

SILENCIO ADMINISTRATIVO E INACTIVIDAD

**CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LOS EFECTOS
DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO EN EL
EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS**

VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ

**DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I DRET PROCESSAL
SECCIÓ DE DRET ADMINISTRATIU
UNIVERSITAT DE BARCELONA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO
(RD 185/1985, DE 23 DE ENERO)**

**DIRECTOR
DR. TOMÀS FONT I LLOVET
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

1

**PROGRAMA DE DOCTORADO
DRET ADMINISTRATIU, BIENNI 1990-1991, 1991-1992**

BARCELONA, 1996

CAPÍTULO TERCERO. EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I.- LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.- El procedimiento administrativo y la obligación de resolver desde una perspectiva histórica

En el capítulo primero de este trabajo hemos visto, desde un análisis histórico, como surge el silencio administrativo en nuestro Derecho al hilo de unas necesidades administrativas concretas y como a través de una constante evolución se va impregnando paulatinamente de un carácter eminentemente garantizador a través de la lucha por el Estado de Derecho.

En este momento de nuestra investigación interesa profundizar en el papel que históricamente juega la institución del procedimiento administrativo en el problema de la inactividad administrativa y el transcurso del tiempo. De esta forma, pretendemos una mayor comprensión de esta institución, en particular la posición que tienen los particulares durante la tramitación del procedimiento para poder impulsar los diversos trámites que lo integran. Con ello se pretende cambiar la perspectiva de análisis tradicional de la inactividad focalizada, a través del silencio administrativo, en un teórico momento final del procedimiento, esto es el "acto administrativo presunto." En definitiva, lo que queremos poner especialmente de relieve es que el tema de la denominada inactividad formal no se acaba simplemente con la teoría de los silencios administrativos.

La posibilidad de establecer una mayor comunicación entre Administración y ciudadano a lo largo del procedimiento, lejos de trámites rituarios y meramente formalistas, puede ser un elemento decisivo en agilizar la actuación administrativa. Al mismo tiempo, con la necesaria observancia de ciertos trámites fundamentales, sería quizás más conveniente dar mayor discrecionalidad al responsable del procedimiento para poder ordenarlo y llevar a cabo su realización de la forma más ágil posible. Téngase en cuenta que el procedimiento siempre se ha visto como una secuencia ordenada de trámites encadenados que debía seguirse de una

forma rígida, para garantizar la posición de los ciudadanos. Este exceso de rigidez procedimental debe llevarnos a distinguir lo que es puro formalismo de lo que realmente garantiza la posición del ciudadano. Por eso, quizás haya que pensar en mecanismos que permitan alterar el carácter secuencial del procedimiento para ganar tiempo mientras se realizan otro tipo de actuaciones.

Las respuestas tradicionales, según veremos, se centran en el establecimiento de plazos preclusivos, cuya infracción teóricamente genera la responsabilidad disciplinaria del funcionario responsable. Los plazos pese a predicarse como "fatales e improrrogables" ¹¹⁷⁴ únicamente constituyen la medida de una responsabilidad que difícilmente se exige. La inefectividad y la decepción que generan tales mecanismos es notoria a lo largo de la historia. Los derechos de los administrados se centran en asegurar su defensa frente a la Administración pública, pero no en fomentar su colaboración para asegurar una rápida y satisfactoria finalización del procedimiento administrativo ¹¹⁷⁵.

El examen histórico demostrará como las aparentes novedades que frecuentemente el legislador pretende vender como tales, no son sino una mayor concreción o presentación de derechos y obligaciones que ya se habían alcanzado anteriormente ¹¹⁷⁶. También evidenciará que pese a las buenas intenciones que no dudamos estarían en mente del redactor

¹¹⁷⁴ Vid. por ejemplo el art. 210, apartado cuarto, del Reglamento de organización y procedimiento administrativo de la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia, aprobado por RD de 9 de julio de 1917 (*Gaceta de Madrid* de 14 de julio de 1917).

¹¹⁷⁵ Así el profesor Martín BASSOLS COMA destaca la "Ausencia inicial de colaboración de los administrados en la acción administrativa" como uno de los epígrafes de su trabajo "Sobre los principios originarios del Derecho administrativo y su evolución" en *Libro homenaje al Profesor Juan Galvañ Escutia*, Ed. Universitat de València, Facultad de Derecho, València, 1980, pp. 67-68. De esta forma: "El administrado sólo exige de la Administración un tratamiento igual frente a los demás administrados y consecuentemente que la Administración como procurador del bien general actúe con imparcialidad."

¹¹⁷⁶ Así lo advierte significativamente el profesor José Ramón PARADA VÁZQUEZ, respecto a la obligación de resolver: "[...] hay que desmontar la falaz impresión que pretende dar la Exposición de Motivos de la Ley que en la regulación anterior la Administración no tuviera también la obligación de resolver en todo caso y responder a las peticiones de los administrados." Vid. *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 168.

de la norma muchas de estas medidas pueden ser realmente ineficaces para salvaguardar los derechos de los ciudadanos.

En los orígenes de nuestro Derecho administrativo si bien se reguló con detalle el proceso contencioso-administrativo en las leyes de 1845 se carecía, en cambio, de unas normas que disciplinaran la vía previa, es decir el procedimiento administrativo ¹¹⁷⁷. Algunos autores han apuntado que la razón de ello hay que encontrarla en que aún no se había generalizado el privilegio de decisión ejecutoria ¹¹⁷⁸. Según esta doctrina será la Ley de Santamaría de Paredes en 1888 quien al generalizar tal privilegio provocará la necesidad de regular el procedimiento, dictándose un año más tarde la Ley Azcárate. No obstante, parece que fueron esencialmente otro orden de razones las que moverían al legislador español a no regular el procedimiento administrativo hasta el último tercio del siglo XIX. La apreciación que se acaba de manifestar viene avalada por el hecho de que en un primer momento el procedimiento administrativo carecía de un carácter eminentemente garantizador, sino interno y secundario, debido a la gran influencia en esa época del modelo francés. Será paradójicamente con el apartamiento de los referentes franceses que se desarrollará un contencioso-administrativo en el que se dará preferencia más a los temas de forma y de procedimiento que no a los de fondo, como es el control de la discrecionalidad.

En realidad hasta ese momento la evolución de lo que constituirá el procedimiento administrativo no es sino el apartamiento de las clásicas fórmulas judiciales de lo que el Derecho común conocía como el *ordo iudiciorum*. El ejercicio del poder público que se manifestaba principalmente a través de la *iuris dictio* requerirá cada vez más fórmulas ágiles

¹¹⁷⁷ Para Enrique MARTÍNEZ USEROS: "Manifiesto contrasentido era que los Reglamentos de 1 de octubre de 1845 y 30 de diciembre de 1846 hubiesen ordenado el procedimiento en lo contencioso-administrativo, mientras que en lo puramente administrativo, antecedente inmediato y obligatorio de aquél siguiera imperando el desorden que ocasionaba la ausencia de una reglamentación general. La política de reglamentaciones aisladas, dada su falta de uniformidad, no podía conducir a ningún bien." *Vid.* de este autor "La teoría del silencio administrativo..." *op. cit.* p. 166, nota 2.

¹¹⁷⁸ *Vid.* PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso" en *RAP* 55, enero-abril 1968, pp. 105-106.

y simplificadas, capaces de elaborar títulos ejecutivos que imponer al particular ¹¹⁷⁹. Ello es consecuencia de los notorios poderes que irá adquiriendo paulatinamente el monarca y que se teorizan bajo la proteica fórmula de la policía administrativa ¹¹⁸⁰. Este proceso de apartamiento de las clásicas fórmulas judiciales tiene su origen en la célebre Constitución *Saepe contingit* del Papa Clemente V que tiene como finalidad aclarar la máxima *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*, al mismo tiempo que permite explicar que trámites del *ordo iudiciorum* deben aplicarse o no en estos procedimientos simplificados que serán el germen de lo que en la actualidad denominamos procedimiento administrativo ¹¹⁸¹. Al mismo tiempo a través de instituciones como la pesquisa se irá manifestando la formación de un sistema inquisitorial o de realización de oficio de las actuaciones procesales cuando se tratara de la realización de un interés público ¹¹⁸². Por tanto, la ausencia de una regulación general del procedimiento administrativo no será tanto consecuencia de la falta de generalización del privilegio de decisión ejecutoria, sino del continuo apartamiento de las solemnidades rituaras de los procesos judiciales, en busca de una mayor celeridad en la expedición de títulos ejecutivos.

La preocupación del legislador por dotar a la Administración de unas reglas precisas para regular los diversos trámites del procedimiento administrativo será, con todo, bastante temprana en nuestro país. Los precedentes pueden encontrarse incluso con anterioridad a la

¹¹⁷⁹ Vid. al respecto el excelente análisis realizado por MAURI I MAJÓS, Joan: "La formación histórica del Derecho administrativo" en *Proyecto docente* (obra inédita).

¹¹⁸⁰ Sobre este concepto vid. por todos los trabajos de: NIETO GARCÍA, Alejandro: "Algunas precisiones sobre el concepto de policía" en *RAP* 81, 1976; y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: "Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional" en *REDA* 29, 1981.

¹¹⁸¹ Sobre esta famosa clementina y su incidencia sobre lo que sería el procedimiento administrativo, ya hemos tenido ocasión de referirnos en un anterior trabajo (*La presunción de certeza... op. cit.* p. 37.). Con respecto a esta Constitución puede consultarse por todos: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1982, pp. 238-243.

¹¹⁸² Vid. al respecto CERDÁ RUIZ-FUNES, Joaquín: "En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho castellano-leonés de la Edad Media" en *Anuario de Historia del Derecho español. Separata*, 1962, pp. 493-494. La utilización de la pesquisa como instituto procesal de carácter fundamentalmente probatorio no tendrá su aplicación exclusivamente en el orden penal, sino que también se utilizará con fines fiscales, administrativos, para fijar el derecho consuetudinario, en determinados litigios procesales, civiles o criminales.

denominada "Ley Azcárate" de 1889, que supuso la primera Ley general sobre procedimiento administrativo entre los países pertenecientes a nuestro contexto cultural y jurídico ¹¹⁸³. Como se puso de manifiesto en los reglamentos de desarrollo a la "Ley Azcárate" la regulación del procedimiento administrativo contaba ya con una normativa precisa fruto de una evolución sobre la cual se producen pocas innovaciones ¹¹⁸⁴.

Los reglamentos que incidentalmente regulan el procedimiento tendrán, por tanto, un carácter meramente interno ¹¹⁸⁵, sin vincular a la Administración frente a los particulares, siendo por lo demás de carácter fragmentario y disperso. Ante esta situación, el Consejo Real, llamado posteriormente Consejo de Estado, advirtió en diversas ocasiones de las disfuncionalidades que provocaba la ausencia de unas normas que establecieran con claridad los diversos trámites que conformaban la actuación formalizada de la Administración pública. Este estado de la cuestión se constata con una Real Orden de 8 de febrero de 1867 en materia de la Hacienda pública ¹¹⁸⁶, según la cual:

¹¹⁸³ La importancia de esta Ley es proclamada eufóricamente en el preámbulo del RD de 23 de abril de 1890, aprobando el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Fomento: la Ley "[...] establece en sus bases garantías tan seguras para el público, que indudablemente en ningún país las tendrán mayores, ni aún iguales los ciudadanos en sus relaciones con la Administración del Estado."

¹¹⁸⁴ Como advierte el Ministro de Fomento COLÓN DE LA CERDA en el preámbulo del RD de 28 de abril de 1890, por el que se aprueba el reglamento de procedimiento de su ministerio: "En honra y gloria de mis dignos predecesores debo consignar aquí que fuera de la parte completamente nueva de la citada ley, que se refiere a la notificación de los expedientes, todos los demás preceptos que contiene eran ya disposiciones que regían por decretos o Reales órdenes en el Ministerio de Fomento [...]."

¹¹⁸⁵ Vid. la STS de 4 de diciembre de 1871 (*Gaceta de Madrid* de 10 de enero de 1872): "Considerando, respecto a las nulidades que se reclaman, que no es cierto que en este negocio no se haya oído a los centros del Ministerio, pues hay en el expediente notas del Negociado y de la Subsecretaría, y además varios dictámenes del Consejo de Estado en pleno; y que si bien sobre algunos extremos no se hizo así, esto fue o porque no lo permitía la índole urgente de las medidas adoptadas, lo cual de ningún modo puede producir nulidad, *toda vez que por ello no la establecen los reglamentos de la Secretaría; cuyo carácter, sobre no estar publicados ni en la Gaceta ni en la Colección legislativa, es puramente interior, sin alcance bastante para fundar sobre ellos declaraciones de esa índole* (la cursiva es nuestra)."

¹¹⁸⁶ El título completo de esta norma es el siguiente: Real Orden de 8 de febrero de 1867 trasladando la expedida en 6 del actual por la Presidencia del Consejo de Ministros, por la que se dispone que los Jefes de todas las dependencias del Ministerio de Hacienda, siempre que dicten resoluciones que puedan ser objeto de reclamación por la vía contenciosa, las notifiquen a los interesados dentro de los términos que, según los casos, están señalados al efecto, con lo demás que se expresa.

"El Consejo de Estado [...] ha llamado la atención hacia los graves perjuicios que a los intereses del Estado y de los particulares ocasiona, ya el silencio de la legislación, ya su inobservancia respecto de los plazos para notificar las resoluciones que causan estado en los negocios gubernativos susceptibles de reclamación contenciosa, y en cuanto a los términos establecidos para hacer saber a los particulares la admisión e inadmisión de las demandas, y enterada la Reina (Q.D.G.) de cuanto tal motivo ha expuesto el Consejo, se ha servido disponer manifieste a V.E. la necesidad de que prevenga a los Jefes de todas las dependencias que constituyan el Ministerio de su digno cargo, *que siempre que dicten resoluciones que puedan ser objeto de reclamación por la vía contenciosa, las notifique a los interesados con las formalidades oportunas dentro de los términos que, según los casos, están señalados para el efecto, y de todos modos en el plazo más breve posible*: que igualmente se remesen sin demora al Consejo de Estado los expedientes gubernativos que reclame, a fin de consultar la procedencia o improcedencia de las demandas contenciosas que ante aquel alto cuerpo se hubieran presentado; y por último que las resoluciones concediendo o denegando aquel recurso, se dicten o comuniquen a aquel Consejo, dentro de los treinta días a que este fin establecen los artículos 59 y 60 de la ley de 17 de agosto de 1860 sobre organización y atribuciones del mismo Consejo."

No será hasta el denominado Sexenio Revolucionario (1868-1874) que se establecerán lo que se ha venido a calificar "como la primera regulación general del procedimiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico" ¹¹⁸⁷. Este período ¹¹⁸⁸ se caracteriza precisamente por

¹¹⁸⁷ Vid. BASSOLS COMA, Martín: "La significación de la legislación sobre procedimiento administrativo en el Derecho administrativo español. Especial consideración de la Ley de procedimiento administrativo de 1958" en PENDÁS, Benigno (Ed.): *Administraciones públicas y ciudadanos*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, p. 38.

¹¹⁸⁸ Sobre esta época vid. NIETO GARCÍA, Alejandro: "La Administración y el Derecho administrativo durante el Gobierno Provisional de 1868-69" en *Revista de Occidente*, tomo XXIII, octubre-diciembre 1968, pp. 64-93. Este autor pone de manifiesto que el proceso revolucionario no fue uniforme, existiendo diversas

la judicialización de la jurisdicción contencioso-administrativa, debido principalmente al descrédito que había manchado al Consejo de Estado durante sus últimos años de funcionamiento ¹¹⁸⁹. Los nuevos aires de la Gloriosa traerán una mayor preocupación por la efectividad de las garantías ciudadanas, sustrayendo de manos de la Administración este autocontrol que era el contencioso-administrativo y residenciándolo en manos de los jueces. Esta judicialización debió influir, de bien seguro, en una "procesalización" de lo que se consideraba la vía previa o gubernativa, apareciendo diversas reglamentaciones del procedimiento administrativo.

Tales reglamentaciones que comprenden fundamentalmente los años 1869-1873 si bien tienen una vocación de "régimen interno o interior" ¹¹⁹⁰ también muestran un contenido garantizador que trasciende de la esfera puramente administrativa ¹¹⁹¹. Es más según veremos la legislación posterior, esencialmente la Ley Azcárate, introducirá mínimas innovaciones "con un espíritu o filosofía de la garantía de los administrados mucho menos vigorosa y fecunda que las normas que se habían dictado en el período 1869-1873" ¹¹⁹².

fases con caracteres propios. También es imprescindible MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "Aspectos del Derecho administrativo en la revolución de 1868 (Las regulaciones iniciales)" en *RAP* 58, enero-abril 1969, pp. 9-48.

¹¹⁸⁹ Así pese a "las sólidas bases sobre las cuales había de erigirse el alto Cuerpo consultivo", "los abusos de poder y las concupiscencias de la política fueron cercenando poco a poco la respetabilidad de tan ilustre Cuerpo y disminuyendo su antigua importancia". *Vid.* la voz "Consejo de Estado" en MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo (Ed.): *Diccionario de la Administración española*, 6ª edición, tomo IV, Madrid, 1915, p. 219.

¹¹⁹⁰ Esta concepción de los reglamentos de este período está presente en FERNANDO PABLO, Marcos M.: *La motivación... op. cit.* pp. 77-79, bajo el expresivo título "Las providencias de la Administración activa: del procedimiento como cuestión de "régimen interior" al procedimiento como garantía". Para este autor si bien el RD de 24 de septiembre de 1872 es un notable precedente domina en él "la idea de procedimiento como una cuestión de *simple régimen interno* de las oficinas administrativas".

¹¹⁹¹ Así se constata en la Exposición de Motivos del Decreto de 30 de noviembre de 1870, aprobando el adjunto reglamento para el Ministerio de la Gobernación, donde se destaca este doble carácter: "A poner en práctica los principios enunciados se encamina el adjunto reglamento, de cuyas disposiciones, unas tienen por objeto organizar el régimen interior de la Secretaría y otras se refieren al procedimiento administrativo, estableciendo condiciones que sirvan a los interesados como prenda de acierto en el despacho de sus respectivos expedientes (la cursiva es nuestra)."

¹¹⁹² *Vid.* BASSOLS COMA, Martín: "La significación de la legislación de procedimiento..." *op. cit.* p. 52.

De particular relieve por su carácter pionero debe citarse al Reglamento para el Ministerio de Gobernación, aprobado por Decreto de 30 de diciembre de 1870 y publicado en la Gaceta de Madrid de 7 de diciembre del mismo año. En el Preámbulo de esta normativa se alude particularmente a la problemática del exceso de duración de los procedimientos administrativos en el siguiente sentido:

"La manera de litigar y resolver expedientes en las oficinas generales del Estado ha sido objeto de continuas reclamaciones y de severas censuras, dirigidas, ya contra la reserva en que se guardan los procedimientos administrativos, *ya contra las dilaciones causadas por largos trámites y pesados rodeos.*"

Más adelante y en la propia Exposición de Motivos se hace referencia a un verdadero catálogo o elenco de derechos de los particulares, entre los que adquieren especial relieve en atención a la rapidez en la tramitación de los procedimientos:

"El derecho a reclamar recibo donde conste la fecha en que se presentaron los documentos; el de conocer en cualquier tiempo el estado y curso del expediente; la obligación impuesta a los agentes administrativos de aducir por escrito las razones que aconsejen dejar en suspenso un negocio; la de recordar, pasado cierto término, a las corporaciones o empleados la emisión de informes; la de proponer lo que proceda si incurren en nueva omisión después de segundo recordatorio; y finalmente el principio general de fijar plazos para la ejecución de los trabajos y para la práctica de las diligencias, son preceptos capaces de asegurar a los particulares contra la incuria de los funcionarios que inmotivadamente pudieran retrasar la resolución de sus instancias."

Sin duda la medida más importante, la cual será un tema recurrente en la legislación administrativa hasta nuestros días, es la necesidad de fijar en la medida de lo posible unos

plazos ciertos de tramitación, la infracción de los cuales había de generar responsabilidad disciplinaria. Tales planteamientos pueden encontrarse, por tanto, en el art. 55 de esta normativa:

"Siempre que fuere posible, se señalarán términos para la ejecución de los trabajos o la práctica de las diligencias que exigiere la mayor ilustración de los asuntos.

El empleado que no ejecutare el trabajo dentro del término prefijado, deberá explicar por escrito los motivos del retraso ¹¹⁹³, y quedará sujeto a la corrección a que podía haberse hecho acreedor."

De esta época también es el Reglamento para el régimen y tramitación de los negocios en el Ministerio de Hacienda, aprobado por RD de 18 de febrero de 1871 (*Gaceta de Madrid* de 22 de febrero de 1871). En este momento se toma consciencia de que la lentitud de los procedimientos ocasiona no sólo perjuicios a los particulares, sino especialmente al propio Estado ¹¹⁹⁴. Asimismo se denuncian las diversas prácticas administrativas que entorpecen la tramitación del procedimiento ¹¹⁹⁵.

El sistema se generalizará a los demás ministerios por medio del Real Decreto de 14 de septiembre de 1872, disponiendo que en el término de dos meses se formen e impriman

¹¹⁹³ En la actualidad, curiosamente el funcionario público no está obligado a explicar los motivos de su retraso. Tan sólo se prevé la motivación en los casos de alteración del orden riguroso de incoación (art. 74.2 de la LRJPAC).

¹¹⁹⁴ *Vid.* el preámbulo de este RD: "La lentitud con que se tramitan los negocios administrativos, y los entorpecimientos y dificultades que en su instrucción se encuentran, han sido objeto constante de crítica, tanto más fundada, cuanto los perjuicios que se irrogan a los particulares son siempre menores que los que sufren los intereses del Estado."

¹¹⁹⁵ Así, podemos destacar: "Otra práctica no menos viciosa es la de pedir uno tras otro los documentos que se necesitan, y entretener con una serie de trámites, a veces por largos años, el despacho de asuntos muy sencillos, dando lugar con esto, no sólo a grandes perjuicios para los interesados, sino a que se vean con frecuencia obligados a abandonar la dirección de los negocios, confiándolos a intermediarios, que muchas veces son causa de que no se forme la mejor idea ni el juicio más exacto de la Administración pública."

reglamentos interiores para el despacho de los negocios encomendados a las dependencias de la Administración del Estado (Gaceta de Madrid de 15 de septiembre de 1872). Concretamente su art. 3 disponía que en estos reglamentos interiores "se determinarán cuidadosamente los plazos para todas las diligencias y actos en general que comprenda la tramitación de los expedientes; y en los reglamentos especiales se fijarán asimismo los plazos máximos de todos y cada uno de los trámites, descendiendo hasta los más mínimos detalles." El sistema se cerraba con el art. 18 y último de esta normativa, según el cual:

"Los funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad cuando por su morosidad se interrumpa o detenga el curso de un expediente. Esta será gubernativa o judicial. La primera se hará efectiva de oficio o a instancia de parte con arreglo a lo que dispongan los reglamentos respectivos de cada dependencia. La responsabilidad judicial será exigida en conformidad a lo preceptuado por las leyes."

Durante esta época ya encontramos instituciones que nos parecen novedosas hoy en día, como es la identificación de los responsables en diversas fases del procedimiento ¹¹⁹⁶, la posibilidad de conocer el estado de su tramitación ¹¹⁹⁷, el dirigir quejas a las Administraciones por los retrasos administrativos ¹¹⁹⁸, la publicación de tales quejas y

¹¹⁹⁶ En el art. 51 del Reglamento del Ministerio de Gobernación de 30 de noviembre de 1870 se establece que: "Los Jefes de Sección y los de Negociado son responsables de los informes y propuestas que emitan en el curso de los expedientes".

