

ACTO ADMINISTRATIVO Y PRETENSIÓN PROCESAL

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El acto administrativo como presupuesto procesal*. III. *Situaciones litigiosas provocadas por la actuación administrativa*. IV. *Situaciones litigiosas promovidas por el administrado*. V. *Garantías frente a la inactividad*. VI. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando va a comenzar el nuevo siglo, parece evidente que por lo general, los Ordenamientos del proceso administrativo, con técnicas más o menos depuradas, cumplen las exigencias del principio de tutela judicial efectiva; o, más exactamente, atribuyen al juez administrativo unas potestades y unas herramientas que le permiten satisfacer plenamente las demandas de justicia frente a unas Administraciones Públicas que hoy, como ayer y como siempre, se resisten a someter su actividad a la Ley y al Derecho.

Ciertamente, en algunos Estados americanos sus legislaciones todavía están lejos de garantizar un efectivo control judicial de las Administraciones; pero son loables los esfuerzos por superar las deficiencias. Tal es el caso de los estados mexicanos, pudiendo citarse como ejemplo la reciente Ley de justicia administrativa de Jalisco, promulgada en el mes de diciembre de 1999. Y en aquellos otros que ya habían alcanzado unos niveles más que razonables, es manifiesta la preocupación por su perfeccionamiento, preocupación que se ha concretado, en Argentina, sobre el Código procesal administrativo de la provincia de Buenos Aires de 1997; y en Costa Rica, en un proyecto en estado avanzado de gestación de un Código procesal administrativo, que pretende sustituir la ley vigente.

En las más recientes manifestaciones de nuestras legislaciones procesales administrativas se muestra una excesiva preocupación por tipificar las pretensiones, acciones o “recursos contencioso-administrativos”, se-

gún la terminología que se utilice, en razón a las situaciones litigiosas que den lugar al proceso administrativo.

Por supuesto, el contencioso-administrativo ha dejado de ser un proceso al acto. El objeto del proceso es la pretensión que se formula ante un órgano jurisdiccional independiente en demanda de justicia frente a una Administración Pública.

Todavía existen legislaciones en que aparece el acto administrativo como objeto central del contencioso-administrativo. Pero en la mayoría de los Estados una jurisprudencia progresiva ha ido abandonando la vieja concepción heredada del contencioso francés. Y hace bastantes años, en muchas leyes reguladoras del proceso administrativo, ya ha desaparecido el acto administrativo como objeto del proceso. Y se nos dice que la jurisdicción contencioso-administrativa esta instituida “para juzgar las controversias y litigios administrativos”, como el Código colombiano (artículo 1o.) y la mayoría de las leyes reguladoras de los Tribunales contencioso-administrativos que han ido apareciendo en los estados mexicanos. La Ley de justicia administrativa del estado de Jalisco de diciembre de 1999 empieza diciendo que “el juicio en materia administrativa tiene por objeto resolver las controversias de carácter administrativo y fiscal”. En otras legislaciones será la pretensión la que constituye el objeto del proceso. Tal es el caso de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de Costa Rica de 1961, que se ha mantenido en las distintas versiones del Código procesal contencioso-administrativo que han ido apareciendo, con una diferencia significativa: la Ley de 1961 habla de “las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo”. Mientras que en el anteproyecto de Código, versión de mayo de 2000, última que ha llegado a mi conocimiento, se habla de “las pretensiones que se deduzcan en relación con la conducta activa u omisiva de la Administración Pública, así como de cualquier relación jurídica, todas sujetas al Ordenamiento jurídico administrativo”. Pero es, sin duda alguna, el Código contencioso-administrativo de la provincia de Buenos Aires de 1997, el que ha acogido con mas fidelidad la concepción de la pretensión como objeto del proceso. Su artículo 1o.1 empieza diciendo que “corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas”, y a lo largo de su articulado aparecerá la pretensión procesal en su más correcta concepción.

II. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PRESUPUESTO PROCESAL

1. *El acto administrativo*

Si parece que ya estamos todos de acuerdo en que el contencioso-administrativo ha dejado de ser un proceso al acto, en lo que no estamos tan de acuerdo es en si el acto sigue siendo un presupuesto del proceso un requisito de la admisibilidad de la pretensión, de tal modo que, aparte de los supuestos de control de las disposiciones generales, sin acto previo, el juez administrativo no podrá examinar el fondo de la cuestión, debiendo declarar su inadmisibilidad o, como dicen las leyes mexicanas, la improcedencia.

Este vestigio de las prerrogativas de la Administración, esta secuela del principio de que la jurisdicción administrativa es revisora de la vía administrativa no tiene sentido alguno. Salvo en determinados supuesto —se dice—, el ciudadano que ostentando unos intereses, estima que una Administración Pública está contraviniendo el Ordenamiento jurídico, debe poder acudir directamente al órgano jurisdiccional en demanda de que se condene a la Administración infractora a que restablezca el orden jurídico perturbado, sin tener que plantear previamente la cuestión en vía administrativa.

2. *Del acto administrativo a las actuaciones u omisiones de la Administración*

El desplazamiento del acto administrativo como presupuesto procesal o, al menos, su reducción a una de las modalidades de actuación de las Administraciones frente a las que se formula la pretensión, la acción o el “recurso contencioso-administrativo”, dio lugar a que en las legislaciones fueran apareciendo, al lado del acto, otras manifestaciones de la conducta administrativa. Hemos visto cómo en algunas de las últimas manifestaciones de la legislación iberoamericana, el Código de la provincia de Buenos Aires y el anteproyecto del Código de Costa Rica, al delimitar el ámbito de la jurisdicción se habla, no de acto, sino de “actuación u omisión” y de “conducta activa u omisiva”, respectivamente. Y, al regular el objeto del proceso y referirse a lo que se determina “actividad administrativa impugnabile” (Código de Costa Rica) o finalidad de las pretensiones (Código de la provincia de Buenos Aires), se establece una distinción entre el acto y los otros supuestos, como la actuación de la Administración Públi-

ca, omisiones o vías de hecho. Como si en estos supuestos el acto administrativo no tuviera sentido como presupuesto procesal.

