino también del respeto debido a los derechos de los administrados, entiendan como función principal el servicio público, es decir, el servicio a la comunidad a través de la Administración, órgano, en definitiva, de esa comunidad. Porque en la postura actual, en la que se enfrentan Administración y administrados, se ha otorgado a la primera una consideración de preeminencia, una consideración de empresa que hace que el funcionario afirme que está al servicio de la Administración como ente

(25) Para GONZÁLEZ PÉREZ (*Los recursos...*, cit., pág. 123), «... otra solución posible sería la siguiente: como en los casos de no resolución expresa se está infringiendo un precepto concreto de la Ley de Procedimiento administrativo (artículo 94, párrafo tercero), en estos casos el particular podrá deducir escrito de queja basado en la infracción del artículo que obliga a dictar resolución expresa. Y si transcurre un mes desde la presentación de la queja sin que se notifique la resolución, a partir de este momento quedan abiertos los plazos para deducir el recurso que proceda».

«Esta podría ser una fórmula para que quedaran garantizados los derechos de los particulares. Cualquiera otra solución supone dejar a merced de la Administración el cumplimiento de la norma que obliga a dictar resolución expresa.»

Pero es una solución de *lege ferenda*. Por el contrario, parece que con la interpretación dada en el texto se obtiene toda la eficacia posible de las normas actualmente vigentes.

Otra solución, también de *lege ferenda*, es la que propugna BOLEA FORADADA («El retraso...», cit., págs. 315 a 317) de ampliación o supresión de los plazos dentro de los cuales el administrado puede recurrir contra los actos presuntos.

Y, como dice GONZÁLEZ PÉREZ, que también habla de esta solución, no puede decirse «que ello supone consagrar indefinidamente la inseguridad jurídica, dejar la seguridad al arbitrio del interesado. Pues lo cierto es que la Administración puede acabar con aquella situación por un procedimiento simple y sencillo: resolviendo expresamente y notificando su resolución» (*Vid. Los recursos...*, cit., página 122).

abstracto, distinto a los demás, cuando la realidad es que la Administración existe como necesidad de aunar los intereses generales en la consecución del bien común, y éste, distinto del de cada uno de los administrados, no lo es de tal forma que obligue al sacrificio de los derechos totales, sino solamente al que resulte de las limitaciones establecidas en la ley.

La Administración es de todos y para todos, y por ello los funcionarios son servidores de todos los administrados. La defensa de los intereses de la Administración no es lícita si se entiende por tales algo distinto de los intereses generales en los que participa todo el pueblo. La Administración no es, en definitiva, una empresa industrial que obtiene beneficios y paga dividendos. Estos beneficios y dividendos se manifiestan en bienestar general, y por ello, defender a la Administración como empresa es atacar a la Administración como servicio público.

Las normas de funcionamiento de la Administración están promulgadas para que a través de ellas se obtenga el acierto en la decisión, al reconocer a cada administrado los derechos y las obligaciones que le afectan bajo el superior control de la Jurisdicción. La falta de resolución en un expediente, impidiendo su impugnación, no es una postura que favorezca a la Administración, en cuanto que al provocar la desigualdad de los administrados se está desequilibrando en cierta manera el contenido del bien común.

Y para obligar a adoptar esa decisión no vale, a lo que se ve, la exigencia de responsabilidad dirigida contra las autoridades y funcionarios que provocaron la dilación o inactividad. En definitiva estamos ante un supuesto de falta de conciencia de la función que se desempeña.

El gran interrogante que surge de lo anterior es el de ¿por qué no existe esa conciencia de la función en la Administración? Y la contestación parece clara enfocada desde las exigencias de responsabilidades: la difusión de la responsabilidad que se produce en el ámbito administrativo provoca el defectuoso cumplimiento que se manifiesta en los retrasos y silencios.