¹¹⁹⁷ *Vid.* el art. 8 del citado RD de 14 de septiembre de 1872: "Igualmente contestarán en el término de diez días a los que pregunten por el estado de cualquiera reclamación que tengan pendiente en las mencionadas dependencias."

¹¹⁹⁸ *Vid.* el mencionado RD de 30 de noviembre de 1870: "Los días y horas que destinen el Ministro y el Subsecretario para recibir a los particulares que deseen hacerles observaciones sobre asuntos del servicio público, o producir quejas sobre abusos y retrasos en el despacho de los expedientes, constarán en una tablilla, expuesta al público en lugar conveniente."

estadísticas sobre el número de asuntos tramitados y pendientes ¹¹⁹⁹, así como la necesidad de que el funcionario explique por escrito los motivos de su retraso cuando no ejecutare el trabajo dentro del término prefijado ¹²⁰⁰.

El fracaso de la esta época revolucionaria, conocida como "la Gloriosa", si bien supone un retorno de la jurisdicción contencioso-administrativa al Consejo de Estado con la Restauración (1874), no comporta un retroceso respecto a la preocupación por regular el procedimiento administrativo. Ahora bien, tal y como se ha advertido, el panorama doctrinal de la época sobre procedimiento administrativo es absolutamente desolador ¹²⁰¹. Los tratadistas si bien conceden bastante tiempo al examen de la jurisdicción contencioso-administrativa, apenas dedican unas pocas líneas al procedimiento administrativo, el cual es un mero apéndice en sus explicaciones. Sin duda la influencia dogmática francesa para la cual el "procedimiento no contencioso" tiene un valor menor, influirá en los autores de la época. Estos en definitiva, principalmente abogados y con una perspectiva eminentemente forense, están más preocupados en atribuir el contencioso-administrativo a los tribunales de justicia y establecer un proceso similar al civil. Se perderá, por tanto, una oportunidad de oro para poner a la dogmática española a la vanguardia de los estudios sobre procedimiento administrativo, pese al "filón" normativo que sobre esta materia existía en nuestro país.

La necesidad de reglamentar los trámites de la Hacienda pública de esa época ¹²⁰² llevan

¹¹⁹⁹ Vid. el art. 6 del citado RD de 14 de septiembre de 1872: "Mensualmente se publicará una estadística que exprese el número de expedientes ingresados y resueltos durante el mes y de los que quedan pendientes de despacho, especificándose en los resueltos la fecha de su ingreso, con arreglo a los estados adjuntos."

¹²⁰⁰ Vid. el art. 55 del citado RD de 30 de noviembre de 1870.

¹²⁰¹ Vid. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio: "Reglamento de procedimiento del Ministerio de Industria" en *RAP* 15, 1954, p. 262. Más recientemente LÓPEZ MENUDO, Francisco: "Los principios generales del procedimiento administrativo" en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Ed.): *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Ed. Civitas y Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Madrid, 1993, pp. 116 y 117.

¹²⁰² Son significativas las palabras de Fermín ABELLA cuando al referirse al procedimiento especial en materias de Hacienda hace referencia a el estado anterior a las novísimas reformas. Según este autor "[...] se daba el caso que ciertos expedientes estuvieran en tramitación años y años, porque los centros administrativos no tenían prescritos términos perentorios y fatales para cada diligencia, ni mucho menos para la terminación

a la aprobación como norma positiva de la Ley de 31 de diciembre de 1881 sobre bases para el procedimiento de reclamaciones económico-administrativas, conocida por el nombre del ministro de turno como "Ley Camacho", a la que acompañaba el correspondiente reglamento provisional. Esta ley comportó una destacada procesalización del procedimiento, especialmente el de reclamación o de recurso. Este exceso de asimilación a las formas judiciales comportó una rápida reforma de la Ley emprendida por el Ministro COS-GAYÓN. Este se quejaba de tal asimilación por las consecuencias que se desprendían de la misma. A los efectos que a nosotros nos interesa debemos destacar que el Ministro señalaba que:

"Lo mismo en el señalamiento de los términos que en el número de instancias, que en todos los demás pormenores del procedimiento, había un exceso de apropiación de las formas judiciales para los asuntos administrativos que ha resultado en la práctica absolutamente insostenible. Los términos no se han observado por regla general en la Administración Central y están derogados de hecho, como no podía menos serlo. Cuando hay Direcciones Generales que se encuentran con 30.000 expedientes para despachar y una ley que les manda despacharlos en una semana, claro está que no había términos hábiles para que esta ley se cumpliera ¹²⁰³."

Fruto de este fenómeno de asimilación de fórmulas de neto contenido procesal es la incorporación al procedimiento administrativo del denominado recurso de queja como solución al problema de la inactividad administrativa ¹²⁰⁴. Es oportuno recordar que de esta

de cada instancia; y de aquí resultaba que reclamaciones y negocios muy urgentes se postergaban a veces a otros menos importantes y menos del momento, por ceder quizá a influencias extrañas, a la recomendación más poderosa o al interés personal, más o menos directo, de algún funcionario llamado a intervenir en el asunto." *Vid. Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo y del procedimiento especial en los asuntos de Hacienda*, Madrid, 1882, p. 361.

¹²⁰³ *Vid. Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados* 143, sesión del jueves 7 de mayo de 1885, p. 3990. Este texto aparece citado en BASSOLS COMA, Martín: "La significación..." *op. cit.* p. 46 nota 18.

¹²⁰⁴ Este extremo ha sido puesto de relieve por el profesor José María BOQUERA OLIVER en su trabajo: "Del recurso de queja a la queja" en *RAP* 27, septiembre-diciembre 1958, p. 182 nota 2.

época son la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. En ambas normativas diversos preceptos recogen la posibilidad de los litigantes de acudir en queja ante el Ministerio de Gracia y Justicia por dilaciones injustificadas en los términos judiciales ¹²⁰⁵. El ministro Juan Francisco CAMACHO explicaba en la Exposición de Motivos de la Ley de procedimientos de reclamaciones económico-administrativas el porqué de la introducción del recurso de queja. En realidad la queja "se dirige contra los funcionarios, y cabe hacer uso de él en todo caso y en cualquier estado del expediente, citando siempre el artículo de la Ley o del reglamento que se considere infringido. Este recurso de queja hace más estrecha la responsabilidad de los empleados, mereciendo, por tanto, una crítica favorable." La "importación" de este medio de denuncia de irregularidades procedimentales si bien será reiterada en adelante por la normativa de procedimiento, tendrá como es sabido una virtualidad casi nula en la *praxis* administrativa, pese a la "fe ciega" de los tribunales en tal instituto que consideraban el medio idóneo de combate frente a la inactividad administrativa.

En esta época el incipiente desarrollo industrial comportará la búsqueda de soluciones procedimentales ágiles para la instalación de nuevas industrias que favorecieran el desarrollo económico del país. En este sentido es bastante expresiva la Exposición de Motivos de la Real Orden de 8 de enero de 1884, sobre establecimientos de nuevas industrias e inventos: prohibición dentro de las poblaciones, de las insalubres y peligrosos (*Gaceta de Madrid* de 22 de enero de 1884):

"Las autoridades tanto provinciales como municipales, y los dependientes de la Administración general procurarán por todos los medios que las leyes lo permitan facilitar el planteamiento y desarrollo de las industrias útiles sin poner otros obstáculos que los que en las mismas leyes se establezcan,

¹²⁰⁵ Debe señalarse que las leyes procesales utilizan el término queja en diversos sentidos. La dogmática procesalista reserva en la actualidad la expresión recurso de queja como un mecanismo de control de la admisibilidad de los recursos devolutivos como son la apelación y la casación. Sobre las diversas acepciones del término queja en las leyes procesales puede consultarse Fernando ALAMILLO CANILLAS: "El recurso de queja en nuestras leyes de Enjuiciamiento" en *Revista de Derecho privado*, tomo XXXVI, 1952, pp. 903-914.

procurando la mayor brevedad en la tramitación de los expedientes que se formen con ese objeto."

La "obsesión" del legislador por establecer plazos en los procedimientos administrativos encontrará su refrendo general en la Ley de procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889 (comúnmente denominada "Ley Azcárate"). Hasta ese momento, como advierten tratadistas de la época, era casi imposible determinar el tiempo de duración de un procedimiento administrativo ¹²⁰⁶. Con la nueva Ley se establece un tope perentorio en el cual se ha de sustanciar el procedimiento. En efecto, se señala en su base 8ª que en ningún caso podrá exceder de un año el tiempo transcurrido desde el día en que se incoe un expediente y aquél que se termine en vía administrativa, archivándose el expediente "si durante seis meses estuviera paralizado por causa del interesado sin que éste inste cosa alguna" ¹²⁰⁷. Se instrumenta, en este momento, una institución denominada caducidad del

¹²⁰⁶ Así José María CABALLERO Y MONTES señala: "Deficientes, como en el ramo de Hacienda, eran antes las leyes de procedimiento administrativo en general. Bien puede decirse que como aquel importante ramo, no era antes posible determinar en el procedimiento administrativo, sino en muy contados casos, el tiempo que habría que invertirse en la sustanciación de cualquier expediente administrativo [...]." *Vid.* de este autor *Lo contencioso-administrativo*, tomo I, Ed. Mariano Escar, Zaragoza, 1902, p. 74.

¹²⁰⁷ Este precepto encuentra su desarrollo en algunos de los diferentes reglamentos de procedimiento administrativo que aprueba cada ministerio. *Vid.* en este sentido: el art. 49 del Reglamento del Ministerio de Gracia y Justicia, aprobado por RD de 17 de abril de 1890 (Gaceta de Madrid de 21 de abril de 1890); art. 13 del Reglamento del Ministerio de Estado, aprobado por RD de 17 de abril de 1890 (Gaceta de Madrid de 25 de abril de 1890); art. 44 del Reglamento del Ministerio de Gobernación, aprobado por RD de 22 de abril de 1890 (Gaceta de Madrid de 25 de abril de 1890); art. 52 del Reglamento del Ministerio de Fomento, aprobado por RD de 23 de abril de 1890 (Gaceta de Madrid de 24 de abril de 1890); art. 43 del Reglamento del Ministerio de Marina, aprobado por RD de 25 de abril de 1890 (Gaceta de Madrid de 26 de abril de 1890); arts. 218 a 225 del Reglamento del Ministerio de Gracia y Justicia, aprobado por RD de 17 de abril de 1917 (Gaceta de Madrid de 14 de julio de 1917); art. 17 del Reglamento del Ministerio de Agricultura, aprobado por Decreto de 14 de junio de 1935 (Gaceta de Madrid de 16 de junio de 1935); arts. 113-115 del Reglamento del Ministerio de Gobernación, aprobado por Decreto de 31 de enero de 1947 (BOE 143, de 23 de mayo de 1947); art. 26 del Reglamento del Ministerio de Trabajo, aprobado por Decreto de 2 de abril de 1954 (BOE de 7 de mayo de 1954); art. 62 del Reglamento del Ministerio de Industria, aprobado por Decreto de 7 de setiembre de 1954 (BOE de 11 de octubre de 1954). Un supuesto particular es el RD de 15 de febrero de 1913 sobre caducidad y archivo de los expedientes de Fomento que lleven paralizados más de un año: recurso contencioso administrativo contra la resolución de caducidad (Gaceta de Madrid de 16 de febrero de 1913). En este último caso se señalaba que: "La declaración de caducidad implicará para el interesado la pérdida de todos los derechos que pudieran derivarse de la petición." Esta circunstancia hace que en la figura, prevista por este último reglamento, esté más cerca de la caducidad de la acción o de la prescripción, que no en cambio de la caducidad del procedimiento.

procedimiento ¹²⁰⁸, a semejanza de su homóloga procesal ¹²⁰⁹, para evitar la pendencia indefinida de procedimientos administrativos durante un período no determinado. Parece, por tanto, que la Ley instrumenta un mecanismo complementario al silencio administrativo que podría ser de gran utilidad al particular en los procedimientos iniciados de oficio por la Administración. Debe advertirse, empero, que esta posibilidad fue mutilada de raíz por la jurisprudencia y, eventualmente, por algún desarrollo reglamentario. De esta forma, la caducidad del procedimiento administrativo únicamente puede llegar a producirse cuando la demora es por causa imputable al interesado.

Con la Ley Azcárate se generalizaba a través de la base 14 el recurso de queja que había introducido en 1881 la Ley Camacho, si bien se desconecta de la exigencia de responsabilidad disciplinaria, la cual es objeto de regulación en la base 16. Esta desvinculación permitirá dar una doble finalidad al recurso: denuncia del funcionario y anulación de trámites acordados con infracción de disposiciones legales ¹²¹⁰.

La regulación procedimental necesitaba ser completada con mecanismos de responsabilidad correspondiente en caso de incumplimiento ¹²¹¹. En la Ley Azcárate se preveía la

¹²⁰⁸ Para un examen de la caducidad del procedimiento *vid.* este mismo trabajo en el capítulo dedicado a los ámbitos de aplicación y exclusión del silencio administrativo positivo.

¹²⁰⁹ Como puede verse por su desarrollo reglamentario en realidad esta institución viene a constituir una traslación de la caducidad de la instancia regulada en la Ley de enjuiciamiento civil al procedimiento administrativo. Así es bastante significativo el art. 43 del Reglamento de procedimiento del Ministerio de Marina, aprobado por RD de 25 de abril de 1890 (Gaceta de Madrid de 26 de abril de 1890): "No se contará tampoco el tiempo que el expediente esté detenido por culpa del interesado, pero procederá acordar la caducidad si durante seis meses estuviere paralizado, aplicándose las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento Civil sobre caducidad de la instancia." En sentido parecido el art. 49 del RD de 17 de abril de 1890, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio de Gracia y Justicia: "Serán supletorias de esta disposición las de la ley de Enjuiciamiento civil sobre caducidad de la instancia."

¹²¹⁰ *Vid.* BOQUERA OLIVER, José María: "Del recurso de queja..." *op. cit.* pp. 185-186.

¹²¹¹ En el orden penal debe destacarse la tipificación que del delito de prevaricación realiza el art. 451, cuarto, del Código penal de 1822: "los funcionarios públicos de cualquier clase, que ejerciendo alguna autoridad, sea judicial o gubernativa, o alguna superioridad en su ramo respectivo, nieguen, rehúsen o retarden a sabiendas y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio u otro remedio que legalmente se les pida, o que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponerlo." Supuesto de hecho que si bien no fue recogido en el Código de 1870, encontraría nuevamente una formulación en el art. 448 del

imposición de corrección disciplinaria e incluso la separación de servicio en casos de reincidencia por infracciones de los reglamentos de procedimiento administrativo (base 16), así como por proponer o acordar un trámite a todas luces innecesario, que se encamine a ganar tiempo, eludiendo las prescripciones reglamentarias (base 17). Por este motivo se dictan la Ley de 5 de abril de 1904 ¹²¹² y el Reglamento de 23 de septiembre del mismo año ¹²¹³. En éste último su art. 2 señalaba que: "Se entenderán actos y omisiones lesivas los realizados con infracción de precepto legal expreso en agravio de un derecho definido en disposición legal, y *la inobservancia de trámite o diligencia de sustanciación prevenidos por ley o reglamentos vigentes*, siempre que la acción u omisión no puedan ser asimismo imputables al que se dice perjudicado" (la cursiva es nuestra). Esta regulación preveía el ejercicio de una acción civil en la que eran competentes el Senado (cuando el demandado lo sea por acciones o omisiones como Ministro de la Corona), la Sala de lo civil del Tribunal Supremo (como jefe superior de Administración o jefe de Administración de primera clase o que goce de equivalente dotación) y la Sala de lo civil de la respectiva Audiencia Territorial (en los restantes casos) ¹²¹⁴. Ahora bien, cabe dudar de la efectividad de esta acción de responsabilidad civil ya que en el período que hemos consultado en la *Colección*

Código de 1928: "El funcionario público que se negara a practicar u omitiera un acto de su ministerio que le esté impuesto por disposiciones aplicables en la materia, o que, valiéndose de cualquier otro medio, impidiere o dificultare la tramitación o conclusión de los expedientes puestos a su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial de dos a seis años."

¹²¹² El nombre completo de la misma es: "Ley 5 Abril declarando obligados a todos los funcionarios civiles del orden gubernativo y administrativo, al resarcimiento de daños y perjuicios, por la infracción de preceptos cuya observancia les haya sido reclamada por escrito, y señalando la sustanciación de las demandas de indemnización, los Tribunales competentes para conocer de ellas en los distintos casos, los recursos contra las sentencias de los mismos, etc." (*Gaceta de Madrid* de 6 de abril de 1904)

¹²¹³ El nombre completo del mismo es: Reglamento provisional dictado para la ejecución de la ley de 5 de Abril de 1904, sobre responsabilidad de los funcionarios civiles del orden gubernativo o administrativo, aprobado por RD de 23 de septiembre de 1904 (*Gaceta de Madrid* de 27 de septiembre de 1904).

¹²¹⁴ Una exposición descriptiva de la legislación sobre responsabilidad del funcionario puede encontrarse en MHARTÍN Y GUIX, Enrique: *Derechos y deberes de los funcionarios públicos del Estado, de la Provincia y del Municipio en los diversos ramos de la Administración civil (Código jurídico administrativo de cuantos les corresponden y asisten como ciudadanos y como empleados, con expresión de las atribuciones y responsabilidades anexas a sus respectivos cargos)*, Ed. Centro editorial de Góngora, Madrid, 1906.

legislativa ¹²¹⁵ (1905-1915) no hemos encontrado ninguna sentencia donde se condene al funcionario por dilaciones o inactividad en la tramitación del procedimiento ¹²¹⁶.

La responsabilidad disciplinaria del funcionario público, en estos casos, vuelve a ser recogida en legislación posterior. Así la base séptima de la Ley de 22 de julio de 1918 de bases por la que se da un nuevo estatuto sobre la condición y trato de los funcionarios de la Administración civil del Estado (Gaceta de Madrid de 24 de julio de 1918), según la cual: "Los funcionarios residirán en el lugar donde su función radique, y asistirán como *mínimum* seis horas a la oficina los días laborables, despachando los expedientes que tramiten dentro de los plazos marcados en las leyes y reglamentos de procedimiento administrativo, reputándose como falta el incumplimiento de esta obligación."

Incluso existe algún supuesto donde la responsabilidad no se limita al empleado o funcionario público, sino que se extiende a las autoridades de carácter político como el caso del alcalde. En este sentido son significativos los arts. 268 y 273 del Estatuto municipal de 1924 ¹²¹⁷.

¹²¹⁵ Debe tenerse en cuenta que según el art. 8 de la Ley de 5 de abril de 1904, de responsabilidad de empleados públicos: "Todas las sentencias de responsabilidad a que aquella se refiere serán publicadas inexcusablemente en la *Gaceta de Madrid* y en la *Colección Legislativa*."

¹²¹⁶ En las escasas sentencias sobre responsabilidad del funcionario que hemos localizado en este período puede observarse como se ventilan otro tipo de asuntos: S. de la Audiencia de Palma de Mallorca de 23 de noviembre de 1908 (suspensión por el Alcalde de un acuerdo del Pleno en que se destituye a un agente recaudador y se nombra a un sustituto); S. de la Audiencia Territorial de Barcelona de 6 de mayo de 1910 (cese de funcionarios públicos de un Ayuntamiento), STS de 29 de octubre de 1912 (rescisión de un contrato de gestión del servicio de alumbrado público), STS de 2 de marzo de 1915 (destitución de un secretario municipal); STS de 17 de abril de 1915 (suspensión por el Alcalde de un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento).

¹²¹⁷ Para el art. 268 referido a las peticiones o reclamaciones de particulares se establecía un supuesto de silencio negativo señalándose que "Tales denegaciones tácitas serán impugnables mediante los oportunos recursos, y si prosperasen, podrá exigirse responsabilidad civil o gubernativa a las autoridades, funcionarios o Corporaciones culpables de la demora". Por lo que respecta a la resolución de recursos la responsabilidad quedaba bastante delimitada en el art. 273: "Los Alcaldes y Autoridades de todos los órdenes que incurriesen en demora injustificada en la tramitación de los recursos que en esta Ley tiene asignados plazos fijos, contraerán responsabilidad gubernativa, y será castigado cada culpable con multa de 100 pesetas, por día. La acción para exigir el pago de estas multas será pública, pudiendo ejercitarla cualquier habitante del Municipio ante la autoridad jerárquica inmediatamente superior al responsable, en la respectiva jurisdicción, y si se tratase de Ministros ante el Tribunal Supremo." Téngase en cuenta, empero, que no sólo se está hablando en este caso de recursos administrativos, sino fundamentalmente de recursos jurisdiccionales, pues los primeros habían quedado en gran parte suprimidos propiciándose un acceso más directo al juez, según hemos constatado anteriormente.

La dependencia jerárquica del Alcalde respecto al Delegado de Hacienda en materia de exacciones y presupuestos, que era donde fundamentalmente se concentraba los posibles recursos administrativos, posibilitaba teóricamente la exigencia de responsabilidad ¹²¹⁸. Ahora bien, si poco o nulo éxito tuvieron las medidas disciplinarias respecto a los funcionarios más debe dudarse que tuvieran mayor incidencia respecto a las autoridades no funcionarios. Estos esquemas se presentan de difícil traslado en nuestra época, pues la autonomía que garantiza la CE respecto a determinados tipos de entidades, impide controles jerárquicos en los que se sancione a una autoridad. Por otra parte, la inmensa mayoría de competencias de resolución de procedimientos acostumbran a recaer no en funcionarios sino en cargos de naturaleza política.

Ni la determinación normativa de plazos, ni la existencia de mecanismos de responsabilidad tuvieron escasa trascendencia en la erradicación de la inactividad y de la lentitud de la Administración pública. A ello debe señalarse un dato significativo como es la ausencia, en la Ley Azcárate y en los reglamentos departamentales que la desarrollaron, de una efectiva articulación de derechos de los administrados que permitieran impulsar la actividad procedimentalizada de la Administración pública. En este punto, se advierte un claro retroceso frente a los inveterados reglamentos que se habían aprobado en el período 1869-1873.

2.- La distinción deber-obligación y su plasmación en la legislación sobre procedimiento administrativo

La primera legislación sobre procedimiento administrativo, la Ley "Azcárate" de 19 de octubre de 1889, no establecía una obligación de resolver, sino más bien una prohibición de que el procedimiento excediera del plazo de un año. No obstante, la jurisprudencia entendió,

¹²¹⁸ Así el art. 13 del Reglamento de procedimiento en materia municipal, aprobado por RD de la Presidencia del Directorio militar de 23 de agosto de 1924 (*Gaceta de Madrid* de 27 de agosto de 1924) señalaba que: "A los efectos del art. 273 del Estatuto, la responsabilidad en que incurrían los alcaldes por la demora injustificada que prevé dicho precepto, será exigible ante el delegado de Hacienda cuando se trate de exacciones o presupuestos municipales, y ante el presidente de la Audiencia respectiva en los demás casos."

según hemos tenido oportunidad de comprobar en el capítulo primero de este trabajo, que la Administración estaba obligada a resolver, si bien no extrajo consecuencias jurídicas de relieve de tal afirmación ¹²¹⁹. En realidad más que una obligación se deducía un deber genérico que no se correspondía claramente con un derecho de los particulares a la resolución del procedimiento ¹²²⁰, se imponía por tanto dar una sanción eficaz al incumplimiento y pasividad de la Administración ¹²²¹. Durante este período incluso algún autor llegó a entender que la diferencia entre la vía de petición o instancia y el recurso administrativo consistía en que mientras en el primer caso no había obligación de resolver sí que existía en el segundo ¹²²². En este contexto cobraba su significación el recurso de queja, pues a través de él se creaba en el recurrente un derecho a obtener una resolución administrativa y

¹²¹⁹ Algunas SSTs habían deducido de la Ley "Azcarate" y de sus reglamentos de desarrollo la "obligación" de respetar los plazos para la resolución del procedimiento, los mecanismos son bastantes imperfectos y el silencio administrativo empieza a introducirse, parcialmente en algunos ámbitos. *Vid.* la STS de 16 de mayo de 1914 (*Gaceta de Madrid* de 18 de agosto de 1914): "con esta prolongada tardanza envuelve no sólo daño para los intereses del particular controvertidos, y nunca resueltos, sino olvido de prescripciones reglamentarias que las amparan, fijando plazos breves para la terminación de todo expediente, es llegado al caso de que la Administración, restableciendo la observancia de aquellas prescripciones, reconozca o deniegue el derecho invocado, ya que a esta declaración viene obligada y es independiente de las que ha formulado sobre el momento y forma en que en su caso podía hacerse efectivo (la cursiva es nuestra)." *Vid.* también la STS de 28 de septiembre de 1915 (*Gaceta de Madrid* de 28 de septiembre de 1915) donde se señala que: "la Administración viene obligada a resolver sobre las reclamaciones que le hagan sin pretexto alguno y en los plazos marcados en las leyes y Reglamentos."