Cuando la normativa se refiere al acto, se reiteran los requisitos que ya exigieron las más viejas leyes de lo contencioso-administrativo, como que sea definitivo y agote la vía administrativa. Los otros supuestos aparecen con autonomía.

Pues bien, lo que se plantea es si en estos otros supuestos, puede el justiciable acudir directamente al proceso administrativo o si antes debe deducir su pretensión al órgano administrativo competente, ya que parece que sólo tiene sentido acudir al juez cuando, habiéndoselo pedido a la Administración ésta no da, no hace o deja de hacer, lo que deba dar, hacer o no hacer. No será ya porque así lo imponga el viejo y trasnochado principio de que la jurisdicción administrativa es revisora de la vía administrativa, sino por algo mucho más simple y elemental: porque no tiene sentido poner en marcha el costoso y complicado mecanismo del personal, cuando podemos obtener al margen de él satisfacción de nuestras pretensiones.

3. Situaciones litigiosas que pueden dar lugar al proceso administrativo

Un planteamiento correcto de la cuestión sólo puede hacerse partiendo de las situaciones que han dado lugar al proceso.

Por supuesto, como nos enseñó Jaime Guasp, no es necesario acudir a la idea de litigio o conflicto jurídico para explicar la naturaleza del proceso. Porque el proceso existe, desde el momento que se deduce una pretensión de justicia ante un órgano jurisdiccional, al margen de que presuponga o no una situación litigiosa. Pero, sin traicionar a mi maestro, creo que aunque esto no sea necesario, por lo general cuando acudimos a un juez en demanda de justicia es porque existe un conflicto o litigio (no estoy empleando la noción en sentido técnico) y pedimos al juez que lo resuelva.

No resulta fácil una catalogación de los supuestos de situaciones litigiosas con las Administraciones públicas. No obstante, a efectos de una correcta estructuración del régimen de garantías procesales, puede partirse de una elemental distinción, según que la situación se haya producido a iniciativa de la Administración porque pretenda algo de nosotros, o seamos nosotros los que pretendemos algo de ella.

Según se trate de unas u otras, puede jugar de modo distinto el acto administrativo como precepto procesal y las garantías frente a la pasividad de la Administración.

III. SITUACIONES LITIGIOSAS PROVOCADAS POR LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1. *La Administración promotora de la actuación*

La Administración en el ejercicio de sus fines puede exigir algo de nosotros. Bien porque necesita una cosa para una finalidad pública y nos la expropia o porque ha de recaudar dinero y nos brea con liquidaciones tributarias; o porque, en ejercicio de sus potestades de policía, nos impone limitaciones o nos obliga a realizar obras por razones de seguridad, salubridad o de ornato; o porque nos impone una sanción por estimar que hemos incurrido en una transgresión, etc.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Si acudís a cualquier repertorio de jurisprudencia, podréis comprobar que la mayor parte de los contenciosos con la Administraciones tienen por objeto una pretensión en la que se discute la legalidad de tales actos.

Aquí, no es que el acto sea un presupuesto procesal. No es que por capricho del legislador, se haya inventado un requisito para obstaculizar el acceso a la Justicia. Es que el acto es lo que motiva el proceso. Es el acto lo que constituye la situación litigiosa. El acto es una garantía elemental. Ya que la Administración no iniciará ninguna actuación material que nos afecte sin que previamente haya adoptado el acto que le sirva de fundamento jurídico. Si no, estaremos ante una vía de hecho. Y garantía elemental es, también, que el acto se dicte previa la instrucción de un procedimiento que permita una eficaz defensa a todos los que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte. Garantías que en los supuestos de procedimiento sancionador serán las mismas que rigen en el proceso penal.

La Administración goza de prerrogativa de la decisión ejecutiva y de la acción de oficio. Cuando pretende algo del administrado, no tiene necesidad de acudir a un juez para que previo el correspondiente proceso administrativo y verificación de la conformidad con su pretensión con el Ordenamiento, dicte sentencia. La Administración puede hacerse justicia a sí misma, pero a través de los cauces formales de un procedimiento administrativo, que terminarán en un acto legitimador de la actuación. En tanto se mueva dentro de los límites del acto, no podrá perturbarse la actividad administrativa.

Surgen así, dentro de estos supuestos de situaciones provocadas por las Administraciones Públicas, una primera distinción, según que su actuación esté o no legitimada por el acto.

2. Actuaciones no legitimadas por acto administrativo

Si la Administración Pública, incumpliendo la elemental garantía que supone el acto administrativo realiza una actuación material que invada nuestra esfera jurídica, estaremos ante una vía de hecho, que no se limita hoy a los atentados a la propiedad y a los derechos fundamentales y libertades públicas, sino a cualquier perturbación de la situación de hecho.

Aunque, al faltar el acto administrativo legitimador desaparece la prerrogativa y, por tanto, cabe reaccionar frente a la perturbación por los medios procesales que el Ordenamiento común civil establece, incluso los interdictos, en nuestros sistemas contencioso-administrativo, apartándose del modelo francés, se ha admitido también, la reacción ante los tribunales contencioso-administrativos.

Es este uno de los supuestos en que parece que no tiene sentido la exigencia de un acto administrativo como presupuesto del proceso. Ante la inminencia del ataque al estado posesorio, ante la perturbación que estamos sufriendo en el ejercicio pacífico de nuestros derechos, no tiene sentido que para poder acceder al juez en demanda de que cese la actuación material, tengamos que formular una reclamación ante la Administración y dejar transcurrir un plazo sin que haya sido satisfecho. Y así se establece expresamente en las más recientes legislaciones, como el Código de la provincia de Buenos Aires que, en su artículo 21.1 dice que contra la vía de hecho “podrán deducirse las pretensiones directamente en sede judicial, sin que sea menester formular una reclamación previa en sede administrativa”. Estableciendo que en estos supuestos, el plazo general de 90 días para invocar el proceso, empezará a contar desde que la vía de hecho fuere conocida por el afectado (artículo 18.e).

Creo, sin embargo, que ha de admitirse la reclamación previa con carácter potestativo, siempre que se establezca un plazo muy breve para que en caso de no ser atendido quede abierta la vía procesal.

Pues no resulta fácil, muchas veces, saber si estamos ante una vía de hecho administrativa. Porque cuando sufrimos una invasión en el pacífico ejercicio de nuestros derechos, normalmente el atentado procede de unos obreros que no llevan grabada en su casco de seguridad la Administración Pública por cuya cuenta trabajan. Cuando, por ejemplo, estamos tranquilamente en nuestra casa e irrumpe en nuestro jardín una máquina excavadora, quienes la conducen son, por lo general, los obreros de una empresa privada constructora. Si le preguntamos por encargo de quién trabaja, lo

más probable es que no nos diga nada o, todo lo más, que nos indique quién es el capataz, el jefe de la cuadrilla o el técnico de la obra, los que, quizás, nos digan que la obra de ampliación de la calle o de la carretera se hace por encargo de la Administración Pública estatal, o provincial o municipal. Lo que a veces, en los supuestos de cooperación, no resulta fácil delimitar. Y aunque lleguemos a determinarlo, ello no supone que estemos ante una vía de hecho. Porque, ¿quién nos asegura que no existe antes un acto legitimador por ahí rodando, que aún cumpliendo todos los requisitos exigidos, no haya podido ser notificado personalmente o en el domicilio y haya habido que acudir a la notificación por edictos y publicaciones en los diarios oficiales, que para nada sirve? Esta es la razón de que lo que yo hago en el despacho —y aconsejo a mis alumnos que lo hagan— es actuar con arreglo al esquema siguiente:

- Ante la actuación material de unos funcionarios o particulares que obren por cuenta de la Administración Pública —v.g., concesionarios, contratistas—, se dirigirá un escrito al órgano administrativo del que dependan o bajo cuyas órdenes se supone actúan, poniendo en conocimiento del mismo el hecho, planteando la siguiente alternativa:
- Que no existe acto administrativo legitimador, en cuyo caso procederá se ordene el cese inmediato de la actuación material.
- Que existe acto administrativo legitimador, en cuyo caso se solicitará su notificación en forma.
- Si nos contesta que existe acto administrativo, incoaremos el proceso frente a él. En otro caso, si no se atiende el requerimiento, la pretensión procesal (a fin de no caer en posibles inadmisibilidades) se dirigirá contra la vía de hecho (para que cese) y subsidiariamente (para el uso de que existiere acto legitimador) se pedirá la anulación de éste.

3. Existencia de acto administrativo legitimador

A. La pretensión de anulación

Aunque, como he indicado, no es que el acto administrativo sea un requisito procesal que se han inventado los legisladores para obstaculizar la tutela judicial efectiva. El acto constituye la situación litigiosa, lo que motiva la incoación del proceso. Naturalmente, lo que pretendemos del

órgano judicial no es la declaración de nulidad o anulación por el puro placer de que se respete la legalidad; salvo en los supuestos de acción pública, si acudimos al proceso es porque el acto y su ejecución afectan a nuestros derechos o intereses legítimos. Por lo que, por lo general no bastará, para que quede satisfecha nuestra pretensión, que la sentencia declare la nulidad o anulación. Sino que será necesario que desaparezca aquella situación derivada del acto que lesione nuestros derechos o intereses legítimos, o, en los supuestos de acción pública, que contravenga el Ordenamiento jurídico. Lo que pretendemos es que se deje sin efecto la sanción impuesta; se anule o modifique una liquidación tributaria; que se nos reintegre la posesión de una cosa que nos fue expropiada, etc.

Por ello, la llamada pretensión de anulación o “recurso de anulación” —y la sentencia estimatoria— por lo general no se limitará a la declaración de nulidad o a la anulación, la extinción o modificación de la relación jurídica, sino que conllevará una condena de hacer, a fin de restablecer el orden jurídico.

B. La garantía frente a la inactividad

En tanto sin acto administrativo no es admisible el “contencioso-administrativo”, se plantea el problema de las garantías del ciudadano cuando, incoado un procedimiento, no llega a su terminación normal.

Si los procedimientos que incoa la Administración son, como se ha indicado, para exigirnos algo, parece que no tiene sentido, desde el aspecto procesal, establecer ninguna garantía frene a la inactividad. Si no llega a recaer resolución, ¡bendita sea! ¡Ojalá no resuelva nunca!.

Sin embargo, la cosa no es tan simple. Porque puede haber procedimientos incoados de oficio de los que puede resultar algo favorable para el administrado, o porque existan razones de seguridad jurídica que aconsejen poner fin a la situación creada por la iniciación del procedimiento, o porque pueden existir terceros que estén interesados en que llegue la resolución desfavorable.

Distingamos, por tanto, uno y otro supuesto.