¹²²⁰ Así el profesor Segismundo ROYO-VILLANOVA Y FERNÁNDEZ-CAVADA señalaba: "la obligación de resolver debe ser verdaderamente tal, esto es, debe ir acompañada de sanciones jurídicas eficaces, en caso de incumplimiento. Una de estas sanciones podrá ser la responsabilidad administrativa y civil de la autoridad que no resuelva dentro de los plazos legales. La primera sanción no es suficiente, puesto que puede ocurrir que la autoridad morosa no tenga superior jerárquico; y en cuanto a la segunda, esto es, a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al particular por la demora, se ha pensado que tal responsabilidad podía pesar abrumadoramente sobre el ánimo de la autoridad llevándola a adoptar acuerdos impremeditados o poco maduros. Mas si no se busca otro remedio jurídico, podrá hablarse de una obligación moral de resolver, de una pauta de buena administración, pero no de una obligación, de un deber en sentido jurídico." *Vid.* de este autor "El procedimiento administrativo como..." *op. cit.* p. 94.

¹²²¹ *Vid.* ALCÁÑICES, B.: "El silencio administrativo" ... *op. cit.* p. 474: "Las disposiciones legales señalan la obligación en que se halla el funcionario público de tramitar y resolver los expedientes. Pero tales preceptos no bastan. Se impone dar al silencio un contenido jurídico."

¹²²² *Vid.* en este sentido GASCÓN HERNÁNDEZ: "El recurso de reposición" en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* 1942, pp. 212 y ss.; ROYO-VILLANOVA Y FERNÁNDEZ CAVADA, Segismundo: *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, pp. 59 y ss.

constituía para la autoridad recurrida la obligación de resolver acerca de la reclamación¹²²³.

Con la LJCA en 1956 y la LPA en 1958 se introduce un salto cualitativo en la regulación de la inactividad en el procedimiento administrativo puesto que se regula por vez primera con carácter general el silencio negativo y positivo, además de otras medidas complementarias dirigidas a agilizar la actuación administrativa y a erradicar la inactividad administrativa. También y de forma muy significativa en este momento los textos positivos ya hablan con carácter general del deber y obligación de la Administración pública en la resolución de procedimientos administrativos. Tanto el art. 38.2 de la LJCA como el art. 94.3) de la LPA coincidían en señalar que "la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa". Además el art. 70.1 de la LPA parecía que iba más allá cuando disponía que: "Toda persona natural o jurídica, podrá dirigir instancias a las autoridades y organismos de la Administración del Estado en materia de su competencia, que estarán obligados a resolverlas." Estableciéndose también, para el ámbito local en el art. 334 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952 (BOE 159, de 7 de junio de 1952)¹²²⁴ que "Las autoridades y Corporaciones locales estarán obligadas a resolver sobre las peticiones que se les dirijan o a declarar, en su caso, los motivos de no hacerlo". Adviértase en este precepto la mención de unos motivos que, en su caso, pudieran justificar el retraso. La existencia de tales motivos podía ser una forma de atenuación o justificación del incumplimiento¹²²⁵. La jurisprudencia en aplicación de estos preceptos hablará

¹²²³ Vid. BOQUERA OLIVER, José María: "Del recurso de queja..." *op. cit.* p. 191.

¹²²⁴ En la actualidad según el art. 176 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por RD 2.568/1986, de 28 de noviembre (BOE 305, de 22 de diciembre de 1986): "Iniciado un expediente, las entidades locales están obligadas a resolverlo expresamente. No obstante lo anterior, se aplicará la legislación sobre procedimiento administrativo común por lo que se refiere al silencio administrativo."

¹²²⁵ De acuerdo con el art. 61 de la LPA cuando no estuviera "debidamente justificado el retraso" se podía hacer constar a efectos de deducir la responsabilidad correspondiente. Así lo entendía la jurisprudencia que, en la STS de 4 de enero de 1977 (ref. Ar. 139) explica que: "El mandato del párrafo final del citado núm. 2 del art. 61 de la LPA dirigido a los Tribunales que conozcan del recurso contencioso-administrativo o de las

indistintamente de deber y obligación de resolver sin una precisión técnica que permitiera establecer diferencias ¹²²⁶.

Durante la vigencia de este sistema legal la formulación más acabada sobre la obligación de resolver se debe, sin duda, a la brillante pluma de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ¹²²⁷. Si bien este autor reconocía que "[...] la obligación de resolver expresamente, tal como está concebida, carece de eficacia, y en modo alguno asegura que la actividad de la Administración se desarrolle en el sentido previsto por la Ley.", su inconformismo con los resultados prácticos (el hecho que la Administración utilizara expresa y conscientemente el silencio negativo como si fuera una resolución denegatoria) le llevan a la búsqueda de una sanción jurídica al incumplimiento, en este extremo, de la legislación entonces vigente ¹²²⁸. Las sanción que a primera vista se deducía de la LPA, el recurso de queja, se mostraba claramente ineficaz. Mientras que otras posibilidades teóricas, como la responsabilidad patrimonial, no satisfacían a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pues "[...] un sustitutivo patrimonial no es nunca, salvo en problemas de contenido esencial y estrictamente

correspondientes acciones civiles o laborales que obliga a los mismos a dar cuenta de la demora, ha de entenderse conectado con la falta de justificación del retraso, a que se refiere el párrafo anterior del propio artículo, lo cual impone una apreciación por la Sala que se traduce, en el presente caso, en la negativa a la petición en tal sentido hecha a la vista del trabajo que sobre el Órgano examinado pesa y la conocida limitación de los medios materiales y personales con que cuenta [...]." Si bien ciertamente el razonamiento parece impecable, quizás la jurisprudencia hubiera debido extremar el examen de los motivos de la inactividad, pues la falta de medios personales y materiales puede ser entendido como una constante en todas las Administraciones públicas, desnaturalizando la finalidad del precepto

¹²²⁶ Así la STS de 6 de marzo de 1972 (ref. Ar. 2.062) advierte que "en definitiva la Administración cumplió tardía, pero válidamente el deber de resolver", la STS de 23 de abril de 1975 (ref. Ar. 2.635) habla de la "obligación que tienen los Organismos de resolver de manera expresa lo que se les postula", la STS de 25 de marzo de 1976 (ref. Ar. 2.635) nos señala que el "deber de resolver no se extingue aunque se haya interpuesto el recurso contencioso-administrativo", la STS de 19 de noviembre de 1980 (ref. Ar. 4.102) nos dice que "el artículo 94 de la LPA que, ciertamente, obliga a la Administración a dictar resoluciones expresas sobre las peticiones que se les formulen".

¹²²⁷ *Vid.* de este autor "Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios" en *RAP* 53, 1967, pp. 292-297.

¹²²⁸ Como señalaba el profesor José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: "La obligación es el aspecto pasivo del derecho subjetivo y existe siempre que la norma imponga una sanción ante determinado comportamiento." *Vid.* de este autor *Tratado de Derecho administrativo I*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 506.

económico, una reparación satisfactoria [...]." Para superar tales inconvenientes se concebía la obligación de resolver no solo como una obligación más o menos genérica, sino esencialmente como "un deber institucional derivado de la propia configuración de la Administración pública como ente servicial de la comunidad ¹²²⁹." De aquí venía a entender como la verdadera sanción al incumplimiento de la obligación de resolver "la imposibilidad de que la resolución inicial objeto de un recurso administrativo no resuelto gane firmeza y se convierta en inatacable a consecuencia del incumplimiento por la Administración de su deber de resolver."

Ciertamente los mecanismos de garantía frente a la inactividad introducidos con la LPA y la LJCA si bien son de una calidad superior a la anterior legislación de procedimiento administrativo, donde eran meramente teóricos, no cambiaron los hábitos de la Administración pública de "resolver" a través del silencio administrativo ¹²³⁰, según se constata ya en pleno período democrático con los Informes del Defensor del Pueblo. Ahora bien, el deber de resolver en los ámbitos que regía el silencio administrativo comportaba una mayor concreción y garantías, que podrían llevar a hablar de obligación, a diferencia del plazo general de seis meses establecido por el art. 61 de la LPA donde si que podía hablarse de un mero deber genérico sin ningún tipo de sanción o garantía efectiva ¹²³¹.

¹²²⁹ Esta afirmación ha sido recogida casi literalmente por el ATC 332/1982, de 27 de octubre, según nos recuerda Marcos-Matías FERNANDO PABLO: *La motivación...* *op. cit.* p. 121, si bien este autor parece atribuir la "paternidad" de la misma a José Roberto DROMI: *El acto administrativo*, Ed. IEAL, Madrid, 1985, p. 55.

¹²³⁰ De esta forma el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ ha llegado a señalar que: "[...] no se arbitran en nuestro ordenamiento jurídico medios eficaces para hacer cumplir aquella obligación." *Vid.* de este autor *Comentarios a la Ley de procedimiento administrativo*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 716.

¹²³¹ De acuerdo con la STS de 3 de enero de 1986 (ref. Ar. 885): "El artículo 61 de la LPA en que se apoya la alegación de caducidad se limita a imponer a la Administración el deber de resolver los expedientes administrativos dentro del plazo de seis meses, estableciendo que su infracción puede afectar a la responsabilidad de los funcionarios encargados de su tramitación, sin establecer consecuencia alguna de caducidad, regulada en el artículo 99 de la misma Ley bajo el presupuesto de la pasividad del administrado y no de la Administración, la cual en el caso de autos realizó con continuidad normal todas las actuaciones del expediente, cuya tardanza no fue más que consecuencia natural de los complejos y numerosos trámites que la Ley exige en garantía de los administrados [...]." Con todo el Consejo de Estado ha precisado en diversos dictámenes (18 de marzo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 31 de octubre de 1991) que: "[...] la regulación de los plazos de tramitación contenida en el artículo 61 de la LPA, no es meramente indicativa y orientativa, sino que constituye una

Algunos autores niegan que pudiera hablarse estrictamente de obligación de resolver durante la vigencia de la LPA de 1958 ¹²³². De esta forma MORILLO-VELARDE PÉREZ argumenta que estamos ante un plazo meramente procedimental sin efectos sustantivos sobre la potestad administrativa ejercitada que no generaría otras consecuencias que la responsabilidad disciplinaria del o de los causantes del retraso, sin perjuicio de la técnica del silencio administrativo dirigida más a proporcionar garantías que a asegurar el buen funcionamiento de la Administración. No obstante, no puede dejar de señalarse que durante el sistema de la LPA el plazo para que se produjera el silencio positivo no tenía un mero carácter procedimental, según hemos tenido oportunidad de comprobar en el capítulo segundo de nuestro trabajo, si bien la interpretación jurisprudencial limitó la operatividad del silencio positivo al impedir que se adquirieran por esta técnica facultades contrarias al ordenamiento jurídico. Quizás la más espectacular innovación del sistema de la LRJPAC es la posibilidad del silencio positivo *contra legem*, con lo cual se amplía considerablemente su aplicación, pero no quiere decirse con ello que no existiera en ambos casos una similar relación obligatoria en algunos casos más extensa, mientras que en otros más reducida. Por otra parte, la legislación llegaba a articular numerosas medidas para combatir la inactividad administrativa ¹²³³, si bien cuestión distinta es que no hubiera una voluntad real de hacerlas efectivas en la práctica.

La jurisprudencia, por su parte, no ha vacilado en determinadas ocasiones, durante el régimen de la LPA, en procurar de forma decidida extraer consecuencias jurídicas de relieve de la obligación de resolver. Tal es el supuesto de entender, por ejemplo, que no se ha producido la prescripción de un crédito de un particular frente a la Administración que se solicita antes del plazo de cinco años, pero que se denuncia la mora a los cinco años y nueve

exigencia ineludible de la acción administrativa, cuya infracción genera, en su caso, la consiguiente responsabilidad."

¹²³² Vid. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: *Los actos presuntos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 59.

¹²³³ Es significativo que, durante el sistema LPA, Juan Antonio BOLEA FORADADA llega a detectar hasta 16 medidas adoptadas por la legislación vigente para evitar el retraso de la Administración y paliar sus consecuencias. Vid. de este autor "El retraso de la Administración..." *op. cit.* pp. 309-311.

meses del escrito inicial ¹²³⁴.

También se han advertido otros efectos trascendentales que han dado virtualidad a la obligación de resolver durante la vigencia del sistema de la LPA. Tal es el caso de las licencias urbanísticas solicitadas al amparo de un determinado ordenamiento que es modificado mientras se está tramitando el procedimiento. Es más podría haberse llegado al caso que la Administración demorara expresamente la tramitación con el objeto de hacerle aplicable este nuevo planeamiento y considerar que no existe silencio positivo por ser contrario a lo dispuesto en el plan. La jurisprudencia, salvo algunas sentencias de corte minoritario, han reaccionado con contundencia contra tal posibilidad, predicando el carácter irretroactivo del planeamiento ¹²³⁵.

Además el incumplimiento de la obligación de resolver ha sido uno de los criterios en base a los cuales los tribunales han determinado quien era la Administración responsable de los daños causados ¹²³⁶, así como si debía otorgarse la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo ¹²³⁷. Ciertamente el mero incumplimiento de la obligación de resolver no comporta necesariamente las dos consecuencias a las que hemos aludido, pero supone un punto importante a tener en cuenta, que conjuntamente con otros elementos, pueden decantar

¹²³⁴ Vid. POU VIVER, Tomás: "La obligación de la Administración de contestar una petición impide estimar su alegación de prescripción del crédito (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988, confirmada por la Sentencia de la Sala de Revisión de 4 de octubre de 1989)" en *RAP* 124, enero-abril 1991, pp. 299-303.

¹²³⁵ Sobre las diversas posiciones jurisprudenciales puede consultarse el trabajo del profesor José María FERNÁNDEZ PASTRANA: "Licencias urbanísticas: ¿retroactividad del planeamiento a las solicitudes anteriores a su vigencia?" en *RAP* 118, enero-abril 1989, pp. 261-270.

¹²³⁶ Según la STS de 31 de mayo de 1993 (ref. Ar. 3.765): [...] estima este Tribunal que es la Junta de Extremadura, que no la Administración del Estado, la responsable de los daños que al presente se reclaman, y ello por la concurrencia de las siguientes circunstancias: [...] En segundo término, por la conducta negligente de la Administración demandada al incumplir su obligación de resolver los expedientes del caso referentes a la petición de las empresas demandantes sobre autorización relacionada con las Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos objeto del debate, tal como le exigía el art. 8.1 del Real Decreto 1957/1983, de 29 de junio."

¹²³⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la "apariencia de buen derecho" para el otorgamiento de medidas cautelares: Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad" en *REDA* 70, 1991.

la solución final en un sentido o en otro.

En la misma línea se ha propuesto la aplicación de la institución procesal de la condena en costas a la Administración. Con tal propósito encontramos diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria donde el incumplimiento de la obligación de resolver es uno de los criterios que sirven al juez para estimar si ha concurrido mala fe o temeridad ¹²³⁸. Se viene, en definitiva, a superar una interpretación restrictiva ya de la institución en general ¹²³⁹, ya de la posibilidad de tener en cuenta las actuaciones de las partes con anterioridad al inicio del proceso ¹²⁴⁰. Con todo, el mero incumplimiento de la obligación de resolver no generará automáticamente la responsabilidad por los gastos del proceso, no siendo criterio bastante por sí solo para justificar una condena en costas, pues la misma dependerá antes del mismo resultado del pleito ¹²⁴¹. Asimismo entendemos que la demora o el silencio de la Administración debe haber sido utilizada de forma injustificada, evidenciándose la búsqueda

¹²³⁸ Vid. la STSJ de 25 de enero de 1990 (Moción de censura del Alcalde de Cabezón de Liébana): "En pocos casos como el presente se manifiesta con claridad meridiana la temeridad y la mala fe, concurrentes en el Alcalde demandado, pues a una caprichosa negativa a una convocatoria del Pleno municipal cuya procedencia era patente, siguió la reprochable práctica del silencio para desestimar el recurso, para terminar por suscitar una oposición en este proceso notoriamente falta de fundamento, desconociendo instituciones jurídicas como la denuncia de la mora o la desviación de poder, *ad exemplum*. Ello nos conduce a considerar que la actuación del Alcalde perseguía un propósito dilatorio, por lo que procede la condena en costas, de acuerdo con lo que dispone el art. 131.1 de la LJCA." También la STSJ de Cantabria de 30 de marzo de 1990 (Obras sin licencia) donde la existencia de "unas actuaciones previas de la Administración municipal respecto de las cuales los propios Servicios Jurídicos han mostrado su disconformidad y resultan abiertamente enfrentadas a las Normas Urbanísticas que el mismo Ayuntamiento se ha dado y debía ser el primero en exigir su cumplimiento. Ello, unido al abuso de la técnica del silencio administrativo, la demora de años en resolver y la tardanza en la remisión del expediente administrativo [...] ocasionando dilaciones indebidas en un proceso judicial, corroboran la procedencia de la condena en costas." En sentido parecido *vid.* recientemente la STSJ de Cantabria de 16 de diciembre de 1993.

¹²³⁹ Sobre el giro jurisprudencial que va experimentando la condena en costas a la Administración, si bien aún con un carácter excesivamente limitado, *vid.* por todos los trabajos de MICHAVILA NUÑEZ, José María: "La condena en costas a la Administración: revisión de los criterios tradicionales" en *REDA* 68, octubre-diciembre de 1990, pp. 615-625; BORREGO LÓPEZ, José: "Las costas procesales en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa" en *RAP* 126, septiembre-diciembre 1991, pp. 309-317.

¹²⁴⁰ Exponente de esta angosta y estrecha visión jurisprudencial se encuentra en la STS de 25 de enero de 1984 (ref. 157) al señalar que la responsabilidad exigible a través de las costas "[...] se basa en la conducta procesal de las partes y no en hechos anteriores [...]."

¹²⁴¹ Vid. CASINO RUBIO, Miguel: "Las costas en el proceso contencioso-administrativo y el derecho a la tutela judicial efectiva" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 11, enero-abril 1992, p. 305.

de un resultado claramente dilatorio de una actividad a la que la Administración estaba legalmente obligada, obligando al particular a acudir a un proceso. Por este motivo, cabe denunciar los excesos provocados por alguna jurisprudencia que, desvirtuando la finalidad de la condena en costas (sancionar la mala fe o la temeridad de los litigantes), viene a objetivizar tal instituto procesal irrigándose un papel que parece que corresponde al legislador¹²⁴².

Cabe advertir, asimismo, que el incumplimiento de la obligación de resolver puede afectar a la exigencia de tributos por la Administración. Tal es el caso de la obtención por silencio de una autorización administrativa sometida al pago de una tasa. La pasividad o ausencia de actividad administrativa implica que no se ha realizado el hecho imponible en que consiste la prestación del servicio, el cual consiste en la confrontación del proyecto de obras presentado con la legislación urbanística vigente¹²⁴³.

Por tanto debemos concluir, como acertadamente ha señalado SÁINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, que si bien "el Derecho no ha encontrado hasta ahora la técnica idónea para *imponer* la obligación de resolver", "en cuanto le ha sido posible, el Derecho ha tratado de instrumentar este deber como una obligación o, al menos, como una carga para anudar

¹²⁴² Vid. BELADIEZ ROJO, Margarita: "Naturaleza jurídica de los actos dictados por la administración en ejecución de una sentencia. Silencio administrativo y condena en costas. Comentario a la STS (Sala 3ª Secc. 3ª) de 17 de julio de 1992" en *La Ley* 1993-4, pp. 287-288. Si bien, cabe señalar que aquí se da el supuesto contrario, es decir que el incumplimiento de la obligación de resolver sirve para revocar la condena en costas que se había impuesto al particular en la sentencia recurrida.

¹²⁴³ Vid. la STSJ de València de 20 de diciembre de 1994 (ref. Ar. TTSSJJ 1.522): "Es más la actividad realizada por el Ayuntamiento al examinar la legalidad de la licencia adquirida por silencio administrativo positivo prácticamente viene a coincidir con la que debió llevar a cabo si hubiera cumplimentado la solicitud en plazo, pero con notable diferencia a efectos tributarios, pues estando autorizado el Ayuntamiento en el caso que nos ocupa a establecer tasas municipales por la actividad desplegada para el otorgamiento de licencias, en modo alguno recoge nuestra legislación estatal, autonómica u ordenanza local que el Ayuntamiento de Valencia tenga derecho a percibir una tasa cuyo hecho imponible consista en examinar la legalidad de las licencias obtenidas por silencio administrativo positivo ante la falta de actividad de la Administración. En consecuencia se estima la demanda íntegramente viniendo el Ayuntamiento de Valencia obligado a devolver las cantidades indebidamente ingresadas con los intereses legales correspondientes, desde la fecha en que efectuó el ingreso." En similar sentido *vid.* la STSJ de València de 15 de abril de 1993 (ref. Ar. TTSSJJ 497).

ciertas consecuencias al incumplimiento ¹²⁴⁴." Es decir, que ciertamente los mecanismos distan de ser plenamente satisfactorios, pero tampoco puede desconocerse una constante lucha, en pos para evitar que la inactividad administrativa se convierta en un baluarte de arbitrariedades públicas.

Las coordinadas jurídicas actualmente existentes han experimentado importantes transformaciones respecto al sistema de la LPA. Con la nueva situación existente debemos comprobar en qué medida las modificaciones introducidas pueden comportar cambios significativos en la actuación procedimentalizada o formal de las Administraciones públicas. En la LRJPAC parece que esta obligación de resolver se refuerza y amplía ¹²⁴⁵, hasta tal punto que el art. 42 ha llegado a calificarse como "una norma fundamental del régimen jurídico de las Administraciones públicas" ¹²⁴⁶. En este punto también se ha venido a recoger la constante jurisprudencia del TC que ha venido recordando e insistiendo que "la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente ¹²⁴⁷, si bien ha dejado bien claro que ésta por sí sola no genera un derecho susceptible de amparo constitucional (STC 39/1989). Por tanto para la admisibilidad de este recurso debe producirse la vulneración de un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva en cuanto se impida el acceso a los tribunales de justicia, o en cuanto exista otro tipo de derecho, como el de asociación, que requiera para su efectividad una actuación positiva de la Administración pública.

¹²⁴⁴ Vid. de este autor "El llamado "silencio administrativo": un escándalo..." *op. cit.* pp. 617-618.