C. Procedimientos de los que pudieran derivar situaciones favorables

En los procedimientos incoados de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento o la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, la no notificación de la resolución en el plazo

establecido por la Ley, no debe seguir la regla general con que se sanciona el incumplimiento de la obligación de resolver —la caducidad— y se considera un supuesto de silencio negativo. Así la Ley española.

Por lo que me remito a lo que después digo sobre el silencio administrativo. Los interesados podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio e incoar el pertinente proceso para que sean atendidas y, en su caso, satisfechas.

El problema surge cuando en un procedimiento administrativo han comparecido administrados con intereses enfrentados, en los que la resolución favorable para uno, es desfavorable para otro. Lo que se ha resuelto en el sentido de que lo relevante será el efecto que pueda tener la resolución para la persona frente a la que se dirige el procedimiento. Si para este es favorable, se aplica esta regla, si fuere desfavorable, la regla general, que es la caducidad.

D. Procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables

a. La caducidad

En los supuestos generales de los procedimientos incoados de oficio, la no notificación dentro de los plazos establecidos da lugar a la caducidad del procedimiento.

La caducidad tiene sentido y constituye una garantía desde dos perspectivas distintas:

- Para aquél frente al que se incoa el procedimiento, para evitar que permanezca indefinidamente en situación de inseguridad, con los consiguientes perjuicios, sobre todo cuando se ha adoptado alguna medida cautelar o se trata de procedimientos expropiatorios.
- Y desde el aspecto contrario, para el tercero.

En efecto, tradicionalmente nuestras leyes de lo contencioso-administrativo han negado la posibilidad de incoar un proceso administrativo a los “particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella”. La jurisprudencia española consideraba que tenía este carácter el denunciante, negándole legitimación, salvo cuando se trataba de discutir su participación en la multa que se hubiera podido imponer al denunciado.

Esta jurisprudencia ha cambiado en los últimos años. Y aunque en principio niega legitimación al denunciante, se la reconoce, sin embargo, cuando tuviera interés en una resolución sancionadora o, en general, en las que impusieran una carga o gravamen. Entendiendo por interés todo lo que pudiera suponer una ventaja, beneficio o utilidad, tal y como se define en la jurisprudencia.

La jurisprudencia ha abierto el ámbito de la legitimación, si bien a la hora de aplicar la nueva norma no se encuentran fallos en que se estime concurre aquella condición. Y, sin embargo, pueden existir, incluso en los procedimientos sancionadores y hasta en los procedimientos en que menos puede imaginarse, como en los sancionadores por infracciones de tráfico.

No olvidemos que una de las formas de manifestarse ese fenómeno tan frecuente como es la corrupción, es no ver las infracciones del extorsionista y aplicar la ley con todo rigor al competidor de éste. Así figura en el completísimo catálogo que nos ha hecho Alejandro Nieto en su trabajo *Corrupción en la España democrática*. Por tanto, el que sufre el peso de la ley y no puede invocar como precedente el trato de favor dispensado al competidor cuando está cometiendo idénticas infracciones (porque no vincula a la Administración el precedente ilegal), el único medio que tiene es que la ley sea igual para todos, exigiendo que se le imponga la sanción procedente.

Esto, que es harto frecuente en el campo más fecundo para la corrupción, como es el del urbanismo, se da también en otros. Como en el que antes cité de las sanciones de tráfico. Pensemos en estos ejemplos:

1o.) Víctima que sufrió el daño. Obviamente, si el conductor culposamente ha sido sancionado en vía administrativa, le será sumamente útil para, en vía civil, ejercer la acción de responsabilidad.

2o.) La ley no prevé como única sanción la multa. Prevé también las sanciones de suspensión y hasta la retirada del permiso de conducir. Naturalmente, cuando el titular es un particular, la sanción únicamente producirá el efecto de tener que llevar a la playa a la suegra, a la mujer y, si lo hay, al niño, en autobús o en tren. Pero si es un taxista o un transportista, le impedirá ejercer su oficio, con el consiguiente beneficio para el que se dedica a la misma actividad lucrativa.

b. Declaración de caducidad

Es declarativa. La caducidad ha operado automáticamente. Y plantea las cuestiones siguientes:

a. Que la declaración no llegue a producirse. En este caso, el particular frente al que se incoe el procedimiento, puede tener interés en que se produzca la declaración, a fin de que no existan dudas sobre la terminación del procedimiento, sobre todo cuando por haberse interrumpido no exista certidumbre sobre si ha transcurrido el plazo. Pues bien, las garantías del procedimiento para que la Administración emita la declaración, son prácticamente nulas en la práctica. Podrá instarlo y reiterarlo, así como denunciar el incumplimiento de la obligación por parte del funcionario responsable; pero nada práctico.

b. Que la Administración emita la declaración de caducidad y sea impropcedente. El particular frene al que se incoó el procedimiento estará feliz con la declaración. Pero no aquel otro tercero o denunciante que tuviera interés en que el procedimiento llegase al final y se sancionara. Como la declaración de caducidad pone fin al procedimiento, ese otro interesado podrá interponer los recursos administrativos admisibles y en su caso el contencioso-administrativo, a fin de que se anule la declaración y se condene a la Administración a que siga el procedimiento y dicte resolución.

c. Que no declare la caducidad y dicte resolución. Si, aunque no declarada, la caducidad se hubiese producido, el interesado podrá impugnar la resolución basado en que se ha dictado en un procedimiento administrativo caducado.