¹²⁴⁵ Según el profesor Fernando SAINZ MORENO: "La nueva Ley 30/1992 ha configurado esa obligación como un mandato de "resolución expresa" con términos tales que permiten calificarla como una novedad en nuestro Derecho positivo, por su mayor extensión, concreción y, sobre todo, tipificación de supuestos de responsabilidad por incumplimiento". Vid. de este autor "Obligación de resolver y actos presuntos" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Eds.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 126, nota 1.

¹²⁴⁶ Vid. SAINZ MORENO, Fernando: "Obligación de resolver..." *op. cit.* p. 127.

¹²⁴⁷ En otras ocasiones ha utilizado la expresión "deber" en lugar de "obligación". Así las SSTC 204/1987, de 21 de diciembre y 6/1986, de 21 de enero, cuando señalan que: "[...] no puede en cambio calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales."

Con la LRJPAC se habla, por tanto, de obligación de resolver ¹²⁴⁸. Ahora bien ¿estamos, en este caso, ante la misma situación que nos ofrecía la LPA de 1958? ¹²⁴⁹. Para responder a esta pregunta, debemos examinar si a través del correspondiente desarrollo legal este deber se integra en una relación jurídico compleja y unitariamente organizada que es la relación obligatoria entre ciudadano y Administración pública. De esta forma podremos constatar si estamos ante un cuadro o marco de derechos y deberes entre ambos sujetos o por el contrario si estamos ante un deber desligado de un efectivo derecho de los particulares ¹²⁵⁰.

Para discernir si estamos realmente ante una obligación debemos acudir al concepto clásico de la misma, forjado originariamente en el Derecho civil y ver en qué medida es trasladable al Derecho administrativo, al adaptarlo a sus peculiares necesidades. Los elementos que caracterizan una relación obligatoria son: la deuda y la responsabilidad. Mientras que la deuda indica el deber de realizar una prestación, la responsabilidad es la sumisión o sujeción

¹²⁴⁸ El art. 2 de la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto, sobre nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos (*Gazeta Ufficiale*) dispone que: "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero deba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante la adozione di un provvedimento espresso (la cursiva es nuestra)." Por su parte CORSO, Guido; TERESI, Francesco: *Procedimento amministrativo... op. cit.* p. 53 hablan del "Obbligo di concludere il procedimento".

¹²⁴⁹ Con todo Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA habla en todo momento de "deber de resolver", llegando a señalar que con la LRJPAC es mejor hablar de deber que de obligación. Debe señalarse que tal aseveración se realiza como de pasada, sin entrar propiamente en el análisis de la misma. *Vid.* de este autor sus trabajos: "Silencio administrativo. Términos y plazos" en PENDÁS GARCÍA, Benigno: *Administraciones públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)*, Ed. Praxis, Madrid, 1993, p. 358 y *El silencio administrativo en la nueva Ley... op. cit.* pp. 39 y 40. En el mismo sentido y también sin justificar la utilización del término "deber" *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "La actividad de la Administración" en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (et al.): *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Carperi, Madrid, 1993, p. 167. Por su parte BAÑO LEÓN, Tomás, defiende una evolución legislativa que describe así: "Del "deber" a la "obligación" de resolver expresamente". *Vid.* de este autor "Efecto presunto positivo y resolución expresa tardía" en *PJ 2ª época*, núm. 33, marzo 1994, pp. 17-19.

¹²⁵⁰ *Vid.* ROMANO, Santi: voz "Deberes, obligaciones" en la obra del mismo autor *Fragmentos... op. cit.* p. 96: "En el derecho público, la figura del deber desligado de un derecho ajeno es frecuente, y en algunos casos más evidente. En efecto, son numerosos los deberes sancionados en protección de intereses totalmente objetivos o que no se encarnan en sujetos distintos de aquellos a quienes tales deberes están impuestos, de manera que su cumplimiento se garantiza para el ejercicio de funciones y, en general, de poderes, que no asumen la figura de derechos subjetivos."

al poder coactivo del acreedor que goza de un poder de agresión sobre el patrimonio del deudor para la satisfacción forzosa de su interés (art. 1.911 Cc). Por tanto en el Derecho privado la patrimonialidad viene considerándose mayoritariamente como un elemento esencial de la relación obligatoria ¹²⁵¹.

No obstante y a diferencia de lo que acontece en el ámbito civil, el carácter patrimonial no siempre es el elemento clave que debe caracterizar fundamentalmente a la obligación jurídico-administrativa. Ello no obsta a que en determinadas ocasiones el fenómeno de la inactividad administrativa pueda generar una satisfacción pecuniaria a través del instituto de la responsabilidad patrimonial ¹²⁵². Sin embargo, entendemos que el mero incumplimiento de la obligación de resolver no debe traducirse automáticamente en una prestación dineraria, que satisfaga el cumplimiento forzoso realizado por un tercero o bien que suponga una indemnización por constituir una obligación personalísima o *intuitu personae*.

Por otra parte, no consideramos que la distinción entre deber y obligación deba buscarse en el origen normativo o contractual de los mismos. Así GONZÁLEZ NAVARRO ha señalado que "según esa sujeción en que el deber consiste, derive directamente de la norma o surja de un negocio jurídico se habla de *deberes en sentido estricto* (deber de servicio militar, art. 30 CE) o de *obligaciones* (obligación del contratista de cumplir lo estipulado en el contrato) ¹²⁵³", posición que parece recogida por cierta jurisprudencia ¹²⁵⁴. No obstante, es

¹²⁵¹ Vid. Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 358-361.

¹²⁵² El art. 78 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad, establece que: "La demora, sin causa justificada, en la adopción de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento iniciado a instancia de los particulares, puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados, en los términos y los casos establecidos por la legislación general sobre responsabilidad administrativa."

¹²⁵³ Vid. de este autor *Derecho administrativo español II*, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. EUNSA, 1994, p. 32.

¹²⁵⁴ Vid. la STS de 22 de septiembre de 1987: "El deber de resolver - deber es y no obligación, puesto que nace directamente de la Ley: la de procedimiento administrativo, artículo 94 - de la Administración, ha quedado incumplido en la misma medida en que lo ha sido el derecho del particular a obtener resolución en un plazo

oportuno recordar, tal como establece el art. 1.089 del Cc que las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Habiéndose llegado a señalar que en "Derecho administrativo tiene un papel fundamental la Ley como fuente de obligaciones" ¹²⁵⁵.

Por tanto, la aludida diferenciación habrá que buscarla en otros criterios. En esta línea como ha advertido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ¹²⁵⁶ cabe hablar de obligaciones cuando "[...] la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tienen el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto [...]." Tal responsabilidad puede ser disciplinaria, penal o pecuniaria. En otros casos el incumplimiento de la obligación de resolver comportará en vez de una satisfacción pecuniaria determinados límites a la actuación administrativa, que incluso podrán redundar favorablemente en la esfera del ciudadano afectado si bien no siempre comportará directamente un incremento en su patrimonio ¹²⁵⁷. Otro ejemplo claro de obligaciones jurídico-administrativas en las que el elemento patrimonial no es decisivo

razonable. Y esto es de todo punto inaceptable en un Estado social y democrático de derecho como es el nuestro, donde la Administración ha de procurar con su actuación ganarse el respeto y la confianza del ciudadano lo que evitablemente aquí no ha hecho [...]." Nótese curiosamente que mientras se niega el concepto de obligación a la exigencia legal de resolver el procedimiento se reconoce paralelamente el derecho del particular a obtener resolución en un plazo razonable.

¹²⁵⁵ Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II (Parte General: Conclusión), 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 19.

¹²⁵⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo II... op. cit.* p. 34. En sentido similar vid. ESCRIBANO COLLADO, Pedro: "Deber (Derecho administrativo)" en *Enciclopedia Jurídica Básica vol. II*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 1903.

¹²⁵⁷ De esta forma, si bien es claro que el ciudadano que obtenga una licencia urbanística por silencio positivo verá incrementado el valor de su finca al poder edificar sobre ella, no sucederá lo mismo con el objeto de conciencia que obtiene el reconocimiento de tal condición por silencio positivo.

para calificarla como tal es la obligación de motivar determinados actos administrativos
1258

El primer elemento, como hemos dicho, es la deuda, entendida como deber de la Administración de realizar un determinado comportamiento. El segundo elemento es la responsabilidad que consiste, desde el lado del ciudadano en el poder que le es atribuido y desde el lado de la Administración en la sujeción a las consecuencias que se derivan del ejercicio de aquel poder.

Debe advertirse que el ordenamiento actual otorga a los ciudadanos, en el marco de esta concreta relación ¹²⁵⁹, una serie de poderes de gran intensidad, si bien cabrá estar lógicamente a su posterior aplicación práctica. Entre tales poderes que detentan los ciudadanos deben destacarse: 1) el derecho a conocer en cada momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados (art. 35 a); 2) el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos (art. 35.b); 3) la

¹²⁵⁸ El debate sobre la existencia de una obligación de motivar los actos administrativos es una constante en la doctrina italiana hasta la Ley de procedimiento de 1990. Si bien debe advertirse que en lengua italiana, a diferencia del castellano, existen las expresiones *obbligo* y *obbligazione*. Como se ha señalado: "Representar a *obbligo* por deber sería darle en nuestra lengua, un sentido más amplio todavía del que ya tiene en la lengua original. No debo dejar de señalar, sin embargo, que *obbligo* tiene un sentido general, expresivo de deber jurídico; *obbligazione*, en cambio, tiene (aunque en muchos casos se utilice la palabra también genéricamente) un sentido específico con el que se quiere representar lo que, en derecho romano, se definió: "*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum, vel faciendum, vel prestandum.*" Vid. la nota del traductor a la voz "Deberes. Obligaciones" en el libro de ROMANO, Santi: *Fragmentos... op. cit.* pp. 89-90. Entre los diversos trabajos sobre la obligación de motivar podemos destacar CAMMEO, Federico: "Gli atti amministrativi e l'obbligo della motivazione" en *Giurisprudenza italiana* 1908, III, pp. 253-260; PANDOLFELLI, Gennaro: "Obbligatorietà della motivazione negli atti amministrativi" en *Studi in onore di Ernesto Eula, primo presidente della Corte Suprema di Cassazione, nel suo XLV anno di funzioni giudiziarie*, Ed. Giuffrè, Milano, 1957, pp. 92-95; VANDELLI, Luciano: "Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi" en *Rivista trimestrale di Diritto processuale civile* 1973, pp. 1.601-1.603. En la doctrina española vid. FERNANDO PABLO, Marcos M.: *La motivación... op. cit.* Este autor si bien epigrafió en la p. 196 un apartado de su obra bajo el expresivo título "La obligación de motivación" utiliza indistintamente las expresiones "obligación" y "deber", sin plantearse si realmente estamos ante una u otra en el presente caso.

¹²⁵⁹ Como advierte Ugo FORTI: "[...] la obligación de resolver (*obbligo di provvedere*) no puede identificarse en una genérica obligatoriedad de la acción administrativa, sino que debe consistir en un específico deber hacia la contraparte de una determinada relación concreta [...]. Vid. de este autor "Il "silenzio" della..." *op. cit.* p. 123.

posibilidad de solicitar y obtener una certificación de acto presunto (art. 44.4); 4) la posibilidad de solicitar de la Administración que se exijan las responsabilidades correspondientes (art. 44.4).

Por parte de la Administración y del personal al servicio de la misma encontramos las siguientes situaciones de sujeción: 1) la responsabilidad directa que se imputa a los titulares de los órganos administrativos (art. 42.3); 2) la posible exigencia de responsabilidad disciplinaria o, en su caso, remoción del puesto de trabajo (art. 42.3); 3) la imposibilidad de ejercitar la potestad a través del correspondiente procedimiento una vez ha finalizado el plazo para emitir la certificación de acto presunto (art. 43.1); 4) necesidad de acudir a procedimientos de cierta complejidad, como la revisión de oficio, para rectificar los perjuicios ocasionados a la legalidad y al interés público a través del nacimiento de un acto presunto nulo; 5) la calificación como falta grave del incumplimiento de expedir la certificación de acto presunto (art. 44.2); 6) la constancia documental a través de la certificación del incumplimiento de la obligación de resolver, según se desprende de los datos que debe contener tal documento (art. 44.3).

Según el magistrado BAÑO LEÓN la Ley atribuye "un verdadero derecho subjetivo al interesado en el procedimiento para "solicitar de la Administración que se exijan las responsabilidades correspondientes (art. 44)". Piénsese en las consecuencias jurídicas de tal afirmación que son expuestas por el mismo autor: el reconocimiento de legitimación al ciudadano-sujeto pasivo de la inactividad administrativa en un procedimiento disciplinario. Lo cierto es que el art. 44 dispone que: "Los interesados [...] podrán solicitar de la Administración que se exijan las responsabilidades correspondientes". ¿Se está atribuyendo a través de esta formulación legal un derecho subjetivo al ciudadano? Debe tenerse en cuenta que el art. 35 de la LRJPAC, precepto donde se establece el elenco de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas, no menciona en ningún momento el derecho de los ciudadanos a que la Administración resuelva en un plazo determinado, ni a que puedan solicitar la correspondiente responsabilidad. La fórmula del art. 44 habla de posibilidad de solicitar pero no de la articulación de un auténtico derecho del

ciudadano.

Si bien somos partidarios del reconocimiento de legitimación al particular afectado por la inactividad administrativa para exigir la imposición de una sanción disciplinaria, nos mostramos un tanto escépticos que, de acuerdo con la nueva formulación legal, se produzca "un giro absoluto en la jurisprudencia actual". Por otra parte, creemos que el derecho correlativo a la obligación de resolver debería ser el de obtener una respuesta de la Administración sobre las solicitudes que se formulen en un plazo razonado. Derecho que si bien no se encuentra recogido directamente por la LRJPAC ¹²⁶⁰ podría deducirse de las consecuencias jurídicas que la jurisprudencia vincula al incumplimiento del deber de actuación de potestades administrativas y de obligación de resolver el procedimiento ¹²⁶¹. Así la jurisprudencia constitucional ha sancionado la obligación de resolver de las Administraciones públicas en diversas sentencias, condenando a la Administración a dictar un acto administrativo expreso. En las mismas se ha puesto de relieve que "el incumplimiento de tal deber genérico podrá entrañar lesión de un derecho fundamental si éste es de aquellos que exigen - como el de asociación - una determinada actuación positiva de la Administración para su plena efectividad." Este es el caso de la STC 291/1993, de 18 de octubre ("Inscripción en el registro de asociaciones de la Unión Democrática de Guardias Civiles") donde se estima el amparo solicitado, recociendo el derecho de asociación del demandante, anulando la resolución presunta y declarando que la Administración viene obligada a dictar

¹²⁶⁰ Así el profesor Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ señala que: "El Título IV, «De la actividad de las Administraciones Públicas», Arts. 35 a 50, se abre con un precepto que lleva por rótulo el pomposo de «Derechos de los ciudadanos»; pues bien, ni aún como proclamación retórica aparece el «derecho al tiempo». Algo de ayuda, tal vez, han de ofrecer las facultades «a poder identificar (a) las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos» -b) y «a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante» -c)-. Cuestiones, por supuesto, que en sí son sólo instrumentales con respecto al derecho a los plazos." *Vid.* de este autor "El factor tiempo en los procedimientos administrativos" en AA.VV.: *Estudios sobre el procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. IV Jornadas sobre régimen jurídico de las Corporaciones Locales, 3 al 5 de diciembre de 1992, Torremolinos (Málaga)*, Ed. CEMCI, Granada, s/f.

¹²⁶¹ La STS de 29 de enero de 1985 entiende que con la inactividad administrativa "se conculca el derecho a una resolución expresa, que debe ser aquélla que resuelva en relación con lo instado a la Administración, y más cuando existe un precepto legal que obliga a que la autoridad que resuelva el recurso decida sobre cuantas cuestiones plantee el expediente."

una resolución expresa y motivada sobre la procedencia de la inscripción solicitada.

La obligación de resolver se refuerza no sólo a través de su proclamación legal y la articulación de una serie de garantías y responsabilidades, sino por cuanto se proclama la prohibición a la Administración de que se abstenga de resolver en ningún caso "so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables al caso" (art. 89.4) ¹²⁶², de forma similar al *non liquet* civil (art. 1.7 Cc). Esta conexión con el *non liquet* de la Administración ya se manifestaba durante la LPA de 1958 ¹²⁶³, llegándose incluso en alguna ocasión a condenar a la Administración a que se pronunciara sobre cuestiones que no había resuelto ¹²⁶⁴. Y por supuesto esta prohibición de abstenerse ya se manifestó a través de la posibilidad de impugnar los actos que suspenden la continuación del procedimiento, con la finalidad de evitar la indefensión del particular que ve paralizado indefinidamente su procedimiento ¹²⁶⁵. En realidad se produce una traspolación de una exigencia propia del

¹²⁶² Esta prohibición de abstención se extiende a los miembros de los órganos colegiados en las votaciones que se realicen, siempre que los citados miembros ostenten tal condición "por su cualidad de autoridad o personal al servicio de las Administraciones públicas" (art. 24.1.c *in fine* de la LRJPAC).

¹²⁶³ Así como bien advierte la STS de 13 de octubre de 1983 (ref. Ar. 5.281): "La obligación de resolver, imperativamente impuesta a la Administración en el art. 38.2 de nuestra Ley Jurisdiccional y en el art. 94.3 de la LPA, bien recordada por la jurisprudencia - SSTS de 21 de mayo de 1960, 18 de mayo de 1964, 11 de julio de 1965, 2 de mayo de 1969 - debió operar aquí, en el momento en que el Ayuntamiento en su reunión de 10 de octubre de 1978, se ocupó de este asunto, puesto que, conforme a lo ordenado en el art. 93.1 de la repetida Ley de Procedimiento, "La resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente", lo que igualmente ha sido objeto de atención por parte de la jurisprudencia - SSTS de 5 de julio de 1962, 20 de febrero de 1963, 25 de mayo de 1966." En el ámbito local podía encontrarse un precepto con una redacción muy parecida al 89.4 de la LRJPAC en el art. 167.2 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por RD 2.568/1986, de 28 de noviembre (BOE 305, de 22 de diciembre de 1986). Por otra parte no faltan antecedentes en nuestro Derecho histórico como es el art. 152 del Reglamento de organización y procedimiento administrativo de la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia, aprobado por RD de 9 de julio de 1917 (*Gaceta de Madrid* de 14 de julio de 1917).

¹²⁶⁴ *Vid.* la STS de 26 de mayo de 1992 (ref. Ar. 4.296): "Procedente será por consecuencia la estimación parcial del recurso de apelación deducido por la Comunidad de Propietarios denunciante, a fin que la Administración demandada se pronuncie sobre las cuestiones planteadas en los términos consignados en la tan reiterada Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 2-3-1984."

¹²⁶⁵ *Vid.* la STS de 9 de junio de 1979 (ref. Ar. 2.685) y STS de 28 de septiembre de 1984 (ref. Ar. 4.310), donde se dejaban pendiente la resolución de una licencia a la espera de una próxima redacción del Catálogo Histórico-Artístico o por estar en estudio la reforma del Plan de Ordenación Urbana. En el ámbito

ámbito jurisdiccional, derivada de la congruencia ¹²⁶⁶ como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, al ámbito de la Administración ¹²⁶⁷.

No obstante, debe advertirse sobre la diferente fundamentación de ambos deberes. Por lo que respecta al deber impuesto a Jueces y Tribunales en el art. 1.7 del Cc. puede encontrarse su fundamento "en la necesidad social de que las Leyes se apliquen de acuerdo con el principio constitucional que atribuye con carácter exclusivo al poder judicial la tarea de aplicación de las leyes en el ejercicio de la función jurisdiccional" ¹²⁶⁸. Principio que la jurisprudencia no ha vacilado en conectar, otorgándole consecuencias jurídicas relevantes, con el derecho a la tutela judicial efectiva ¹²⁶⁹. En cambio, por lo que respecta a la Administración si bien esta exigencia se justifica por la "dificultad creciente que hoy ofrece ese ordenamiento (estatal, autonómico y local)" ¹²⁷⁰ no puede pretenderse racionalmente que toda inactividad administrativa genere la vulneración de un derecho fundamental, pues para ello se instrumentan mecanismos de control subsidiario a través de la técnica del silencio

administrativo sancionador *vid.* las SSTs de 21 de marzo de 1985 (ref. Ar. 1.637) y de 19 de junio de 1984 (ref. Ar. 3.641) sobre actos que impedían la continuación del procedimiento.

¹²⁶⁶ La dogmática procesalista acostumbra a abordar el estudio del *non liquet* desde la congruencia como deber de pronunciamiento exhaustivo, cuyo incumplimiento (incongruencia) puede producirse por la omisión de pronunciamiento. *Vid.* OLIVA SANTOS, Andrés de la; FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Derecho procesal civil II*, Ed. CERA, 1991, pp. 384-388.

¹²⁶⁷ El deber fundamental de jueces y magistrados es el de prestar la tutela judicial efectiva a que se refiere el art. 24.1 de la CE. Este deber fundamental es origen de otros como : 1) resolver los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 Cc); 2) resolver sin poderse negar a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley (art. 357.1 CP); 3) no retardar maliciosamente la administración de justicia (art. 357.2 CP). *Vid.* MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho jurisdiccional I Parte General*, Ed. José María Bosch, Barcelona, 1994, p. 164.

¹²⁶⁸ *Vid.* LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: "Comentario al artículo 1 apartado 7" en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel; DÍAZ ALABART, Silvia (Eds.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 407.

¹²⁶⁹ Una visión reciente de la problemática del art. 24 de la CE puede encontrarse en BORRAJO INIESTA, Ignacio; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas y BBV, Madrid, 1995.

¹²⁷⁰ *Vid.* SAINZ MORENO, Fernando: "Obligación de resolver..." *op. cit.* p. 128.

administrativo. Si bien, tal mecanismo habrá de ser complementado a través de una futura reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que se establezca un sistema de acciones contra otras posibles formas de inactividad no formalizadas, sino materiales ¹²⁷¹.

De esta forma el deber-obligación de la Administración de resolver el procedimiento administrativo encuentra un fundamento claro en el principio constitucional de eficacia. Por consiguiente, su incumplimiento no genera necesariamente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pese a sus lógicas y evidentes conexiones ¹²⁷². Es más el ordenamiento instrumenta en el ámbito administrativo diversos mecanismos para corregir esta inactividad que no tienen cabida en el ámbito judicial, como es que dada la propia estructura jerárquica de la Administración los órganos superiores ya sea a través del recurso o de mecanismos de alteración de competencias (avocación y sustitución) ¹²⁷³. De ahí la diversa intensidad con que el ordenamiento castiga la infracción del deber de resolver. En el caso judicial la gravedad que implica la no dispensación de la tutela judicial, fundamento de la paz jurídica y de la propia estructura del Estado de Derecho ¹²⁷⁴, genera una responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el art. 357 CP relativo a la prevaricación. En cambio,

¹²⁷¹ En este sentido se ha orientado recientemente el Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996.

¹²⁷² La jurisprudencia constitucional es constatare en señalar que no son trasladables al procedimiento administrativo, salvo los de carácter sancionador, las garantías del art. 24 de la CE. Únicamente cabría entender vulnerado tal derecho en aquellos casos en que la legislación prohibiera en casos de inactividad el acceso al ámbito jurisdiccional. Ahora bien, la vulneración del derecho fundamental sería producida por el legislador y no por la Administración al permanecer en silencio.