IV. SITUACIONES LITIGIOSAS PROMOVIDAS POR EL ADMINISTRADO

1. *Las pretensiones del administrado*

En la reglamentación de los procesos administrativos se ha regulado como una pretensión o acción específica diferente de las demás, con contenidos muy distintos, la que tiene por objeto la realización de una determinada prestación (artículos 12.6 y 17 del Código de la Provincia de Buenos Aires), “las omisiones de naturaleza administrativa” (así, anteproyecto del Código de Costa Rica, artículo 18, a), o acción de “abstención” o “negativa” (artículo 42.23, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela).

Es aquí, sin duda, donde se ha producido una mayor confusión y, por tanto, donde resulta mas imperiosa la necesidad de aclaración.

En nuestras relaciones con la Administración Pública son muy diversas las modalidades de prestación que podemos pretender de ella.

Desde una perspectiva general aparece con carácter preferente una división entre dos tipos de pretensiones, que darán lugar a cada una de las dos categorías de proceso básicas: proceso declarativo o de cognición y proceso ejecutivo o de ejecución. El primero acabará en una sentencia que declarará si, efectivamente, la Administración demandada viene obligada a realizar la prestación; mientras que en el segundo ya no se discute acerca del derecho, porque ya existe un título ejecutivo y lo que se pretende es que se realice materialmente aquello a que viene obligado.

2. Existencia de título ejecutivo

Cuando ya no se discute la obligación de la Administración de realizar una pretensión, no tiene sentido incoar el proceso administrativo —que tal y como se regula en nuestra legislación es un proceso de cognición o declaración—, en el que se dicte una sentencia de condena a hacer algo que no se discute, que no está en tela de juicio, porque ya está definido. El proceso de cognición tiene sentido, está establecido para decidir si el demandante tiene o no derecho a pretender lo que pretende, a si el demandado tiene o no obligación a dar, hacer o no hacer lo que pide el demandante. La sentencia decidirá acerca de la procedencia o improcedencia y será el título ejecutivo lo que dejará abierta la ejecución procesal, en caso de no cumplimiento voluntario de la condena.

Pero cuando ya no existe discusión sobre el derecho o la obligación, cuando el tema de fondo está juzgado, sobra un proceso cuya instrucción esta articulada para discutir sobre la existencia de una obligación.

En este supuesto, lo que procede es instar, no un proceso declarativo que termine en una sentencia, sino un proceso de ejecución que termine en la realización material de lo que ya esta decidido.

El supuesto no es insólito. Que exista un acto administrativo, no sólo obligatorio y ejecutivo —que lo son todos, salvo que se hubiese acordado una medida cautelar de suspensión—, sino firme, que no se lleve a efecto, es bastante frecuente en nuestra realidad administrativa. Por las razones más diversas, desde la corrupción hasta la simple inercia, la Administración no lleva a cabo aquello que dispone el acto administrativo. No realiza la prestación a que está obligada —v.g. pago del justiprecio de una expropiación fijado por acto administrativo firme— o no incoa los procedimientos administrativos de ejecución frente al particular obligado —v.g. realizar la obra encaminada a evitar emanación de humos nocivos, demoler una finca en estado ruinoso.

Resulta contrario a la tutela judicial efectiva que, en estos casos, se tenga que iniciar un proceso administrativo para obtener una sentencia que permita la ejecución procesal. La tutela judicial efectiva exige estructurar un proceso ejecutivo en el que, una vez verificada la efectividad del acto, se pasa directamente a la ejecución forzosa.

3. *Inexistencia de título ejecutivo*

Cuando el título ejecutivo no existe, cuando la Administración no realiza una prestación que el demandante estima viene obligada a realizar, ¿tiene sentido la exigencia del acto administrativo? Porque es en estos supuestos que se han llamado de “inactividad material”, en los que se ha venido clamando con mayor insistencia sobre la innecesariedad del acto administrativo previo.

Aquí se impone una vez mas distinguir distintos supuestos. Principalmente los siguientes:

A. *Prestaciones a favor del demandante*

Son los que el Código de la provincia de Buenos Aires califica de prestaciones *específicas y determinadas*. Pueden, a su vez, distinguirse dos grupos:

a. Que se requiera un acto de aplicación

Por lo general, cuando el Ordenamiento jurídico administrativo reconoce a los ciudadanos la posibilidad de obtener una prestación, exige que se instruya un procedimiento a instancia del interesado cuyo objeto será verificar si reúne las condiciones exigidas por la reglamentación, o, caso de concederse a un número limitado, si está entre los que reúnen mas méritos. Así, cuando se trata de obtener una beca de estudios, una subvención para realizar unas obras de interés, la ayuda técnica para realizar proyectos asimismo de interés público, etc.

Es indudable que, en estos supuestos, se acudirá al proceso administrativo cuando existe el acto administrativo. El acto administrativo, al igual que en los procedimientos iniciados por la Administración, será lo que dé lugar al proceso. No puede existir proceso sin acto. Frente a la resolución del procedimiento podrá iniciarse el proceso.

- El que ha incoado el procedimiento y ha participado en el posible concurso, si le fue desestimada su pretensión, a fin de que se le reconozca por el juez administrativo su derecho y se dicte resolución, resolviéndolo así y condenando a la Administración a hacerlo efectivo.
- O un tercero que estime improcedente el otorgamiento y tiene interés legítimo en que no se reconozca.

b. Que no se requiera acto de aplicación

Existen, también, supuestos en que para obtener una prestación no se requiere la instrucción de un procedimiento administrativo, encaminado a verificar si se cumplen los requisitos exigidos para ello. Tal es el caso de la utilización de muchos servicios públicos.

Unas veces, bastará con acreditar la condición de beneficiario, con la exhibición del documento de identidad correspondiente. Así, para los servicios de la Administración sanitaria. Otras veces, bastará con pagar las tasas o el precio público exigido como contraprestación. Otras, bastará el simple requerimiento, incluso por cualquier medio de comunicación, sin ninguna exigencia previa. Como requerir los de la policía o de los servicios contra incendios.

Ahora bien, en la inmensa mayoría de estos casos, lo cierto es que el proceso administrativo no es el instrumento más idóneo para hacer efectivas las pretensiones. Estamos ante situaciones que requieren tal rapidez en la pretensión que, por sumarsísimo que fuera el proceso, por eficaces que fueran las medidas cautelares, cuando llegara la sentencia habría perdido su finalidad el proceso. Éste sólo tendrá sentido para reparar los daños y perjuicios derivados del mal funcionamiento del recurso.

El Código de la provincia de Buenos Aires, al referirse indiscriminadamente a los casos en que las pretensiones procesales versan sobre el incumplimiento de una prestación específica y determinada, mantiene la reclamación previa, con carácter potestativo. Dispone que:

...con carácter previo deberá reclamarse su cumplimiento a la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final. Si ésta no cumpliere en el plazo establecido o, en su defecto, en el de noventa (90) días hábiles administrativos contados a partir del día siguiente al del reclamo, se presumirá la existencia de una resolución denegatoria o adversa para el interesado. En tal supuesto, quedará expedita la instancia judicial. La vía del presente artículo será opcional para el interesado.

B. *Prestaciones que no sean a favor del demandante*

Pero no sólo se acude al juez administrativo en demanda de una sentencia que condene a la Administración a realizar una prestación a favor del demandante. No sólo se incoa el proceso administrativo para que se nos reconozca el derecho a una prestación de dar o hacer. Puede acudirse también para que condene a la Administración a dar o hacer o no hacer algo a que viene obligada y a que el demandante tiene interés (personal, colectivo o si se quiere difuso) en que se realice o, aún sin interés, en aquellos casos en que el Ordenamiento establece la acción pública o popular, cuando están en juego intereses generales superiores, como la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico nacional.

El Ordenamiento jurídico, sin necesidad de acto de requerimiento o de sujeción individual, puede obligar directamente a la Administración a adoptar ciertas medidas o a imponerlas a los ciudadanos, o puede venir obligada en ejercicio de sus potestades de policía a intervenir en defensa de la tranquilidad, la seguridad, la salubridad o el orden público. Los supuestos pueden ser variadísimos. Son estos supuestos los que cierto sector de la doctrina venía catalogando dentro de lo que se denominaba inactividad material de la Administración, pidiéndose un tratamiento específico para la protección jurisdiccional de los intereses en juego y poniéndose el acento en uno u otro aspecto, según la moda de cada tiempo. Ecología, urbanismo, defensa del consumidor, se han ido sucediendo con algunos de los protagonistas.

Existen, por lo pronto, una serie de supuestos en que, al igual que algunas obligaciones de una prestación específica a favor de personas determinadas, el cauce procesal aparece impotente para otorgar una efectiva tutela, como puede ser la pasividad de la policía ante una grave alteración del orden público o la no reacción ante obstáculos de una vía pública.

Respecto de aquéllos en que sí podría tener sentido la vía procesal como cauce de protección del Ordenamiento jurídico, ¿debe exigirse el acto administrativo como presupuesto procesal?. O, por el contrario, ¿debe admitirse acudir directamente al juez administrativo en demanda de una condena a la Administración?

Sólo existe un supuesto en que parece evidente la innecesariedad del acto previo: cuando el Ordenamiento impone a la Administración la obligación de realizar una prestación dentro de un plazo; si ha transcurrido el plazo sin haber cumplido la prestación, es patente la resistencia administrativa sin necesidad de un requerimiento inatendido.

Pero por lo general tiene sentido el requerimiento previo. Al menos con carácter potestativo. Será el demandante el que, en cada caso, ante las circunstancias concretas, verificará si existe alguna esperanza de que la Administración cumpla, evitando el proceso.

V. GARANTÍAS FRENTE A LA INACTIVIDAD

1. *El silencio administrativo*

Del esquema que acabo de hacer de las situaciones litigiosas que pueden dar lugar a un proceso administrativo, se desprende que salvo en los supuestos en que han sido provocados por la Administración y produce efectos desfavorables, en el supuesto de que no llegase a adoptar el acto expreso, ha de darse sentido al silencio de la Administración, a fin de que quede abierta la vía procesal.

En el supuesto de procedimiento administrativo incoado de oficio, la no resolución dentro de plazo dará lugar a la caducidad o prescripción, se archivarán las actuaciones y allí no ha pasado nada. Pero en los demás casos, los Ordenamientos jurídicos han instruido una elemental garantía: presumir que ha existido un acto o establecer una ficción desestimatoria que permita demandar tutela judicial, lo que en el Ordenamiento mexicano se llama “negativa facta”.

Naturalmente, resulta imposible tratar aquí, por muy esquematizado que se haga, todos los temas que el llamado silencio administrativo plantea, por lo que me limitaré a aquellos aspectos más relevantes en el orden procesal, que han sido tenidos en cuenta de modo diverso en las manifestaciones legislativas recientes a que vengo refiriéndome.

- Plazo para que se entiendan producidos los efectos propios del silencio administrativo.
- Sentido estimatorio o desestimatorio del silencio.
- Silencio y plazo para recurrir.

2. *Plazo para que se produzcan los efectos propios del silencio*

Cuando en la legislación sobre el contencioso-administrativo el acto administrativo era pieza central y presupuesto del proceso en todo caso, la doctrina del silencio aparecía como elemental garantía, a fin de evitar

que la Administración Pública con su actitud pasiva impidiera el acceso al contencioso-administrativo.