¹²⁷³ Así Federico Carlos SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ advierte como "[...] al contrario de lo que sucede en la organización judicial, en la Administración, el deber de resolver incluye la atribución de las potestades necesarias al órgano que ha de velar por su incumplimiento. Por otro lado, la estructuración jerárquica de las Administraciones públicas permite sustituir la inactividad del órgano competente. Puesto que, en todo caso, la decisión se imputa a la persona pública y no al órgano o titular del mismo, carece de relevancia, a estos efectos, el *quis* que estampa su firma en la resolución." *Vid.* de este autor "El llamado "silencio administrativo"..." *op. cit.* p. 621.

¹²⁷⁴ Es más según Federico Carlos SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ: "El silencio judicial representa la más radical negación del Estado de Derecho; no hace falta acudir al artículo 24 CE para comprender que un régimen fundado en la protección judicial no sólo de los derechos fundamentales, sino de todos los derechos e intereses legítimos, es sustancialmente incompatible con un *non liucet* cualquiera." *Vid.* de este autor "El llamado "silencio administrativo"..." *op. cit.* p. 620.

por lo que respecta al ámbito administrativo la conducta si bien es ilícita a lo sumo puede ser objeto de sanción disciplinaria. La diversidad de bienes jurídicos protegidos en ambos casos comporta la posibilidad de establecer una diversa intensidad en cuanto a su represión punitiva¹²⁷⁵, si bien ésta ha coincidido, al menos teóricamente en algún momento histórico, según hemos visto en el epígrafe primero de este capítulo.

Este robustecimiento de la obligación de resolver se constata además por su ubicación sistemática. Ciertamente se traslada su regulación desde las formas de terminación del procedimiento hasta el Título IV de la LRJPAC relativo a la actividad de las Administraciones públicas. La importancia de este cambio, constatada por SAINZ MORENO, ha permitido entender que "el legislador ha querido darle el carácter de principio impulsor de toda la actividad administrativa"¹²⁷⁶.

En relación al contenido de la obligación de resolver se plantea el tema de si debe incluirse en el mismo la obligación de motivar los actos administrativos¹²⁷⁷. La jurisprudencia ha señalado en múltiples ocasiones la existencia de un deber o obligación a obtener una

¹²⁷⁵ La doctrina se ha esforzado tradicionalmente por incluir en el delito de prevaricación del funcionario público la inactividad. En este punto es de obligada cita el minucioso estudio del profesor Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980. Este autor fundamentándose en un conocimiento detenido de la doctrina administrativista entiende que en el tipo del delito y en particular la expresión "resolución injusta" puede incluirse la inactividad administrativa como "acto presunto". Interpretación que vendría reforzada por el nuevo tenor de la LRJPAC que viene a optar con más decisión por incluir al silencio administrativo dentro de la teoría del acto administrativo, según veremos con más detenimiento en el capítulo segundo de nuestro trabajo. Por su parte José Luis GONZÁLEZ CUSSAC entiende que la comisión por omisión no puede darse en el delito de prevaricación, por cuanto rechaza tal delito como de resultado y por tanto no hay nada que imputar al garante. *Vid.* de este autor *El delito de prevaricación de funcionario público*, Ed. Tirant lo Blanch, Col. "Alternativa", València, 1994, pp. 72-77. En este trabajo se cita jurisprudencia, como la STS de 25 de abril de 1988 (ref. Ar. 2.864) donde se señala que la prevaricación del funcionario sólo puede cometerse mediante una actuación positiva. Adviértase además que la LRJPAC no opta por considerar al silencio como una forma de resolución, pese a equipararlo con el acto presunto, sino sencillamente como una garantía del ciudadano en caso de inactividad.

¹²⁷⁶ *Vid.* de este autor "Obligación de resolver..." *op. cit.* p. 127.

¹²⁷⁷ Esta conexión se constata en la Exposición de Motivos de la LPA de 1958 al proclamar que: "El silencio administrativo, ciertamente, no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su obligación de motivar las decisiones, como vendría a ser si por el silencio quedara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado."

resolución fundada ¹²⁷⁸. En principio si bien ambas obligaciones pueden estar claramente conectadas, deben distinguirse y diferenciarse pues ambas se apoyan en fundamentos distintos. Por lo que respecta a la obligación de resolver el procedimiento se ha advertido que su fundamento puede encontrarse en el principio de irrenunciabilidad de la competencia ¹²⁷⁹. Principio que recogía ya el art. 4 de la LPA y que, en la actualidad, está presente en el art. 12.1 de la LRJPAC. Siendo una concreción del principio de eficacia que, como es sabido, proclama la CE en su art. 103.1. En cambio, en relación a la obligación de motivar, alguna doctrina ha entendido que nos encontramos ante una exigencia derivada directamente del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ¹²⁸⁰, mientras que otros autores matizan tal afirmación al considerar que la ausencia de motivación si bien es un elemento importante de control no comporta siempre la existencia de arbitrariedad ¹²⁸¹.

¹²⁷⁸ Vid. a título de ejemplo la STS de 30 de marzo de 1984 (ref. Ar. 1.454) o la STS de 4 de mayo de 1994 (ref. Ar. 4.136), donde señala que: "Es claro que la Administración tenía el deber legal de resolver en forma expresa y motivada."

¹²⁷⁹ Vid. SAINZ MORENO, Fernando: "Obligación de resolver..." *op. cit.* p. 127. Por su parte AUBY, J.M., señalaba en 1953 como "Toda competencia comporta un elemento temporal: ésta es necesariamente conferida por un tiempo limitado". Vid. de este autor "L'incompétence "rationae temporis". Recherches sur l'application des actes administratifs dans le temps" en *Revue du Droit public et de la science politique en France et a l'étranger* 1953, p. 7.

¹²⁸⁰ En esta línea pueden verse los diferentes trabajos del profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, recogidos en el libro con el expresivo título *De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 1994. Asimismo de forma más específica vid. FERNANDO PABLO, Marcos Matías: *La motivación...* *op. cit.* especialmente a partir de la p. 129. En esta última obra se parte del concepto de motivación como discurso justificativo de una decisión, situado a medio camino entre los elementos de forma y de fondo del acto.

¹²⁸¹ En este sentido vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 46. En la misma dirección se pronuncia SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 152, así como en "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa" en DELGADO BARRIO, Javier (Ed.): *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Ed. CGPJ, p. 160, donde se señala que "la motivación es un requisito formal que no debe confundirse con los motivos de la decisión." Debe advertirse, no obstante, que la mera consideración como elemento formal del acto lleva en la práctica a lo que la doctrina italiana denomina *dequotazione* de la motivación y su inoperancia real al exigirse, como vicio de forma, la concurrencia de indefensión según establece el art. 63.2 de la LRJPAC. Con todo el profesor Luciano PAREJO ALFONSO en un trabajo anterior señalaba respecto al carácter de "forma sustancial" que tiene la motivación en el Derecho comunitario: "Aunque no sea tal, no se agota en un requisito meramente formal, trascendiendo al fondo, en cuanto hace referencia al contenido de los actos y permite verificar y controlar la existencia del presupuesto de hecho en el ejercicio de potestades administrativas." Vid. de este autor "Anulación de la Resolución de la Comisión por falta de motivación" en *Noticias CEE* 50, 1989, p. 133.

En todo caso la motivación del acto viene dada como manifestación del principio de transparencia administrativa y de la cláusula del Estado democrático de Derecho.

Se observa por tanto, una dualidad de fundamentaciones y posibles consecuencias jurídicas del incumplimiento de las respectivas obligaciones. En todo caso, lo cierto es que hay una clara instrumentalidad de la exigencia de una resolución respecto a conocer los motivos o fundamentos que han decidido a la Administración. Ahora bien, esta instrumentalidad no significa que en todo caso el incumplimiento de la obligación de resolver genere o provoque el incumplimiento de la obligación de motivar. En primer lugar, por cuanto, de acuerdo con la LRJPAC no todo acto administrativo resolutorio debe necesariamente motivarse ¹²⁸², pensemos por ejemplo en actos de contenido eminentemente reglado y que no sean limitativos de derechos de los ciudadanos. En segundo lugar, puesto que, en determinados casos nuestro ordenamiento considera cumplida esta obligación si esta se produce a lo largo del procedimiento, constando así en el expediente (motivación *in aliunde*) ¹²⁸³. Por tanto, cabrá plantearse realmente si el ámbito de la obligación de resolver debería coincidir estrictamente con aquellos supuestos donde legalmente se exija la motivación ¹²⁸⁴.

Lo que si es cierto es que en algunos casos "el incumplimiento del deber de pretender (*sic*) se traduce en incumplimiento del deber de motivar expresamente determinadas resoluciones, con grave daño para las garantías del recurrente, que carece, en nuestro derecho positivo al

¹²⁸² Situación distinta ocurre en el ámbito de la Administración de la Generalidad de Cataluña donde el art. 79.2 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización procedimiento y régimen jurídico, extiende la motivación a todos los actos administrativos resolutorios. Una similar extensión se produce con el art. 3 de la Ley italiana 241/1990, de 7 de agosto, donde únicamente se excepcionan los actos normativos y de contenido general. Si bien, en principio debe alabarse las intenciones de transparencia que han movido a ambos legisladores quizás debiera distinguirse más, so pena de establecer una enorme sobrecarga de trabajo en nuestras Administraciones públicas.

¹²⁸³ Si bien teóricamente de acuerdo con una interpretación literal del art. 89.5 los informes o dictámenes que consten en el expediente y sirvan de motivación deberán incorporarse al texto de la resolución.

¹²⁸⁴ Algunos autores como Giuseppe GUARINO: *Atti e poteri... op. cit.* en la p. 154 advierte que entre las varias hipótesis de silencio jurídicamente relevante en base a la disciplina normativa, el *silenzio-rifiuto* (que vendría a equivaler al silencio negativo) se distingue de las otras en cuanto idónea en vía general para constituir un *obbligo* en sentido estricto a resolver en modo formal.

menos, de la posibilidad de exigir, frente al silencio, una *manifestación de los motivos de la desestimación presunta* antes de acudir al contencioso ¹²⁸⁵. La técnica del silencio no sirve en estos casos para garantizar la obligación de motivar el acto administrativo y aunque en relación a la certificación de acto presunto se haya señalado que "funciona como motivación del acto presunto" ¹²⁸⁶, entendemos que con ella no queda satisfecha la exigencia de la motivación. O bien entendemos que la motivación judicial vendría a substituir a la motivación administrativa ¹²⁸⁷, o bien cabrá desarrollar, a mi entender, otro tipo de medidas alternativas como es el caso de las medidas cautelares positivas ¹²⁸⁸, adoptadas por los jueces y tribunales.

3.- El ámbito del deber-obligación de resolver el procedimiento

Si bien el deber-obligación de resolver el procedimiento está presente desde antiguo en nuestro ordenamiento jurídico con mayor o menor intensidad, según hemos tenido oportunidad de constatar, lo que si ha sufrido notables modificaciones ha sido su ámbito o

¹²⁸⁵ Vid. FERNANDO PABLO, Marcos-Matías: *La motivación... op. cit.* p. 123.

¹²⁸⁶ Vid. FERNANDO PABLO, Marcos-Matías: *La motivación... op. cit.* p. 235.

¹²⁸⁷ En la práctica ha sucedido este fenómeno durante los últimos años, pues ha sido en definitiva el juez administrativo quien tiene que explicar al particular porque no tiene derecho, por ejemplo, a una licencia que podía considerar obtenida por silencio positivo. Estaríamos ante una forma de sustitución de la Administración por los jueces que parece haber sido defendida reiteradamente para otro tipo de cuestiones por determinado sector de la doctrina. En el ordenamiento alemán sucede, como señala Friedhelm HUFEN, que: "Los déficits en la motivación, tal como los recoge el artículo 39 VwVfG, pueden ser subsanados, no obstante, bajo unas condiciones similares al supuesto de la determinación de los hechos, es decir, en la motivación de la sentencia." Vid. de este autor "La sistemática de las consecuencias de las irregularidades procedimentales. Un balance de los diez años de vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG)" en DA 235-236, julio-diciembre 1993 "El Derecho administrativo en Alemania: tendencias actuales (II)", p. 350.

¹²⁸⁸ Habría que recordar en este punto el innovador Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 quien adoptó, según parece, por vez primera en nuestro país como medida cautelar positiva el requerimiento a la Administración para que dictara una resolución expresando los motivos de fondo. Sobre el tema vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: "Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco" en REDA 71, julio-septiembre de 1991, publicado también en *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

extensión. Como ha advertido PARADA VÁZQUEZ ¹²⁸⁹ este deber-obligación ha ampliado de una forma notoria, desde dos perspectivas. En primer lugar, porque se extiende a "cuantas solicitudes se formulen", incluyéndose por tanto las peticiones graciabiles y los supuestos en que no sea competente el órgano al que se le dirige la correspondiente instancia. En segundo lugar, no se manifiesta únicamente respecto a los procedimientos iniciados a instancia de persona interesada, sino que abarca también a los iniciados de oficio. Esta notable ampliación del ámbito de la obligación de resolver también se corresponde con unos determinados límites que será preciso examinar.

3.1.- De los procedimientos iniciados a instancia de persona interesada a los procedimientos iniciados de oficio

La proclamación del deber-obligación de resolver en la LPA de 1958 si bien supuso un salto cualitativo respecto a la legislación precedente, se ciñó fundamentalmente a los procedimientos iniciados a instancia de persona interesada. Tal solución claramente insatisfactoria prescindía, por tanto, de una gran parte de la actuación formalizada de la Administración pública. Ésta podía abrir procedimientos que afectaban de forma muy directa a los ciudadanos sin que se viera sometida a otros límites temporales que la extinción de las facultades y derechos que se ventilaban en el asunto. Si bien este estado de la cuestión quedó atemperado por alguna legislación sectorial, ponía claramente en tela de juicio principios, como el de eficacia, a través de los cuales el ordenamiento concibe el funcionamiento de las Administraciones públicas.

Ha sido, en cambio, la LRJPAC desde un contexto constitucional distinto quien incluye dentro del ámbito de la obligación de resolver no sólo cuantas solicitudes se formulen por los interesados, sino también los procedimientos iniciados de oficio. Esta extensión de la obligación de resolver a los procedimientos iniciados de oficio parece estar pensada fundamentalmente para los de carácter sancionador, no obstante la formulación es mucho más

¹²⁸⁹ Vid. de este autor *Régimen jurídico... op. cit.* p. 173.

amplia incluyendo otro tipo de procedimientos de distinto alcance. Esta nueva situación obligará, sin duda, a reconsiderar la actuación de las Administraciones públicas en determinados campos, donde parecía existir en la práctica un amplio grado de discrecionalidad e incluso inmunidad en cuanto a su control.

En los procedimientos iniciados de oficio existen una serie de ciudadanos afectados para los cuales la inactividad administrativa genera claros perjuicios. Podemos percatarnos de esta situación en procedimientos como el expropiatorio. Una vez se han iniciado este tipo de procedimientos el particular se encuentra con que sus derechos están pendientes en cualquier momento de ser transferidos a la Administración, con lo cual no puede disponer de ellos si no es con una pérdida sensible de su valor económico. Al mismo tiempo la Administración no ha abonado aún el correspondiente justiprecio que compense al ciudadano por la pérdida sufrida, bien por no haberse determinado o bien porque si ya está fijado todavía no se ha realizado el pago. Si bien se han establecido una serie de mecanismos correctores (piénsese en la reversión, los intereses de demora y la retasación) la Administración en ocasiones ha dilatado en exceso su inactividad ¹²⁹⁰. Por tanto, parece claramente conveniente reforzar en la medida de lo posible la obligación que tiene la Administración de resolver, extendiéndola también a otro tipo de procedimientos que no sean exclusivamente el sancionador.

Se supera de forma definitiva algunos planteamientos jurisprudenciales que vienen a negar acceso a la jurisdicción con la peregrina formulación de que la técnica del silencio

¹²⁹⁰ La STS de 25 de octubre de 1982 (ref. Ar. 6.036) donde se condena a la Administración a indemnizar por responsabilidad patrimonial, es una muestra clara de tal situación: "[...] la iniciación del procedimiento de expropiación y su ulterior paralización, sin llegar a producir la ocupación o desposesión del bien expropiado, bien por revocación expresa, bien como aquí ocurre, por tácito desistimiento, ocasionan en el patrimonio del expropiado una merma claramente comprensible, pues si bien aquí el acta previa a la ocupación no priva de la propiedad ni de la posesión al expropiado [...] se produce una congelación o bloqueo de la libre disponibilidad del inmueble, con la virtual eliminación del tráfico jurídico del mismo, lo que constituye lesión o perjuicio antijurídico que el expropiado no viene obligado a soportar si la Administración expropiante permaneció inactiva, en esta circunstancia, durante más de seis meses, plazo máximo de finalización del expediente con fijación del justiprecio definitivo [...]."

administrativo no es aplicable a los procedimientos iniciados de oficio ¹²⁹¹. Esta denegación de justicia propiciada por determinados pronunciamientos del Tribunal Supremo, bajo el pretexto que los Tribunales no pueden sustituir a la Administración, desconoce la nueva función que alumbra a la jurisdicción contencioso-administrativa como tuteladora de las lesiones producidas a derechos e intereses legítimos y no como "proceso al acto", según la célebre formulación de HAURIUO. Esta tendencia ha sido corregida con buen criterio con diversas decisiones del Tribunal Constitucional, como el ATC 409/1988, de 18 de abril y STC de 25 de septiembre de 1995. En las mismas se manifiesta con claridad como el hecho que un procedimiento se inicie de oficio no impide necesariamente que el particular pueda acudir a la jurisdicción ¹²⁹² y, si una interpretación formalista lo impidiera se podría acudir al Tribunal Constitucional invocando vulneración del art. 24.1 de la CE. Al mismo tiempo cabe decir que el hecho que se admita el acceso a los Tribunales no implica necesariamente que estos deban sustituir a la Administración, sino que pueden llegar a condenar a la Administración a realizar la actividad por la que permanece pasiva y controlar este cumplimiento a través del trámite de ejecución de sentencia.

¹²⁹¹ Una muestra de esta inaceptable posición la constituye la STS de 22 de febrero de 1993 (ref. Ar. 843) según la cual: "El art. 38 de la Ley reguladora de nuestra Jurisdicción consagra ciertamente la doctrina del silencio administrativo, al objeto de que los interesados puedan formular frente a la presunta denegación el correspondiente recurso, aunque también pueden esperar la resolución expresa, pero no cabe en modo alguno desconocer que la ficción del silencio exige la previa petición en el sentido propio de este término, ante la Administración, la falta de notificación de la decisión en el plazo de tres meses desde la misma, y sin embargo en la materia de justiprecio no se formula en realidad una concreta petición al Jurado para que acceda a ella o la deniegue, sino que la pieza separada es pasada a aquel órgano con el fin de que defina el justo precio de los bienes o derechos expropiados, "decida ejecutoriamente sobre el justo precio..." en los términos del art. 34 de la Ley expropiatoria, esto es para que en su función arbitral fije los valores correspondientes resolviendo el conflicto o las discrepancias de las partes intervinientes en el procedimiento expropiatorio, debiendo además advertir que los Jurados de Expropiación Forzosa no están incardinados en la organización jerárquica de la Administración y en mérito de ello tampoco les resulta de aplicación la doctrina del silencio administrativo enunciada con anterioridad."

¹²⁹² Así la STC de 25 de septiembre de 1995 al advertir que "[...] aunque se partiera de la premisa de que el procedimiento ante el Jurado de Expropiación es un procedimiento incoado de oficio, no puede desconocerse: que de él pueden derivarse efectos favorables para el expropiado, que éste ha sido parte en el referido procedimiento y en el ha formulado una valoración de los bienes expropiados mediante la hoja de aprecio a la que no cabe negar características materiales de petición y, en fin, que en este caso el procedimiento trae causa de una previa actuación de gravamen - que conlleva nada menos que la ocupación de la finca sin consignación previa - que produce sin duda una minoración de la esfera jurídica del particular." El Alto Tribunal en realidad está reconociendo en estos considerandos la condición de interesado del recurrente y por tanto el derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

La exigencia de una actuación administrativa formalizada realizada con celeridad y rapidez no sólo es una forma de garantía del particular para obtener una respuesta en unos plazos razonables, sino la misma viene requerida por el correcto servicio del interés general. La inactividad, en estos casos, puede causar mayores perjuicios a toda una colectividad que al ciudadano directamente afectado ¹²⁹³, el cual paradójicamente puede verse beneficiado por esta pasividad administrativa ¹²⁹⁴.

La LRJPAC consciente de esta nueva dimensión establece la obligación de resolver en los procedimientos iniciados de oficio no sólo cuando su instrucción y resolución afecte a los interesados, sino también - nótese bien - a los ciudadanos. Si bien, según se ha hecho notar esta formulación no es feliz, deberá interpretarse de la forma menos restrictiva posible ¹²⁹⁵, evitando que las posibles limitaciones que puedan derivarse de su redacción dejen vacío de contenido el precepto.

La importancia de extender la obligación de resolver a los procedimientos iniciados de oficio ha sido puesta de relieve por GONZÁLEZ NAVARRO en especial por lo que respecta a la

¹²⁹³ Para el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT: "[...] la Ley extiende la obligación a los casos en los cuales el procedimiento no sea indiferente para los ciudadanos - aun cuando tengan la condición de interesados -, lo que se explica por el carácter que tiene la Administración en un Estado social de Derecho como el que diseña la Constitución." *Vid.* de este autor "El deber de contestar y los actos presuntos..." *op. cit.* p. 145.

¹²⁹⁴ Así un particular perjudicado por la actividad ilegal de otro ciudadano puede ver como la inactividad de la Administración respecto a la misma acabará, por el transcurso del tiempo, en prescripción y, por tanto, en la más absoluta impunidad. Al efecto es ilustrativa la queja 9301106 formulada al *Síndic de Greuges* (el equivalente del Defensor del Pueblo en Cataluña) en la cual: "Se recuerda al Ayuntamiento de Sta. Margarida de Montbui el deber legal que tienen las Administraciones públicas de observar los plazos legalmente establecidos en la resolución de expedientes, para que no opere la prescripción por falta de actuación administrativa y el ciudadano no vea vulnerado su derecho a obtener una resolución motivada, en relación a la resolución de expedientes disciplinarios (*sic*) incoados por las molestias ocasionadas por un taller mecánico." *Vid.* de esta institución el *Informe al Parlament 1994*, Barcelona, 1995, p. 368.

¹²⁹⁵ En este sentido *vid.* PAREJO ALFONSO, Luciano: "El silencio administrativo en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Ed.): *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez I (Consideraciones generales. El procedimiento administrativo)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 562.

calificación como verdadera oferta contractual de los anuncios de licitación ¹²⁹⁶. Este autor critica especialmente la absoluta discrecionalidad que el art. 36 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 establecía respecto a la potestad administrativa de declarar desierto el concurso ¹²⁹⁷. Para demostrar que no es cierto la discrecionalidad absoluta que tiene en este caso la Administración trae a colación la STS de 30 de marzo de 1984 (ref. Ar. 1.454) según la cual el plazo establecido por el RSCL genera en estos casos "el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada", declarándose válida la resolución tardía al existir un supuesto de silencio negativo ¹²⁹⁸. Esta obligación de

¹²⁹⁶ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 822-829. Para un análisis más detenido sobre la cuestión vid. sin embargo a SOLAS RAFECAS, José María de: *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, entiende que "el anuncio de la licitación constituye una *invitatio ad offerendum*". Piénsese que en el momento del anuncio de licitación la pretendida oferta carece de dos requisitos fundamentales: a) no es todavía completa pues los licitadores han de proponer su valoración económica; y b) la Administración no manifiesta en este momento una verdadera voluntad de obligarse con carácter definitivo. Esta discusión, como advierte SOLAS RAFECAS, en realidad parte de trasladar automáticamente el esquema vigente en el Derecho civil cuando las peculiaridades de los contratos de las Administraciones públicas justifican un tratamiento diferenciado impuesto por su propia legislación aplicable.