Precisamente por ello, para que pudiera cumplir su finalidad garantizada, apareció con independencia de los plazos que le legislación administrativa establecía para que se resolviesen los procedimientos administrativos. El incumplimiento de estos plazos producía el efecto de la posible sanción disciplinaria del funcionario culpable o de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero *no tenían relevancia* a efectos de presumir la existencia de acto que dejará abierta la posibilidad de un ulterior recurso administrativo o jurisdiccional.

De aquí que el silencio y los plazos para que se produjeran los efectos propios del mismo, se regularan con independencia. Y frente a la diversidad de los plazos que pudiera establecer la legislación administrativa para resolver los procedimientos, los plazos para que, en caso de no reconocer un acto expreso fuera admisible iniciar las correspondientes vías procesales de impugnación, eran únicos de aplicación general, regulándose en las leyes sobre el contencioso-administrativo.

Esto es lo que hizo, por ejemplo, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de Costa Rica de 1961 (artículo 19) y esto es lo que sigue haciendo el Código de la provincia de Buenos Aires de 1997 (artículo 16).

Pero las leyes de procedimiento administrativo que han ido apareciendo, van a vincular el silencio administrativo con los plazos establecidos para poner fin a los procedimientos. Dejará de existir un plazo o plazos generales aplicables a todos los supuestos, a efectos de poder incoar el contencioso-administrativo. Lo que obligará en cada caso a acudir a la compleja legislación administrativa para ver qué plazo se prevé para poner fin al procedimiento, con las consiguientes dificultades que ello conlleva.

Esta nueva corriente ha quedado reflejada en el anteproyecto del Código Procesal Administrativo de Costa Rica. Apartándose del criterio de la Ley de 1961, remite a “los plazos establecidos en la Ley General de la Administración Pública”. Cuando transcurren estos plazos, “el interesado podrá considerar desestimada su gestión”. (artículo 19).

Creo que es una garantía elemental del ciudadano que sea la Ley Procesal Administrativa la que regule con carácter general y uniforme los plazos para que se entiendan producidos los efectos del silencio. Naturalmente, ello no quiere decir que el plazo deba ser único y general, sino que

la diversidad de plazos ha de establecerse, no tanto en función de la materia sobre que verse el procedimiento, cuanto en función de la situación litigiosa que da lugar al proceso.

En el catálogo que he hecho de estas situaciones, he apuntado la indudable necesidad de que en determinados supuestos ha de establecerse un plazo brevísimo para que, de no ser atendida la reclamación, pueda incoarse el proceso administrativo; mientras que en otros, los plazos han de ser lo suficiente amplios para que permita ser examinada debidamente la petición del administrado, pues en otro caso, la tramitación requerida para que pueda presumirse la existencia de un acto a efectos procesales sería una pérdida inútil de tiempo .

3. *Sentido del silencio*

Precisamente por la finalidad con que fue instituido, el silencio administrativo no era otra cosa que una ficción legal, por la que se presumía desestimada la petición o el recurso administrativo. Se trataba, pura y simplemente, de que el ciudadano no viera obstaculizado su derecho a la tutela judicial por la no resolución expresa de las peticiones en que estaba interesado.

Las legislaciones, sin embargo, han ido atribuyendo a la no resolución dentro de los plazos previstos, no ya los efectos de una ficción desestimatoria, sino de un acto estimatorio, con todos los efectos jurídico-materiales. Y hasta se ha planteado el llamado silencio positivo, no como algo excepcional, sino como la regla general.

Esto no ha sido así en las legislaciones procesales iberoamericanas. Y en las más recientes manifestaciones sigue atribuyéndose al silencio una función desestimatoria, como regla general y hasta como única fórmula del mismo.

4. *Silencio y plazos para recurrir*

Quizás, el aspecto de las reglamentaciones del silencio administrativo que más dificultades ofrece para que no se resienta el principio de la tutela judicial efectiva, es el de los plazos para reaccionar frente a la posición estimatoria o desestimatoria en que se concreta. Porque ha de tenerse en cuenta —cosa que frecuentemente se olvida— que, por lo general, en el procedimiento administrativo que precede al contencioso no se debate

una cuestión entre dos partes en el sentido jurídico-material, sino que se da la presencia de un tercero, existiendo una estructura triangular en la cual la Administración ha de decidir, en razón del interés general, a favor de uno de los intereses particulares que se enfrentan.

En principio, se han indicado tres posibles soluciones para armonizar la Justicia con el principio de seguridad jurídica. Y cada una de ellas ha tenido reflejo en las tres últimas manifestaciones de la legislación procesal administrativa iberoamericana.

A. *Ampliar el plazo de recurso*

Partiendo de que una vez producidos los efectos del silencio administrativo, han de empezar a correr los plazos para deducir los recursos admisibles, se establecen otros plazos para recurrir lo suficientemente amplios, con el objeto de que todos aquellos que tuvieran interés en recurrir puedan llegar a conocer la existencia del acto presunto y con ello reaccionar a tiempo, antes de transcurrir los plazos para iniciar el proceso.

Esta es la solución que se ha acogido en el anteproyecto del Código de Costa Rica. No sólo para los casos en que el proceso se iniciara en relación con el acto presunto, sino en general se fija el plazo de cuatro años; sin duda, por estimar que no hay razón para sujetar los procesos que se incoan en defensa de unos derechos o intereses a unos plazos breves de caducidad, bastando en su caso los plazos de prescripción. Si el contencioso no es un proceso al acto, bastará con que jueguen los plazos de prescripción. Pero desde la perspectiva procesal, se establece un plazo amplio de cuatro años (artículo 48) y ya se preocupará el interesado por iniciar el proceso cuando estime necesaria la protección jurisdiccional.