¹²⁹⁷ Este precepto ha sido sustituido en la actualidad por el art. 89. 2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas (BOE 119, de 19 de mayo de 1995), si bien con buen criterio se añade "motivando en todo caso su resolución con referencia a los criterios de adjudicación del contrato." Esta aparente novedad, sin embargo, no es tal ya que el art. 54.2 de la LRJPAC señala ya que este tipo de actos se motivarán "debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte", si bien se remitía a las normas que regulen sus convocatorias a los simples efectos de la forma de su realización ("se realizará de conformidad"). En todo caso, parece que se mantiene un amplio grado de discrecionalidad administrativa, si bien controlable lógicamente a través de las técnicas habituales, entre las cuales se incluye la motivación. De esta forma la jurisprudencia mantiene de forma reiterada el carácter facultativo y discrecional de la posibilidad de declarar el concurso desierto, eliminando el automatismo de la subasta. Vid. entre muchas las SSTS de 31 de marzo de 1975 (ref. Ar. 2.385), 30 de marzo de 1981 (ref. Ar. 1.432), 31 de marzo de 1982 (ref. Ar. 2.361), 18 de mayo de 1982 (ref. Ar. 3.967) y 6 de junio de 1983 (ref. Ar. 3.213).

¹²⁹⁸ Por su parte la STS de 17 de marzo de 1988 (ref. Ar. 2.178) dictada en un recurso extraordinario de revisión desmiente la doctrina aludida señalando que: "[...] no es posible sostener, como lo hace la de 30 de marzo de 1984, que la afirmación que se deduce de la declaración de concurso desierto por el transcurso del plazo de 90 días a partir de la apertura de plicas sin que se hubiere realizado la adjudicación definitiva constituya un supuesto de silencio administrativo negativo [...]. Y sin que puedan obstar a todo ello, las alegaciones del Ayuntamiento recurrente en relación a la no diferencia entre el art. 38 de la Ley jurisdiccional y el artículo 44.5 del Reglamento de Contratación citado, porque si bien en ambos hay petición del administrado que no es resuelta por la Administración dentro del plazo establecido, en el segundo de ellos, de aplicación concreta a los concursos, se prevén especialmente los efectos del transcurso del plazo sin que recaiga acuerdo expreso, considerando que han de ser declarados desiertos." Si bien en esta STS no se identifica que tipo de institución rige en la inactividad de resolución del concurso, se distingue claramente y se individualiza del

resolver existirá con independencia de que al procedimiento de selección se considere iniciado de oficio o a instancia de persona interesada ¹²⁹⁹, por lo que la Administración deberá dictar una resolución debidamente fundada. Si bien es indudable el deber-obligación de resolver, no creemos que pueda derivarse necesariamente de esta afirmación que se haya "convertido en basura" ¹³⁰⁰ la jurisprudencia que venía sosteniendo que con el anuncio de licitación estamos ante una mera invitación a contratar. La existencia de tal deber-obligación de resolver no es incompatible con el necesario grado de discrecionalidad que debe atribuirse a la Administración en la adjudicación del concurso.

La dificultad de discernir en múltiples ocasiones si realmente estamos ante procedimientos iniciados de oficio o a instancia de persona interesada y, por tanto, determinar los efectos de la inactividad, no se plantea únicamente en casos como el anterior sino que podemos encontrarnos otros supuestos con problemáticas semejantes. Entre los supuestos más paradigmáticos pueden citarse el procedimiento de otorgamiento de subvenciones y el de selección de funcionarios. Se trata de aquellos casos en los cuales se dicta un acto administrativo de contenido general, como es una convocatoria, a la que se suceden una serie de peticiones o solicitudes formuladas por los ciudadanos que se interesan por este procedimiento. En el reciente Reglamento del procedimiento para la concesión de

silencio administrativo negativo.

¹²⁹⁹ El magistrado y profesor Francisco GONZÁLEZ NAVARRO no deja claro si este procedimiento de adjudicación del concurso es de los que se inician de oficio o a instancia de persona interesada, si bien curiosamente estudia toda esta problemática, tal como consta en los epígrafes de su obra, en los procedimientos iniciados de oficio. Según él lo importante es que "en ambos casos (¡te pongas como te pongas!) la Administración tiene obligación de resolver... por supuesto, de conformidad con lo que previene la Constitución, la ley y el derecho y sin incurrir en arbitrariedad (arts. 9 y 103 de la Constitución)." *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Régimen jurídico... op. cit.* p. 829. Lo que no advierte el autor son las diferentes consecuencias jurídicas que podría generar la consideración de este procedimiento como iniciado de oficio o a instancia de persona interesada, pues en el primer caso podría llegar a argumentarse que rige la caducidad del procedimiento mientras que en el otro el silencio negativo. Si estimamos que es un procedimiento iniciado de oficio la declaración de caducidad comporta que la Administración no podría adjudicar tardíamente a ningún licitador el concurso, declarándose por tanto tal actuación como anulable, según hemos visto en el capítulo segundo de nuestro trabajo.

¹³⁰⁰ El magistrado y profesor Francisco GONZÁLEZ NAVARRO utiliza esta expresión en el sentido propuesto por Julius Herman VON KIRCHMANN en su obra *La jurisprudencia no es ciencia*, 3ª edición, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

subvenciones públicas, aprobado por RD 2225/1993, de 17 de diciembre, parece distinguirse entre procedimientos iniciados de oficio o a solicitud de persona interesada. Para los primeros lógicamente es la convocatoria del órgano competente, mientras que para los segundos la solicitud de persona interesada la que inicia el procedimiento. Ahora bien, respecto a estos últimos se advierte que: "La presentación de las solicitudes de los interesados podrá ser precedida de un acto de convocatoria por parte de la Administración, que tendrá el carácter de presupuesto de los distintos procedimientos que se inicien posteriormente".

El problema que no soluciona el Reglamento es determinar cuando la convocatoria tendrá meramente el carácter de presupuesto del procedimiento y cuando, en cambio, comportará directamente la iniciación del procedimiento. La única diferencia que parece establecer es el contenido de la convocatoria. Este contenido en los procedimientos iniciados de oficio tiene unos requisitos necesarios, establecidos en el art. 4.3, mientras que en los iniciados a instancia de persona interesada queda al juicio de oportunidad del órgano competente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.2. Por lo que respecta a las consecuencias de la inactividad no establece distinciones disponiendo que podrá entenderse desestimada la concesión de la subvención en un plazo determinado. Lo que no se entiende muy bien es que "iniciado de oficio" un procedimiento de concesión de subvenciones a través de la correspondiente convocatoria sin que haya mediado ningún tipo de solicitud o petición de los eventualmente interesados, exista una obligación de resolver. No se alcanza a comprender, en estos supuestos, qué es lo que la Administración debe resolver, puesto que no tiene posibilidad de conceder o denegar a una determinada persona la ayuda correspondiente. Lo único que cabe hacer en estos momentos más que emitir una resolución, es declarar que el procedimiento ha terminado por falta de presentación de solicitudes en el plazo predeterminado. Por tanto, quizás sería más conveniente entender que la convocatoria es en todo caso un presupuesto de iniciación del procedimiento, esté más o menos concretado su contenido, siendo en estos casos realmente la iniciación a instancia de persona interesada mediante la correspondiente solicitud. En este sentido hay que destacar la depurada técnica, en este punto, del Reglamento de subvenciones de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 76/1993, de 26 de agosto, al establecer en su art. 5.1 que el procedimiento se inicia

siempre a solicitud del interesado. Extremo que fue destacado por el propio Consejo de Estado, en su dictamen 1.047/1993, de 30 de julio:

"La iniciación del procedimiento exclusivamente a instancia del interesado resulta congruente con la especial peculiaridad del género subvencional, donde no parecería ajustado al principio de objetividad que el poder público, de oficio, realizara la tramitación del procedimiento en favor de algún sujeto

1301 . "

En todo caso, la obligación de resolver el procedimiento no implica necesariamente la obligación de iniciarlo. Esta afirmación cobra especial relieve en los procedimientos iniciados de oficio. Como es sabido los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia (art. 69 LRJPAC y con anterioridad art. 68 LPA) ¹³⁰². Se requiere, por tanto, a diferencia de lo que ocurre con los procedimientos iniciados a instancia de persona interesada un acto administrativo del órgano competente para iniciar el procedimiento.

La jurisprudencia viene reconociendo un amplio grado de discrecionalidad en la iniciación del procedimiento cuando éste se inicia solamente de oficio. Ahora bien, una vez iniciado el procedimiento por el órgano competente, la obligación de resolver extensible, por tanto, a los mismos impone que la Administración deba proseguir hasta una resolución que ponga fin

¹³⁰¹ Curiosamente el Consejo de Estado no se pronunció sobre la forma de iniciación del procedimiento de subvenciones regulado por el reglamento estatal: *vid.* el dictamen 1.361/1993, de 25 de noviembre de 1993.

¹³⁰² En el ordenamiento alemán el parágrafo 22 de la Ley de 25 de mayo de 1976, de procedimiento administrativo, establece respecto a la iniciación del procedimiento que: "La autoridad decide con discrecionalidad controlable si ha de tener lugar un procedimiento administrativo y cuando ha de iniciarse éste. Lo anteriormente dispuesto no es de aplicación cuando la autoridad en virtud de una disposición jurídica:

1. Debe actuar de oficio o a instancia de parte.
2. Sólo puede actuar a instancia de parte y tal instancia no ha tenido lugar." *Vid.* la introducción, traducción y notas que realiza LINDE PANIAGUA, Enrique, en *RAP* 124, mayo-agosto 1977. También la traducción y comentario del entonces Proyecto en NIETO GARCÍA, Alejandro, en *RAP* 47, 1965.

a las actuaciones ¹³⁰³. Con todo, la presencia de intereses legítimos implicados debe matizar la discrecionalidad del órgano administrativo competente, pues de otra forma los mismos pueden quedar privados de cualquier tipo de tutela. Como veremos seguidamente, en ulteriores apartados de este trabajo, la legislación no articula sin embargo medios satisfactorios para ello, habiendo de ser la interpretación doctrinal y jurisprudencial quien salve tal extremo.

Entre los casos en que se plantearon dudas sobre si la Administración estaba obligada o no a iniciar el procedimiento se destacó en su momento la revisión de oficio o acción de nulidad de los actos administrativos. De esta forma, autores tan destacados como GARRIDO FALLA al analizar la normativa establecida por la LPA si bien advertían que estos "poderes de oficio se pueda beneficiar también el administrado", señalaban a continuación que "esta *instancia del interesado* no tiene carácter de verdadero recurso, por lo que no obliga a la

¹³⁰³ Con todo, la jurisprudencia viene reconociendo la posibilidad de que la Administración puede desistir de oficio de un procedimiento. Así la STS de 23 de junio de 1987 (ref. Ar. 6.524): "Por lo que hace a la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento de oficio hay que admitir tal posibilidad y así lo tiene ya declarado este Tribunal Supremo en Sentencias de 6 de febrero de 1985 y 18 de octubre de 1986, de la Sala quinta con referencia al procedimiento expropiatorio. Ciertamente la Ley de procedimiento administrativo contempla únicamente el supuesto de desistimiento, del interesado, pero ello no impide que pueda darse también válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración." En la STS se razona que el desistimiento siempre exige un acto administrativo de aceptación y, por otra parte, en cuanto "si la Administración puede a la vista de la información reservada acordar la no iniciación del procedimiento sancionador, tanto más podrá acordar el archivo de las actuaciones sin llegar al acto terminal de fondo, cuando - como aquí ha ocurrido - se haya obtenido el convencimiento racional de la falta de base de la denuncia formulada." En cualquier caso, entendemos que el acto por el cual se acuerda el desistimiento deberá ser motivado y además objeto de posible fiscalización ante los tribunales del orden contencioso-administrativo. Debe destacarse, no obstante, que algunos autores consideran que el desistimiento al no estar contemplado entre las causas de terminación del procedimiento por decisión de la Administración, debe entenderse prohibido (arts. 87 a 92 LRJPAC). En este sentido *vid.* GÓMEZ PUENTE, Marcos: "Responsabilidad por inactividad de la Administración" en *DA* 237-238, enero-junio 1994, p. 175 nota 33. En realidad la admisibilidad o no del desistimiento de la Administración es un falso debate pues como advierte el profesor Ángel MENÉNDEZ REXACH: "El llamado "desistimiento de la Administración en los procedimientos de oficio no debe denominarse así, para no confundir este supuesto con el otro. En realidad es un supuesto de resolución, en que hay una decisión sobre el fondo, aunque ésta sea de sobreseimiento o archivo de las actuaciones, con base en la consideración de que la finalidad perseguida con la incoación no está justificada en el caso concreto." *Vid.* de este autor "Procedimientos administrativos: finalización y ejecución" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Eds.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, p. 257.

Administración a iniciar el procedimiento anulatorio previsto en este precepto legal" ¹³⁰⁴ (art. 109 LPA). Estas apreciaciones estaban en consonancia con la jurisprudencia al uso en aquella época que vino a interpretar el término podrá del art. 109 de la LPA como una facultad de la Administración, la cual podría archivar la petición del particular si no consideraba suficientes las alegaciones del mismo para poner el procedimiento en marcha. Esta confusión venía propiciada además por la rúbrica en la que se encuadraba la regulación de este procedimiento "revisión de oficio" ¹³⁰⁵. No obstante, la jurisprudencia a partir de 1965 vendrá a rectificar tal posición entendiendo que la acción de nulidad "constituye el remedio procesal idóneo para poner en marcha el dispositivo revisorio, provocando la incoacción del oportuno expediente, que habrá de ser ineludiblemente resuelto por el órgano interpelado" ¹³⁰⁶. Esta tesis, viene en definitiva confirmada plenamente en la actualidad al establecerse frente a la inactividad de la Administración una regulación específica del silencio que hasta entonces no se contenía expresamente, sino que se había de deducir de su asimilación con el régimen general de las peticiones. En la actualidad, pues, los arts. 102.4 y 103.6 de la LRJPAC establecen por tanto de forma específica una regulación del silencio administrativo negativo para la denominada revisión de oficio.

3.2.- El derecho de petición: De la obligación de acusar recibo a la obligación de resolver

El derecho de petición está presente a lo largo de la historia de nuestro constitucionalismo

¹³⁰⁴ Vid. de este autor *Tratado de Derecho administrativo III*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 15.

¹³⁰⁵ Vid. LAVILLA ALSINA, Landelino: "La revisión de oficio de los actos administrativos" en *RAP* 34, enero-abril 1961, pp. 88-89. Así este autor advertía que: "El procedimiento para declarar la nulidad de actos declarativos de derechos regulado en el artículo 109 de la LPA, no es, a pesar de la rúbrica del capítulo en que está incluido, un procedimiento de revisión de oficio. Lo que el artículo regula es el procedimiento especial para declarar la nulidad tanto *de oficio* como *a instancia del interesado*."

¹³⁰⁶ Vid. en este sentido la jurisprudencia citada por el profesor Fernando GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo I*, 10ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 473-474.

¹³⁰⁷, incluso en períodos autocráticos como el del General FRANCO, si bien con claras limitaciones ¹³⁰⁸. El carácter inofensivo que para los poderes públicos tenía este derecho ¹³⁰⁹, según ha predicado tradicionalmente la doctrina, sin duda ha posibilitado su reconocimiento en los más diversos regímenes políticos. La proclamación de una de las manifestaciones de este derecho, el ejercicio individual de la petición ¹³¹⁰, en el art. 21 del Fuero de los españoles propició su desarrollo legislativo a través de la aún vigente Ley de 22 de diciembre de 1960 ¹³¹¹. Las grandes leyes administrativas de los años 50 también

¹³⁰⁷ Una enumeración de los textos constitucionales donde se recoge el derecho de petición puede encontrarse, por ejemplo, en IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: *Derecho de petición y derecho de queja*, Ed. Dykinson, 1993, pp. 13-15. Por otra parte la retórica oficialista de los años 60 acudió indiscriminadamente a posibles precedentes ya en la Edad Media trasladando conceptos e instituciones jurídicas de sistemas legales que no coincidían ideológicamente. Esta traslación se inicia ya en el "debate" de la ley franquista sobre el derecho de petición, según se constata en el trabajo del profesor Laureano LÓPEZ RODÓ: "El derecho de petición. Antecedentes, directrices y discusión en las Cortes" en *DA* 40, abril 1961, pp. 9-12, bajo la expresiva rúbrica "El derecho de petición en la tradición jurídica española". Una posición crítica con el método empleado puede encontrarse en el trabajo del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "El orden público como límite - inesperado - al ejercicio del derecho de petición" en *Bajo el signo de la Constitución*, Ed. IEAL, Madrid, 1983, p. 559.

¹³⁰⁸ El ejercicio del derecho de petición durante este período estaba claramente condicionado por la posibilidad de imponer sanciones de orden público contra las personas que realizaran la petición, pese a que formalmente el art. 1 de la Ley reguladora estableciera que de su ejercicio no podrá derivarse perjuicio alguno al peticionario, salvo que incurra en delito y falta. *Vid.* la numerosa jurisprudencia en este sentido analizada minuciosamente por el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "El orden público como límite..." *op. cit.* pp. 551-590.

¹³⁰⁹ Así el profesor Nicolás PÉREZ SERRANO recordaba una frase de LABAND en la que se calificaba el derecho de petición como algo "tan natural y tan vacío como escribir cartas o cantar canciones". *Vid.* de aquél autor *La Constitución española 9 diciembre 1931. Antecedentes, texto, comentarios*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1932, p. 159.

¹³¹⁰ Como advierte el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: "[...] el derecho de petición a que se refiere el artículo 21 del Fuero de los Españoles, no es, según se ha señalado, sino una de sus concretas manifestaciones. Pues desde un punto de vista general, no existe limitación alguna para que puedan deducirse peticiones colectivas en un procedimiento administrativo o jurisdiccional." *Vid.* de este autor "Régimen jurídico del derecho de petición" en *DA* 40, abril 1961, p. 21. Ciertamente la jurisprudencia había reconocido en alguna ocasión la posibilidad del ejercicio colectivo: caso del Escrito del Consejo Diocesano de Hombres de Acción Católica de San Sebastián de 1965, citado por el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "El orden público como límite..." *op. cit.* p. 575. Curiosamente ya en vigor la CE de 1978 la cuestión se planteó en la STS de 9 de febrero de 1987 (ref. Ar. 2.921) en relación a la posibilidad de un Ayuntamiento de solicitar al Gobierno la declaración del municipio como zona desnuclearizada.

¹³¹¹ Algún autor ha llegado a decir que la citada "ley es claramente inconstitucional, debido a que reconoce únicamente el derecho de petición individual y no el colectivo, por lo que hay que entenderla derogada." *Vid.* IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: *Derecho de petición...* *op. cit.* p. 23. No obstante, como hemos señalado anteriormente, el ejercicio colectivo del derecho de petición era reconocido por la jurisprudencia en el régimen

harán referencia a la existencia de tal derecho. En tal sentido la LRJAE distinguía entre instancias y peticiones (art. 39.1). Por lo que respecta a las primeras se establecía la obligación de resolver (art. 39.2), mientras que cuando se trate de una simple petición se establecía que la Administración sólo vendría obligada a cursar recibo de la misma (art. 39.3).

De esta forma se distinguía entre un derecho de instar y un derecho de pedir, siendo en el primer caso de carácter netamente administrativo, mientras que en el segundo supuesto estábamos ante un derecho de cariz político ¹³¹². Es por ello que GARCÍA DE ENTERRÍA hablará de "peticiones graciabiles o simples peticiones", las cuales "obligan solamente a acusar recibo de su recepción, lo cual significa que la Administración es libre de iniciar o no el procedimiento" ¹³¹³.

Con todo, incluso con anterioridad a la CE de 1978, algunos autores defendieron la existencia de una obligación de resolver al ejercitarse el derecho de petición. Así se señalaba que: "La obligatoriedad de resolver las peticiones elevadas al amparo del Derecho de petición es quizá la pieza angular de este derecho; sin esa obligatoriedad quedaría absolutamente desdibujado e incluso sería dudoso que pudiéramos siquiera denominarle "derecho". La obligatoriedad de la resolución es la garantía que tiene el particular de que su actuación ha sido considerada ¹³¹⁴."

preconstitucional, habiendo regulado la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, una de sus manifestaciones, sin impedir cualquier otra de ellas.

¹³¹² Vid. ALONSO-CORTÉS, Aurelio: "La obligación de resolver y el derecho de petición" en *DA* 99, 1966, p. 38.

¹³¹³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo II*, 1ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1977, p. 394, y en ediciones posteriores.

¹³¹⁴ Vid. IZAGUIRRE ROBLEDO, José Luis: "Derecho de petición" en *Coloquio sobre información administrativa. Actas del I Coloquio nacional organizado por la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno*, Actas y documentos, Madrid, 1965, p. 223.

La proclamación del derecho de petición en el art. 29 de la CE ha implicado un cambio en la jurisprudencia al reinterpretar la legislación preconstitucional vigente. Un primer paso lo constituye la admisión de recursos contencioso-administrativos contra desestimaciones presuntas del derecho de petición ¹³¹⁵. Pero sin duda, este punto de inflexión se constata principalmente a través de la STS de 10 de abril de 1987 (ref. Ar. 2.301), comentada por GONZÁLEZ SALINAS ¹³¹⁶. El TS entiende que en virtud del ejercicio del derecho de petición cabe "exigir en correspondencia, de la autoridad u órgano competente una resolución decisoria que estime o deniegue la pretensión formulada; porque, en otro caso, el derecho de petición [...] quedaría reducido en sus resultados prácticos a una mera proclamación programática de puro valor retórico, eximiendo a los poderes públicos de los estrictos deberes que impone a estos efectos el art. 53.1 de la carta constitucional [...]."

Ni que decir tiene que ha sido el efecto expansivo del control jurisdiccional de la actividad administrativa quien ha propiciado la existencia de la obligación de resolver como exigencia del derecho de petición. La STS de 13 de octubre de 1992 (ref. Ar. 366) es absolutamente clara en este punto al afirmar que: "La obligación de resolver sobre el contenido de la petición, determina lógicamente la posibilidad de fiscalización jurisdiccional de las resoluciones expresas o presuntas sobre lo cuestionado en la petición formulada, incluso en el supuesto del potencial carácter graciable de lo peticionado, cuya efectiva tal naturaleza debe ser objeto de la correspondiente revisión jurisdiccional."

El afán de jurisdiccionalizar toda la actividad administrativa permite a través del ejercicio de este derecho que accedan a los tribunales personas que no tienen derechos e intereses legítimos en juego respecto al asunto en litigio. Por tanto, se ha llegado a afirmar que "cuando falta el interés directo y la acción popular, y la actividad administrativa es ilegal

¹³¹⁵ Así las SSTS de 12 de noviembre de 1985 (ref. Ar. 5.365) y 29 de noviembre de 1985 (ref. Ar. 5.603).

¹³¹⁶ *Vid.* GONZÁLEZ SALINAS, Pedro: "El ejercicio del derecho de petición y la fiscalización jurisdiccional de la resolución administrativa" en *REDA* 54, abril-junio 1987, pp. 269-276.

sólo puede ser denunciada a través de la vía de petición ¹³¹⁷." El ejercicio del derecho de petición podría ser, de esta forma, una vía o instrumento a través del cual se superara en cierta manera el carácter meramente subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no se limitaría a la tutela de derechos e intereses legítimos ¹³¹⁸. Tal posibilidad si bien no sería descartable de entrada, debe ser acometida con cierta prudencia y en cualquier caso esta labor habrá de ser llevada a cabo por el legislador al regular el contenido del derecho constitucional. Estamos, por tanto, ante una opción legislativa que bien puede afrontarse ante una futura reforma de la legislación procesal administrativa o bien singularmente a través de la regulación legal de cada sector de intervención administrativa.

El control en vía judicial de este derecho puede comportar otro fenómeno relevante, estrechamente conectado con el anterior, como es el de los actos políticos ¹³¹⁹. En efecto, puede constatarse fácilmente como a través del derecho de petición no sólo se solicita la realización de funciones típicamente administrativas, que son las susceptibles de control jurisdiccional, sino también funciones claramente políticas o de gobierno, de las que como es sabido se predica su exclusión del ámbito judicial o al menos un control judicial limitado

¹³¹⁷ Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: "Artículo 29" en GARRIDO FALLA, Fernando (et al.): *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 365.

¹³¹⁸ Sobre las diversas concepciones, subjetivas y objetivas, de la jurisdicción contencioso-administrativa, nos remitimos a las consideraciones realizadas en el capítulo primero de este trabajo.

¹³¹⁹ La teoría de los actos políticos o de gobierno surge en Francia como un correctivo a la concepción objetiva del contencioso-administrativo. En otros sistemas de construcción subjetiva, como el actual modelo alemán, el problema de los actos políticos se concibe no desde la exclusión de una parcela de actividad pública del control jurisdiccional, sino precisamente como una cuestión de legitimación y por tanto se plantea la existencia o no de un derecho subjetivo, concebido en sentido amplio, que pueda ser objeto de tutela por los tribunales. Sobre el tema vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J.: *La jurisdicción contencioso-administrativa... op. cit.* pp. 154-155. Así señala que: "[...] si tales actos provenientes desde el Estado, de cualquiera de sus autoridades (Behörde), también el Gobierno, lesionan un derecho del particular, la j.c.a. es procedente. Lo que ocurre es que, por la específica naturaleza de estos actos, será difícil afirmar una lesión en los derechos del sujeto, por estar destinados u orientados a otro ámbito distinto al de las relaciones del poder público con el individuo (así en temas internos del Estado o de política general, que no afectan al sujeto concreto)."

¹³²⁰. De esta forma se puede producir una difuminación de la ya no tan nítida dicotomía entre actos administrativos de contenido discrecional y actos políticos ¹³²¹. Así, por ejemplo, dada la estrecha conexión entre la obligación de motivar y la obligación de resolver, según hemos tenido oportunidad de comprobar, podría llegar a producirse que a través del ejercicio del derecho de petición acabe exigiéndose la motivación del acto político. Tendencia que vendría favorecida por determinada línea interpretativa que considera la obligación de motivar como una exigencia derivada directamente del principio de interdicción a la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 de nuestra Carta magna ¹³²².

¹³²⁰ La STS de 30 de julio de 1987 si bien proclama la naturaleza política del acto fiscalizado (fijación de la sede provisional de la Junta de Castilla y León) advierte que "no hemos ahorrado esfuerzos en analizar la justificación del procedimiento seguido y de la competencia del órgano que lo emitió, sirviéndonos para ello de la técnica de los actos separables." En todo caso, si parece control judicial cuando la actuación del poder público violente un derecho fundamental, siendo en cambio más problemáticos o dudosos los restantes casos. Por su parte la STS de 28 de junio de 1994 (ref. Ar. 5.050), en relación al nombramiento del Fiscal General del Estado, advierte: "Reconocido, sin embargo, que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión."

¹³²¹ La confusión entre lo político y lo discrecional fue propiciada por la exclusión jurisdiccional de ambas materias con la Ley Santamaría de Paredes. De esta forma el art. 4 del Reglamento general para la ejecución de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888, aprobado por RD de 29 de diciembre de 1890, establecía que corresponde a la potestad discrecional las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen pertenezcan al orden político o de gobierno.

¹³²² Este supuesto no es una mera hipótesis, puesto se ha llegado a plantear tal situación en nuestra jurisprudencia. *Vid.* significativamente el caso del escudo de la Universitat de València en el que los estatutos eliminaron la imagen tradicional de la Virgen de la Sapiencia, resuelto por la STC 130/1991, de 6 de junio. El recurso de amparo trae causa de varios pronunciamientos judiciales en que se anulaban los citados estatutos por conculcar, entre otras causas, el art. 9.3 de la CE en lo relativo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos pues falta en el "[...] acto administrativo "causa jurídica" fundada en un interés público o en un interés del servicio público de la docencia al que la Universidad de Valencia viene obligada a prestar de acuerdo a la legislación vigente [...]." El TC estima el amparo al considerar, con buen criterio, la autonomía universitaria como elemento justificador de la exención de control jurisdiccional en relación a una decisión de una Universidad. Al respecto *vid.* EMBID IRUJO, Antonio: "La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de los poderes públicos" en *REALA* 258, abril-junio 1993, pp. 272-277. Por su parte Marcos-Matías FERNANDO PABLO: *La motivación...* *op. cit.* p. 142, nota 31, considera "atractiva" la doctrina de la STS de 12 de junio de 1992 (ref. Ar. 5.184) de la que trae causa la STC citada.

En esta línea algunos autores entienden que forma parte del contenido esencial del derecho de petición no sólo la obligación de responder las peticiones que reciban, sino además cuando la contestación sea denegatoria se exige que la misma sea motivada ¹³²³. Se cita en esta línea el art. 17.1 de la Ley orgánica del Defensor del Pueblo que así lo prevé expresamente. No obstante, estos mismos autores advierten el riesgo obstruccionista que puede implicar mantener tal tesis a ultranza, para ello creen necesario atemperar la exigencia de motivación de acuerdo con el principio de proporcionalidad: Será más exigible la motivación cuando más razonable y atendible fuera la petición realizada.

Sin perjuicio del loable intento de dar mayor operatividad al derecho de petición, quizás debe prevalecer una cierta prudencia al exigirse la motivación como contenido esencial del derecho de petición. Es lógico, por ejemplo, que en el caso del Defensor del Pueblo, a través de una disposición legislativa se exija una respuesta motivada dadas las peculiaridades de este Comisionado de las Cortes Generales. Cuestión distinta es que toda la actuación administrativa, independientemente de si incide o no en derechos e intereses legítimos de los ciudadanos deba ser motivada. Adviértase que los poderes públicos al denegar la solicitud del ciudadano no están limitando su derecho de petición, pues éste ya se ha visto atendido precisamente con una respuesta.

Retomando el contenido propio del derecho de petición debe señalarse que el reciente planteamiento del TS ha sido también asumido por el TC. Éste si bien asume la tradicional configuración del derecho de petición, va más allá pues "hoy el contenido comprende algo más, aun cuando no mucho más, e incluye la exigencia de que el escrito al cual se incorpore la petición sea admitido, le de curso debido o se reexpida al órgano competente si no lo fuere el receptor y se tome en consideración." Por tanto, concluye que nos encontramos ante dos obligaciones: "una al principio, exteriorizar el hecho de la recepción, y otra al final,

¹³²³ Vid. GARCÍA CUADRADO, Antonio: "El derecho de petición" en *Revista de Derecho Político* 32, 1991, p. 166; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: "Petición (Derecho de)" en *NEJ*, vol. XIX, Ed. Seix, Barcelona, 1989, p. 756. Este último autor señala incluso que la obligación de resolver motivadamente se da con indiferencia de la decisión que finalmente se adopte, tanto de desestimación y archivo como de estimación.

comunicar al interesado la resolución que se adopte" (STC 242/1993, de 14 de julio).

Esta línea jurisprudencial viene a ser recogida por la LRJPAC en cuanto sanciona la obligación de resolver "sobre cuantas solicitudes se formulen por los interesados" (art. 42.1)¹³²⁴, así como se establece el silencio negativo para el derecho de petición en caso de inactividad (art. 43.3.a). Solución legislativa que, sin embargo, fue objeto de crítica por el Consejo de Estado en su dictamen al entonces Anteproyecto¹³²⁵ al entender que el silencio administrativo "es una técnica jurídica no aplicable, obviamente, cuando se ha ejercitado el derecho constitucional de petición, entendido con rigor"¹³²⁶.

Por lo que respecta a los diversos supuestos que pueden subsumirse dentro del derecho de petición, ha sido GARRIDO FALLA quien ha formulado la clasificación más completa¹³²⁷. Se distinguen, de esta forma: a) la petición de reconocimiento de un derecho subjetivo que constituye una auténtica reclamación; b) la petición de que se restaure la legalidad objetiva infringida por la actuación administrativa; c) la denuncia de infracciones legales, tanto cometidas por funcionarios como por particulares; d) la petición o sugerencia del particular sobre la mejora del funcionamiento de un servicio público; y e) la solicitud de decisiones discrecionales y graciables de la Administración. Tal formulación corresponde al derecho de petición entendido en sentido amplio que comprendería no solo las simples peticiones o peticiones graciables, sino también aquellas en las que concurre un derecho o interés legítimo susceptible de tutela jurisdiccional. Entendemos, por tanto, que cabría descartar del derecho de petición en sentido estricto, habiendo de distinguir en los demás si concurre una situación subjetiva que legitime la defensa judicial ante la actuación

¹³²⁴ Adviértase que ya no se utiliza la dicotomía instancia-petición, tal como realizaba la LPA de 1958.

¹³²⁵ La fecha del Dictamen es el 31 de octubre de 1991.

¹³²⁶ El Consejo de Estado no nos da, en este Dictamen, una definición del "derecho constitucional de petición, entendido con rigor". Si, en cambio, advierte la falta de rigor en la formulación presentada por el texto del Anteproyecto: "cuando se ejerza el derecho de petición sobre una materia en que no exista norma jurídica que permita su reconocimiento".

¹³²⁷ Vid. GARRIDO FALLA, Fernando: "Artículo 29" *op. cit.* pp. 364-366.

administrativa.

Paradigma de tal situación son las denuncias presentadas por los particulares como consecuencia de haber tenido conocimiento de un ilícito administrativo y haber resultado afectados por la misma. La especial problemática que plantea este supuesto comporta que sea examinado seguidamente en un epígrafe específico.

3.3.- El denunciante y la obligación de resolver

La importancia de la figura del interesado en el procedimiento administrativo es bastante conocida. Junto a la Administración, él es el protagonista del procedimiento administrativo, hasta tal punto que se le permite una participación activa en el mismo para poder defender sus derechos e intereses legítimos, e incluso llegar a la interposición de recursos administrativos y jurisdiccionales contra la decisión que finalmente se adopte. La problemática del denunciante-interesado se ha planteado especialmente en el ámbito de los procedimientos sancionadores. Resulta bastante evidente que en el procedimiento administrativo sancionador el interesado será fundamentalmente aquella persona a la cual se impute la comisión de una infracción. En cambio, no es tan claro en aquellos supuestos donde otras personas solicitan a la Administración que se sancione a otras personas. Nos estamos refiriendo, lógicamente, a la figura del denominado denunciante. Debe advertirse al respecto que la respuesta que ha dado la jurisprudencia a esta posibilidad ha sido mayoritariamente negativa, pudiéndose contar con los dedos de la mano las sentencias que han venido reconociendo tal posibilidad ¹³²⁸, en muchas ocasiones dándolo por sentado ¹³²⁹, mientras que en otras no se razona tal posibilidad ¹³³⁰.

¹³²⁸ Así pueden encontrarse algunos pronunciamientos jurisprudenciales bastante antiguos como son la STS de 15 de noviembre de 1972 (ref. Ar. 4.388) en relación a un espectador que denuncia a la empresa cinematográfica, y en sentido parecido la STS de 12 de enero de 1973 (ref. Ar. 60).

¹³²⁹ Este es el caso de la STS de 21 de abril de 1994 (ref. Ar. 2770). Se trataba de una persona a la que se negó la admisión en un conocido local de espectáculos de Barcelona. Ante esta situación denunció los hechos y con posterioridad recurrió el acuerdo de sobreseimiento dictado por la Administración competente. En la sentencia se entra en los motivos de fondo, que finalmente se desestimaron, sin plantearse siquiera posibles

Desde una interpretación estrictamente formalista parece que no existiría en estos casos obligación de resolver, puesto que la LRJPAC en su art. 42 en ningún momento habla de denuncias y sí de solicitudes de los interesados ¹³³¹. Por tanto, cabe pensar en reconducir esta posibilidad desde el derecho de petición ¹³³². No obstante, esta solución es altamente insatisfactoria para el denunciante-interesado, por lo cual quizás sería conveniente asimilar la denuncia a la instancia a los efectos de poder exigir la correspondiente resolución motivada. Ello no comporta necesariamente que deba ejercitarse la potestad, como en el caso de la sancionadora, pero sí obtener una respuesta fundada de por qué no se ejercita o pone en marcha. Debe considerarse, en estos casos que la posibilidad de asimilar abiertamente la denuncia con una instancia y reconocer al interesado una legitimación que le permita una participación activa en este tipo de procedimientos.

El tema fue puesto de relieve singularmente por NIETO GARCÍA ¹³³³ al estudiar la inactividad material de la Administración pública calificando a la legitimación por denuncia como una "apertura revolucionaria". Este autor constataba como cierto giro jurisprudencial en algunas sentencias donde, como consecuencia de un contencioso interpuesto por el denunciante, se ordena a la Administración que actúe positivamente y que abra un expediente sancionador al denunciado. Un estudio más específico lo encontramos años más tarde en

problemas de legitimación. Por tanto, el Tribunal vino a reconocer indirectamente la legitimación de la recurrente.

¹³³⁰ Así la STSJ de Cataluña 311/1995, de 18 de mayo (*ref. Ar. Tribunal* 922) en relación a las obras de profundización de un pozo y obras llevadas a cabo al margen de la riera de una finca, hecho que fue denunciado por los propietarios colindantes, respecto de los cuales se señala que: "Es indudable que los propietarios que denunciaron los hechos constitutivos de infracción administrativa, tienen la condición procesal de interesados en el procedimiento sancionador, en virtud de lo que dispone el art. 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [...]."

¹³³¹ Esta reflexión es apuntada por Edorta COBREROS MENDAZONA: "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador" en *RVAP* 41 (número especial en memoria de Pedro M. Larumbe Biurrún), enero-abril 1995, p. 778 nota 46, cuando señala: "que podría intentar argumentarse que ni la denuncia (incluso de interesado) es exactamente una *solicitud*, puesto que el procedimiento sancionador siempre se inicia de oficio [...] ni cuando se presenta la denuncia está iniciado el procedimiento sancionador [...]."

¹³³² *Vid.* OLIVÁN DEL CACHO, Javier: "La dimensión constitucional del derecho de petición: su incidencia en la actuación administrativa" en *La Ley* 1993-1, pp. 288-295.

¹³³³ *Vid.* de este autor "La inactividad material..." *op. cit.*

REBOLLO PUIG ¹³³⁴. Este autor sistematiza los argumentos para negar la legitimación a la figura del denunciante de la siguiente forma:

- El denunciante no adquiere por el mero hecho de formular su denuncia la condición de interesado ni legitimación para recurrir.
- El contenido y naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración no permite considerar la existencia de un derecho del particular a su ejercicio ni un interés legítimo en la imposición del castigo.
- No es obligatorio para los órganos administrativos incoar el procedimiento sancionador ni acordar la sanción aunque se den todos los presupuestos para hacerlo. De esta forma ningún administrado - ni tan solo los tribunales - pueden imponer que la Administración ejercite su potestad sancionadora.

Sobre la primera argumentación no parecen plantearse objeciones como afirmación general, aunque si pueden haberlas en una aplicación demasiado restrictiva del instituto de la legitimación como parece traslucir en numerosas sentencias. Por tanto, denunciante puede ser cualquier persona, así no es necesario que tenga ningún tipo de relación con el hecho o con los perjuicios que se ocasionen con el ilícito administrativo. Simplemente pone en conocimiento de la Administración la *notitia criminis*, los hechos ilícitos que han sucedido. De esta forma la Administración tan solo está obligada a comunicarle la eventual iniciación de un procedimiento sancionador. Solamente si la legislación sectorial correspondiente reconoce la acción popular estará legitimado para interponer los correspondientes recursos. Parece coherente, de acuerdo con el sistema general de legitimación del procedimiento administrativo, que en aquellos casos donde no se encuentre la acción popular debe exigirse a estos efectos la concurrencia de un derecho o interés legítimo en juego. Lo que sucede, como veremos seguidamente es que la jurisprudencia es muy restrictiva en el momento de reconocer que tal posibilidad pueda suceder en persona diferente del imputado.

¹³³⁴ Vid. REBOLLO PUIG, Manuel: "Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador" en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Ed.): *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Ed. Civitas y Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Madrid, 1993.

El segundo razonamiento resulta más discutible. Ciertamente parece bastante dudoso que el particular tenga un derecho a que se le imponga una sanción administrativa a un tercero. Ahora bien, la cuestión no es tan clara respecto a la existencia de un interés legítimo. Así, por ejemplo, si un médico es sancionado por su negligencia por el Colegio profesional correspondiente, el paciente que lo ha sufrido podrá ver reforzada su posición a efectos de exigir la correspondiente responsabilidad. La resolución sancionadora afecta, por tanto, al denunciante en este caso. De igual forma si a un propietario se le sanciona en materia de viviendas de protección oficial privándolo de determinados beneficios, estos tal vez puedan ser disfrutados por la persona que ha denunciado tal situación ilegal.

Respecto a la tercera argumentación debe decirse que hay diferentes puntos de vista en torno al carácter facultativo o obligatorio del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Así según una determinada línea doctrinal ¹³³⁵, la identidad ontológica de infracciones y delitos, de penas y sanciones, impone que se haya de rechazar el carácter discrecional del ejercicio de la potestad sancionadora. Únicamente se admite en supuestos excepcionales como es en ocasión del régimen disciplinario de los alumnos en centros no universitarios. En cambio, desde otra posición, NIETO GARCÍA ¹³³⁶ defiende que el ejercicio de la potestad sancionadora no es obligatorio para la Administración. Esta, por tanto, puede iniciar o no los correspondientes expedientes. La realidad, según NIETO, se impone indefectiblemente y la misma nos enseña que es materialmente imposible sancionar y expedientar a todos los infractores. Sostener, por tanto, el carácter obligatorio supondría multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni así. *Ad impossibilia nemo tenetur*: el Derecho se detiene ante las puertas del imposible.

Aún reconociendo un necesario grado de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora creemos necesarias ciertas precisiones. Ciertamente la Administración no puede sancionar todas las infracciones que se cometen diariamente, pero ello lo es porque es

¹³³⁵ Vid. REBOLLO PUIG, Manuel: "Interesados y denunciantes..." *op. cit.*, p. 252.

¹³³⁶ Vid. de este autor *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142-147.

imposible controlar en todo el momento la actuación de los ciudadanos. La discrecionalidad opera, por tanto, en una primera fase anterior al ejercicio de la potestad sancionadora, es decir en las funciones de control de la Administración pública. Piénsese en la facultad de seleccionar como aspecto discrecional de la potestad de inspección que ha estudiado el tributarista AGUALLO AVILÉS ¹³³⁷. Ahora bien, ¿una vez conocida la infracción por la Administración pública ésta tiene una absoluta discrecionalidad para abrir o no el procedimiento administrativo sancionador? Esta afirmación parece contrastar con la jurisprudencia que NIETO calificaba como "giro jurisprudencial" en su artículo sobre la inactividad material, en la que los tribunales condenaban a la Administración a la apertura de un procedimiento administrativo. Creemos que no puede generalizarse en un sentido u otro, sino que habrá que acudir a la norma que otorga la potestad y al ámbito sectorial en la cual opera. Así, por ejemplo, debe citarse el art. 48 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social (BOE de 15 de abril de 1988), según el cual:

"Actuaciones de advertencia y recomendación.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad a lo previsto en los artículos 17.2 del Convenio 81 de la OIT y artículo 22.2 del Convenio 129 de la OIT, ratificados por el Estado español por Instrumentos de 14 de enero de 1960 y 11 de marzo de 1971, respectivamente, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores, *podrá advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador*, en estos supuestos dará cuenta de sus actuaciones a la Autoridad laboral competente (la cursiva es nuestra)."

De este precepto se deduce para ciertos casos un considerable margen de discrecionalidad (oportunidad), ahora bien, al mismo tiempo se infieren otros supuestos donde la Administración está más vinculada. En efecto de una interpretación *a contrario* del citado art.

¹³³⁷ Vid. de este autor: *El contribuyente frente a los planes de inspección*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994.

48, se desprende que cuando se deriven perjuicios directos a los trabajadores, la Inspección no podrá limitarse a advertir y a aconsejar, sino que deberá iniciar un procedimiento sancionador. Por eso el art. 51 de la misma Ley señala que el procedimiento se iniciará, entre otras formas, a instancia de persona interesada. En estos casos el trabajador tendrá a través de una eventual denuncia un importante papel a realizar en la iniciación y en la tramitación del procedimiento sancionador, debiéndosele reconocer la posibilidad de interponer recursos administrativos y jurisdiccionales.

En todo caso una vez iniciado el procedimiento la Administración está obligada a resolver pues el art. 42 de la LRJPAC es aplicable tanto a procedimientos iniciados de oficio como a instancias del particular ¹³³⁸. La consecuencia del incumplimiento de tal obligación puede generar responsabilidad disciplinaria del funcionario, si bien la práctica nos demuestra la ineficacia de tal tipo de medida. En todo caso la Administración debe motivar su resolución tanto si se sanciona o no al particular pues el art. 138 de la LRJPAC habla sin distinguir de resolución que ponga fin al procedimiento. Lo que será más discutible es si el procedimiento debe acabar en sanción necesariamente si concurren los requisitos exigibles. La jurisprudencia se muestra reacia según ha declarado la STS de 15 de enero de 1993 (ref. Ar. 113):

"[...] en materia sancionadora la actividad y los derechos de los particulares se limitan a denunciar los hechos ante la Administración Pública competente, pero sin que quepa, en este concreto punto, el ejercicio de recursos tendentes a que dicha Administración imponga (en contra de su voluntad sancionadora) el acto de gravamen que se le solicita [...]."

Una vez impuesta la sanción es posible la existencia de un amplio grado de discrecionalidad en su ejecución. Estamos aquí ante el tema de la denominada condonación graciable que ha

¹³³⁸ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: "El silencio administrativo en la Ley..." *op. cit.* p. 562.

sido estudiado por LOZANO CUTANDA ¹³³⁹. Según esta autora si bien el ordenamiento admite esta figura el art. 30.2 de la Ley General Presupuestaria establece un límite claro como es la necesidad de que tal condonación sólo podrá realizarse en los casos y en la forma que determinen las leyes. Así también el art. 70 del Reglamento General de Recaudación y para la Administración local el art. 180 del Texto refundido de régimen local. Así, por ejemplo, se ha previsto expresamente la remisión en materia de drogadicción por el RD 1079/1993, de 2 de julio, "atendiendo al fin resocializador y no exclusivamente retributivo y preventivo de la sanción", en desarrollo del art. 25.2 de la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana. Lo cierto es que en la actualidad la Administración está condonando a diario sanciones administrativas, sin existir siempre una expresa previsión legal. Así podemos leer recientemente en la prensa como diversos Ayuntamientos están condonando multas de tráfico si se asiste a unas clases de urbanidad vial, impartidas por la propia Administración local. Por tanto, pese a que la Administración dispone de un amplio arsenal jurídico de medidas para exigir el cumplimiento de las sanciones, no siempre las utiliza. Es más la práctica demuestra que cuando pretende hacerlo despierta reacciones de indignación popular, pese a estar aplicando sencillamente la más estricta legalidad.