Antes de establecer una norma como esta, ha de tenerse en cuenta:

- Que para que cumpla la finalidad perseguida, no puede limitarse la prolongación de los plazos a la iniciación del proceso administrativo. Si se mantiene, como ocurre en muchas legislaciones, aunque no en general sino en supuestos concretos, unos plazos breves para recurrir en vía administrativa contra los actos presentes y la excepción del acto confirmatorio que impide impugnar en vía procesal los actos consentidos, por no haberse interpuesto dentro del plazo fijado los recursos administrativos admisibles, de poco sirve la ampliación de los plazos para iniciar el “contencioso-administrativo”.

- Que si los plazos no se amplían muy considerablemente —como ocurre en la Ley española— no sirven para nada.
- Y si se amplían excesivamente, podrá atentarse contra otro principio del Ordenamiento tan relevante como el de la tutela judicial, que es el de seguridad jurídica.

B. *Eliminación del plazo para recurrir*

Esta solución es más drástica que la anterior. Si el silencio —al menos el negativo— es una ficción que la ley establece para que el interesado, si lo desea, pueda interponer los recursos admisibles, debe dársele opción a esperar la resolución expresa y su notificación con todos los requisitos, por lo que ha de quedar abierta la posibilidad de recurrir en tanto no se notifique a los interesados dicha resolución expresa.

Este resultado es el que parece adoptar el Código de la provincia de Buenos Aires. Porque, después de establecer —como se ha indicado— que “se presumirá la existencia de una resolución denegatoria o adversa para el interesado y quedará expedita la instancia judicial” (artículo 16.1), al regular el “plazo para deducir la pretensión” y determinar cuándo empieza a computarse no hace referencia al supuesto de silencio, lo que supone que regirá la norma del artículo 16 y el plazo quedará abierto en tanto no exista resolución expresa.

El desenlace que yo he defendido en más de una ocasión, no deja de ofrecer serios inconvenientes. Es indudable que los derechos del tercer interesado quedarían siempre garantizados si está bien regulado el emplazamiento, permitiéndole comparecer siempre que se interponga el “recurso contencioso-administrativo”. Pero, aparte de que las reglamentaciones del emplazamiento ofrecen importantes lagunas, que resulta difícil llenar, existen razones de seguridad jurídica que se oponen a que se mantenga indefinidamente abierta la posibilidad de iniciar el proceso. No ya para el tercer interesado, que confía en que existe una situación jurídica mantenida por la presunción desestimatoria, sino por el propio interés público. Pensemos que el procedimiento, no resuelto expresamente, es el incoado por la petición de una actuación o concesión para utilizar el dominio público. Si mantenemos indefinidamente la posibilidad de recurso contra la presunción denegatoria y, por tanto, la obligación de resolver el procedimiento administrativo que sigue vivo, la Administración se ve obligada a no tramitar una petición ulterior sobre el mismo objeto, tenien-

do preferencia —*prior in tempore potior in iure*— lo que está pendiente de resolver.

C. Posibilidad de poner fin a la limitación del plazo

Es indudable que la Administración siempre podrá poner fin a la situación de incertidumbre, que supone dejar abierta la vía de impugnación, con la resolución de las peticiones que ante ella se hubieran formulado y su notificación.

Si existen razones de interés público que aconsejan poner fin a tal situación, nada más fácil. Pero lo grave es que tales situaciones están encubriendo casos de corrupción o persiguiendo fines bastardos. De aquí que haya de arbitrarse otras garantías. Concretamente las siguientes:

- En el supuesto del silencio positivo, estimando que el plazo para recurrir frente al acto presunto empieza a correr desde que es manifiesta extremadamente la actividad legitimada por el acto (ej. empezar la edificación legitimada por el acto presuntamente estimatorio).
- Y en todo caso, como consecuencia de la petición del interesado a que se notifique a aquél que tuviere interés en recurrir que se ha producido el silencio administrativo, con indicación de los recursos admisibles y plazo para interponerlos. Incluso, permitiendo que si la Administración hace caso omiso de la petición, se haga la notificación fehacientemente a través de Notario.

En este sentido, la Ley de Jurisdicción Administrativa del estado de Jalisco ha establecido una fórmula correcta en su artículo 32. Después de establecer en su párrafo primero, que “en los casos de negativa facta la denuncia podrá presentarse en cualquier momento”, en el párrafo segundo dice: “Cuando existan terceros interesados, éstos podrán solicitar al órgano judicial que notifique la configuración de la negativa facta al particular que hubiera presentado la solicitud; en tal caso, la demanda deberá interponerse dentro de los 30 días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación en los términos de la presente ley”.

VI. EPÍLOGO

Decía, al comenzar, que los Ordenamientos jurídicos atribuyen al juez administrativo unas potestades y unas herramientas que le permiten hacer efectiva la tutela judicial frente a las Administraciones Públicas.

Pero nuestros jueces —y creo que la afirmación puede generalizarse a todos nuestros países— no siempre están a la altura de las circunstancias, por lo que hemos de esforzarnos en que nuestras leyes regulen con la máxima claridad y precisión aquellos aspectos del proceso administrativo en que todavía se resiste la tutela judicial.

He tratado de ofrecer un resumen de los que se plantean en torno a lo que constituye el objeto del proceso y de las garantías frente a la inactividad de la Administración. Existen otros muchos. Sólo cumpliremos la función que como juristas hemos de justificar en la sociedad, si logramos traducir en normas claras y sencillas el fruto de nuestro estudio, partiendo de nuestra experiencia profesional.