En cualquier caso, el reconocimiento de una mayor legitimación al denunciante, en los casos en que pueda detectarse un interés afectado y con las debidas cautelas, puede ser un instrumento útil para hacer efectiva la obligación de resolver que, como hemos visto, se extiende también a los procedimientos iniciados de oficio.

3.4.- Las excepciones al deber-obligación de resolver el procedimiento

Hasta ahora hemos visto los supuestos en que se ha venido a extender o ampliar la obligación de resolver. Sin embargo, tal obligación no es absoluta ni incondicionada, debiendo ceder en unos casos determinados. Por tanto, si bien la legislación vigente sienta como regla general la obligación de la Administración de dictar resolución expresa (art. 42.1 de la

¹³³⁹ Vid. de esta autora *La extinción de las sanciones...* op. cit. pp. 175-199.

LRJPAC), a continuación señala una serie excepciones: a) la prescripción; b) la caducidad; c) la renuncia o el desistimiento en los términos previstos en esta Ley; d) los relativos al ejercicio de derechos que sólo deba ser objeto de comunicación y e) aquéllos en los que se haya producido la pérdida sobrevenida del procedimiento. Los primeros supuestos hacen referencia al transcurso del tiempo generando un límite efectivo al ejercicio de la potestad. En otros casos, en cambio, la obligación de resolver decae como consecuencia de una propia actuación del interesado el cual expresa su voluntad de que la Administración finalice su procedimiento y no dicte resolución, renunciando a su derecho o desistiendo de su solicitud¹³⁴⁰. Otras veces, por determinadas circunstancias, la actuación administrativa pierde su sentido ya que el objeto sobre el cual ha de recaer ha desaparecido, haciendo inútil la resolución administrativa que pudiera dictarse.

Debe destacarse, finalmente, la posibilidad que deja abierta la LRJPAC de que ciertas actividades, donde se ejercite el derecho de un particular, sean objeto de una comunicación a los órganos administrativo competentes. Esta cita, que la Ley realiza casi de pasada, creemos que puede sacársele más partido y que puede plantearse como una alternativa eficaz al régimen del silencio positivo, según hemos tenido oportunidad de analizar en el capítulo segundo de este trabajo. En este sentido la legislación sectorial podría eliminar el requisito autorizatorio en relación a ciertas actividades, substituyéndolo por una mera comunicación.

Curiosamente el citado art. 42.1 de la LRJPAC no cita entre las diversas excepciones del deber de resolver aquel momento en que se produzca el silencio administrativo. Hemos de acudir, en este caso, al art. 43.1, en su segundo apartado, de la citada Ley donde se nos dice que el vencimiento del plazo de resolución no exime a las Administraciones públicas de la obligación de resolver, pero deberán abstenerse de hacerlo cuando se haya emitido la certificación a que se refiere el artículo 44. Como ha observado certeramente SAINZ MORENO ésta es realmente la verdadera excepción a la obligación de resolver¹³⁴¹,

¹³⁴⁰ Recuérdese como anteriormente hemos señalado que la jurisprudencia acepta también el desistimiento producido de oficio por la propia Administración pública.

¹³⁴¹ *Vid.* de este autor "Obligación de resolver..." *op. cit.* p. 129.

mientras que en los demás supuestos, pese al tenor del art. 42.1, difícilmente puede pensarse que realmente la Administración ya no está obligada a resolver. Ahora bien una vez emitida la certificación o transcurrido el plazo no estamos meramente ante una extinción de la obligación de resolver, sino además ante una prohibición de resolver ("deberá abstenerse"), pudiéndose generar efectos sustanciales según hemos tenido oportunidad de examinar en el capítulo anterior. Lo que sí queremos apuntar en este momento es que la extinción de la obligación de resolver a través del mecanismo de la certificación se circunscribe, a nuestro entender, a los procedimientos en vía de petición o instancia y no, en cambio, a los que se plantean en vía de recurso administrativo. De esta forma, se facilita que la Administración pueda resolver el recurso evitando el pleito que pudiera generarse. Parece conveniente así que la Administración continúe obligada a resolver en vía de recurso y forzarla, por tanto, a utilizar este mecanismo con el fin de evitar un proceso, costoso tanto para el particular como para los caudales públicos ¹³⁴². Tales consideraciones entendemos que deberían tenerse en cuenta en el caso que se pretendiera introducir nuevos recursos administrativos con carácter potestativo, a través en una futura reforma de la jurisdicción contenciosa-administrativa ¹³⁴³. El carácter potestativo que podrían tener este tipo de recursos no implica necesariamente que la Administración no tendría obligación de resolver, como parece haberse señalado ¹³⁴⁴:

"En realidad el recurso de reposición que ahora se regula difícilmente puede considerarse, pese a su denominación, *como un procedimiento impugnativo en sentido propio, que la Administración tenga la obligación de resolver*. Antes al contrario, su única finalidad es hacer posible la resolución prejudicial de la

¹³⁴² La doctrina mayoritariamente, en contraste con la supresión ocasionada a raíz de la LRJPAC, ha reivindicado el papel de los recursos administrativos si bien con carácter potestativo por su carácter alternativo a una justicia administrativa lenta en general y no rentable para asuntos de escasa cuantía.

¹³⁴³ Esta problemática fue planteada por el profesor LÓPEZ MUÑIZ en una pregunta formulada al profesor LEGUINA VILLA en unas Jornadas sobre el Proyecto de LJCA celebradas en Sevilla el 10 y 11 de febrero de 1995. Vid. PÉREZ MORENO, Alfonso (Ed.): *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 36.

¹³⁴⁴ Vid. la Exposición de Motivos del Proyecto de LJCA de 3 de enero de 1996.

controversia, de modo que pueda ahorrarse el proceso. De ahí que en todo caso tenga carácter potestativo, que su efecto general y primero sea el de interrumpir el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, que el plazo para resolverlo sea breve y que, transcurrido dicho plazo sin resolución expresa, se pueda acceder a la vía judicial sin más trámites."

A nuestro entender la finalidad que presiden estos intentos de reforma es reintroducir el recurso de reposición si bien con carácter potestativo, por eso la Administración no tiene por qué resolver necesariamente en estos casos un posible recurso administrativo ni el particular debe necesariamente instar su iniciación. Ahora bien, una vez el ciudadano haya optado por esta vía, la administrativa, competirá al órgano competente resolverlo en los términos que hemos expuesto precedentemente.

En realidad el art. 42.1 de la LRJPAC está haciendo referencia a formas anormales de terminación del procedimiento ¹³⁴⁵, que requerirán además de que éstas se produzcan una declaración administrativa donde se constate tal extremo. Por tanto, su configuración como excepciones a la obligación de resolver es limitada en cuanto, si bien la Administración no tendrá que dictar en principio una resolución que decida el fondo del asunto, habrá de constatar que se ha producido realmente la terminación a través de un acto que deberá exteriorizar.

Tal aseveración puede constatarse fácilmente de un examen de la renuncia y el desistimiento. Ambas instituciones, como es sabido, son coincidentes en cuanto a su articulación si bien se diferencian, como hemos dicho, en lo que respecta a sus efectos (sustanciales en un caso, procedimentales en el otro) ¹³⁴⁶. Pues bien, si en línea de principio la Administración ha

¹³⁴⁵ Entendemos por formas anormales, las que son distintas de la resolución en sentido estricto.

¹³⁴⁶ Tales diferencias, que se mueven fundamentalmente en el terreno de la teoría, quedan diluidas en la práctica, pues como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, en el ámbito jurídico-administrativo los plazos se consideran de caducidad y no de prescripción, sucediendo que si bien el desistimiento deja intacto el derecho a diferencia de la renuncia, el transcurso de los plazos fugaces, convierte a los actos administrativos en inatacables. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Curso*

de aceptar de plano la terminación cuando el particular ejercita la renuncia o el desistimiento, se plantean una serie de excepciones. Éstas se contienen fundamentalmente en los apartados segundo y tercero del art. 91 de la LRJPAC. Ambas fundamentalmente consisten en la presencia de terceros y la existencia de un interés general que justifique la continuación del procedimiento. La Administración en el primer caso estará obligada a notificar a estos terceros el desistimiento o renuncia ¹³⁴⁷, pudiendo los mismos instar la continuación del procedimiento en el plazo de diez días desde la notificación. Por lo que respecta al segundo supuesto la existencia de un interés general que exija el proseguir de las actuaciones impone al particular su continuación ¹³⁴⁸, si bien podrá limitar los efectos de la renuncia o el desistimiento. Como hemos visto, el acto del particular por el cual ejercita la renuncia o el desistimiento carece de efectividad y fuerza de obligar, siendo por tanto el acto de la Administración que impone la terminación del procedimiento y quien en definitiva extingue la obligación de resolver ¹³⁴⁹.

Por lo que hace referencia a la imposibilidad material de continuar el procedimiento,

de Derecho administrativo II... op. cit. p. 495.

¹³⁴⁷ El art. 91.2 tan sólo habla de notificar a los terceros interesados el desistimiento, pero no así la renuncia, pese a que al principio del precepto habla indistintamente de ambas formas de terminación del procedimiento. Para el magistrado Manuel TÁBOAS BENTANACHS: "No se contempla el supuesto de renuncia, seguramente, por que la renuncia del procedimiento hace decaer todo interés en los demás interesados no promotores del mismo para su prosecución." *Vid.* de este autor *Praxis administrativo (Procedimiento administrativo)*, noviembre 1993, p. 802.

¹³⁴⁸ La STS de 29 de noviembre de 1986 (ref. Ar. 977) estableció, dada la existencia inequívoca del interés general, que éste supone una excepción a la aceptación de plano del desistimiento, porque el interés general prima sobre el privado y, por tanto, sobre el poder de disposición de las partes.

¹³⁴⁹ La jurisprudencia viene exigiendo para que un desistimiento o renuncia surta sus debidos efectos: "[...] en primer lugar, una manifestación de voluntad ante Órgano competente llamado a conceder el derecho pretendido, en segundo lugar que ante el mismo Organismo se presente petición desistiendo del procedimiento o renunciándolo al derecho que se pretende obtener y en tercer lugar, que ese desistimiento o renuncia sea factible con arreglo a las Leyes y fuese aceptado por el Órgano administrativo llamado a resolver el expediente [...] [STS de 11 de octubre de 1971 (ref. Ar. 4.367)]." Porque, en definitiva, como advierte la STS de 23 de junio de 1987 (ref. Ar. 6.524): "[...] el desistimiento del particular previsto en los artículos 96 a 98 no puede tener lugar sin la decisión de la Administración, de manera que el desistimiento exige siempre un acto administrativo de aceptación, siquiera sea un "acto debido" normalmente, pero que puede no serlo: tal ocurre cuando hay terceros interesados que se oponen."

situación que puede originarse por diversas causas, la legislación exige una resolución que deberá ser motivada en todo caso (art. 87 LRJPAC). Por tanto, al igual que en el supuesto anterior es la propia legislación que la considera como una excepción a la obligación de resolver, la que en realidad está exigiendo un pronunciamiento expreso de la Administración, si bien éste lógicamente se ceñirá a explicar por qué no se puede continuar el procedimiento.

Además de los casos anteriores se plantean, según ha advertido SAINZ MORENO, otra clase de supuestos que es necesario traer a examen ¹³⁵⁰. Fundamentalmente: a) las solicitudes dirigidas a órgano incompetente; b) actos que sean reproducción de otros anteriores que sean definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma ¹³⁵¹; c) terminación convencional del procedimiento.

Las solicitudes dirigidas a órgano incompetente parecían quedar de acuerdo con la anterior legislación de procedimiento administrativo excluidas del deber-obligación de resolver puesto que el art. 70.1 de la LPA establecía que: "Toda persona natural o jurídica, podrá dirigir instancias a las autoridades y organismos de la Administración del Estado *en materia de su competencia*, que estarán obligados a resolverlas (la cursiva es nuestra) ¹³⁵²." No obstante, la jurisprudencia ha entendido con claridad que en los casos en los que el ciudadano se dirige a un órgano incompetente y éste no responde, la inactividad de la Administración no puede perjudicar a aquél, y por tanto no cabrá reenviar al mismo a la Administración competente una vez ha accedido a la jurisdicción contencioso-administrativa a través del silencio

¹³⁵⁰ Vid. de este autor "Obligación..." *op. cit.* p. 130.

¹³⁵¹ El profesor Fernando SAINZ MORENO habla de "la reiteración de una solicitud por el mismo particular y con los mismos fundamentos sobre una cuestión ya resuelta por anterior resolución que haya puesto fin a la vía administrativa". Vid. de este autor "Obligación..." *op. cit.* p. 130.

¹³⁵² Una solución similar es la adoptada por el Código de procedimiento administrativo portugués, aprobado por Decreto-Ley 442/1991, de 15 de noviembre (*Diario da Republica*) cuyo art. 9.1 establece que: "Los órganos administrativos tienen, en los términos regulados en este Código, el deber de pronunciarse sobre todos los asuntos de su competencia [...]."

administrativo ¹³⁵³.

La LRJPAC no limita de forma expresa la obligación de resolver al órgano competente sino que se limita a hablar de la Administración en general y de cuantas solicitudes se formulen. Por otra parte, este supuesto no figura entre las posibles excepciones de la obligación de resolver. Se habla, en cambio, en el art. 48.4 de la LRJPAC de órgano administrativo competente para el cómputo de los plazos. ¿Quiere decir ello que la Administración no está obligada a resolver cuando no es competente para tramitar el correspondiente procedimiento que se deriva de la solicitud? Al respecto el art. 20.1 de la LRJPAC establece que el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que se considere competente, si éste pertenece a la misma Administración pública. *A contrario* cuando el órgano competente pertenece a distinta Administración pública la remisión no se hará de forma directa, sino a través de los canales oficiales de comunicación entre Administraciones públicas. En todo caso, cualquier Administración debe recibir en sus registros, de acuerdo con el art. 38 de la LRJPAC, todas las solicitudes que se le formulen aunque sean competentes otras Administraciones, salvo el caso de que no exista el oportuno convenio en el caso de las entidades locales ¹³⁵⁴. No se establece en la Ley, en cambio, que la Administración receptora deba notificar al ciudadano interesado la remisión de su solicitud a la Administración u órgano competente. No obstante, la extensión de la obligación de resolver, en los términos que hemos expuesto, llevan a considerar la exigencia legal de notificar tal extremo, en congruencia con los principios que

¹³⁵³ Tesis mantenida por numerosa jurisprudencia entre la cual podemos citar a la STS de 18 de noviembre de 1994 (ref. Ar. 8.829) según la cual: "[...] si la Administración demandada estimaba que el órgano a quien se dirigió la reclamación era incompetente para conocer de ella debió declararlo así, señalando cuál era el órgano competente, que debió decidir la cuestión planteada, pero, habiéndose producido la resolución denegatoria en virtud de silencio administrativo, las consecuencias perjudiciales de la infracción por la Administración de su deber de dictar una resolución expresa (artículo 94.3 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958), no pueden ahora, en la vía del recurso contencioso-administrativo, hacerse pesar sobre el particular reclamante."

¹³⁵⁴ Aunque el art. 38 de la LRJPAC parece referirse exclusivamente a las Administraciones territoriales (Estado, CCAA y Entidades locales) entendemos que deben incluirse también las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, pues éstas se consideran a efectos de la LRJPAC Administración pública (art. 1.2 de la Ley).

se derivan de la propia Ley ¹³⁵⁵. Mayores dudas se plantearían respecto a la producción del silencio administrativo positivo pues los plazos se computan a partir de la entrada en el registro del órgano competente (art. 48.4).

En cuanto a los actos confirmatorios y reproductorios, estamos ante un caso donde la Ley jurisdiccional excluye el recurso contencioso-administrativo (art. 40 de la LJCA). La jurisprudencia del TS, de acuerdo con el principio *favor actionis*, ha realizado una interpretación restrictiva de tales actos, exigiendo una serie de condiciones ¹³⁵⁶. Por tanto, ante la duda de si estamos realmente ante un acto de estas características debe prevalecer la obligación de resolver y aún cuando se tenga la certeza de estar ante un supuesto de tales características, entendemos que la Administración deberá dictar un acto por el que inadmite la pretensión del interesado que, como limitativo de derechos (art. 54.1.a de la LRJPAC) deberá ser motivado.

La terminación convencional, regulada con cierto carácter de novedad por el art. 88 de la LRJPAC, plantea la posibilidad de si la celebración de acuerdos, pactos, convenios o contratos puede producir la extinción de la obligación de resolver. Tales acuerdos no producirán estos efectos cuando se inserten en los procedimientos con carácter previo,

¹³⁵⁵ Así la STS de 24 de octubre de 1994 (ref. Ar. 8.310): "[...] si la Administración consideraba que su decisión competía a otro Ministerio, debió, dada su personalidad jurídica única, remitirlo al competente a fin de que resolviese conforme al trámite legalmente previsto, según lo dispuesto concordadamente por los artículos 1 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 8 y 16 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958, principios de actuación claramente recogidos en la actualidad por los artículos 3.4 y 20.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que estaban ínsitos, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en nuestro sistema jurídico dada la personalidad jurídica única de cada una de las Administraciones públicas y las reglas de competencia entre sus órganos según los preceptos antes citados [...], de manera que es improcedente la pretensión del Abogado del Estado al solicitar que se desestime el recurso a fin de que el interesado se dirija al órgano administrativo competente."

¹³⁵⁶ Básicamente pueden sistematizarse en las siguientes: "a) que el contexto de ambas decisiones sea idéntico, de tal modo que el de la segunda reproduzca el de la primera; b) que ambas se hayan dictado en presencia de los mismos hechos y en fuerza de iguales argumentos; c) que la segunda decisión recaiga sobre pretensiones resueltas de un modo ejecutivo por la resolución anterior en el propio expediente y con relación a idénticos interesados; d) que en la dictada últimamente no se amplíe la primera con declaraciones esenciales ni por distintos fundamentos." *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso; PAREJO ALFONSO, Luciano (Eds.): *Derecho administrativo. La jurisprudencia... op. cit.* p. 255.

vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. Será ésta última quien, en tales casos, implicará la resolución de procedimiento y, por tanto, la extinción de la obligación administrativa de seguir adelante en la tramitación. En la mayoría de situaciones se tratará en definitiva de acuerdos formulados entre el instructor y el interesado en el procedimiento que será elevado al órgano competente para resolver. Por tanto, el acuerdo en sí, tenga o no carácter vinculante, no será generalmente quien extinguirá la obligación de resolver, sino el ulterior pronunciamiento en que se venga a confirmar las negociaciones seguidas por la Administración y demás partes implicadas ¹³⁵⁷. En definitiva, como ha señalado el Consejo de Estado respecto al procedimiento de ayudas y subvenciones públicas ¹³⁵⁸:

"Las modalidades de la convención en el curso de un procedimiento de concesión de ayudas y subvenciones públicas, pueden, en términos de principios, ser de distinto alcance e intensidad, pues puede articularse como una propuesta convenida, pero sin carácter vinculante para el órgano competente para la decisión; o como una convención no sustitutiva de la resolución, pero vinculante de su contenido, o como pura y simplemente un acuerdo bilateral que hace innecesaria o improcedente la terminación por resolución expresa unilateral."

4.- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su eventual conexión con el deber-obligación de resolver el procedimiento

¹³⁵⁷ Como paradigma de este modelo puede señalarse el art. 5 del RD 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones. Así a pesar de que en el primer apartado de este precepto se advierte que "se podrá finalizar el procedimiento mediante acuerdo entre la Administración y los interesados", se señala seguidamente en el segundo apartado que: "A los efectos expresados en el apartado anterior, los solicitantes o el órgano competente para la instrucción del procedimiento podrán, en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución, proponer un acuerdo referido al objeto de la autorización." Un análisis específico de los diferentes reglamentos en relación a este tema ha sido realizado por Francisco DELGADO PIQUERAS: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Ed. Aranzadi, Madrid, 1995, pp. 215-226.

¹³⁵⁸ Vid. Dictamen 1.361/1993, de 25 de noviembre.

Una vez se ha analizado la extensión y los límites de la obligación de resolver, se ha podido constatar como, en ciertos casos, ésta puede quedar condicionada o mediatizada por la falta de determinadas previsiones legales; en cambio, en otras ocasiones, puede llegarse a cuestionar si la obligación de resolver ha de ser tan amplia como establece la Ley, al exceptuarse solamente unos determinados supuestos. Por este motivo procede ahora examinar si existe algún fundamento constitucional que nos permitiera suplir estas posibles deficiencias, al mismo tiempo que nos permitiera ver en que medida el legislador queda condicionado por la Norma constitucional al establecer el alcance y límites de esta obligación.

Como es sabido la CE incorporó al sistema de garantías procesales el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2) ¹³⁵⁹. Se plantea, por tanto, la posible aplicación del mismo al procedimiento administrativo. Es decir, podemos preguntarnos en qué medida es exigible constitucionalmente, desde un derecho fundamental, que el procedimiento administrativo se tramite y resuelva en unos plazos razonables, así como las consecuencias jurídicas que se derivan de tal afirmación.

La jurisprudencia constitucional, a partir de la STC 18/1981, de 8 de junio, declara que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la CE en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la CE ¹³⁶⁰. No obstante, por lo que se refiere al resto de procedimientos administrativo de naturaleza no sancionadora la posición tanto del TC como del TS es claramente desfavorable a su aplicación ¹³⁶¹. Ello ha sido así a pesar de

¹³⁵⁹ Por todos *vid.* FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

¹³⁶⁰ La literatura jurídica sobre este tema es bastante copiosa. Baste a los efectos de este trabajo destacar el clásico trabajo del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE: "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional" en *REDA* 29, abril-junio 1981, pp. 359-368.

¹³⁶¹ Así ha sucedido respecto a pensiones de jubilación (STC 136/1988, de 4 de julio), expropiación forzosa (STC 42/1989, de 16 de febrero) y ciertas revocaciones de licencias (STC 181/1990, de 15 de noviembre).

haberse levantado algunas voces cualificadas que reclaman la aplicabilidad general de tales garantías en el procedimiento administrativo ¹³⁶².

Por lo que respecta concretamente al derecho a las dilaciones indebidas el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, en sentencia de 14 de julio de 1981 (Caso Köning) ha establecido que tal derecho puede quedar vulnerado no sólo por el comportamiento de autoridades judiciales sino también por las autoridades administrativas. La importancia de esta jurisprudencia se manifiesta claramente pues como es sabido el art. 10.2 de la CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. De esta forma GONZÁLEZ NAVARRO entiende que "si el procedimiento administrativo viene a ser, cuando se le contempla desde la perspectiva del proceso judicial, un presupuesto de éste, el derecho del interesado a un proceso sin dilaciones comprende inevitablemente también el derecho a que el procedimiento administrativo, cuando se configura como vía administrativa previa a la judicial, se resuelva en un plazo razonable" ¹³⁶³.

Si bien, en línea de principio podemos estar de acuerdo con tal planteamiento, deben precisarse a nuestro entender los siguientes puntos. En efecto, la inactividad producida por las autoridades administrativas no basta por sí solas para generar las dilaciones indebidas protegidas constitucionalmente, sino que a aquella deberá añadirse el retraso ocasionado por el órgano judicial, en cuanto el procedimiento administrativo es un mero presupuesto del ulterior proceso. Los tribunales pueden computar, a nuestro entender, ambos períodos (el administrativo y el judicial), para constatar si realmente se han producido las dilaciones. Cuestión distinta es que el incumplimiento de los plazos previstos en vía administrativa,

¹³⁶² En este sentido *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: "Los principios constitucionales del procedimiento administrativo" en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Ed.): *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, pp. 114-123.

¹³⁶³ *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: *Regímen jurídico... op. cit.* p. 976. En sentido similar se pronunció también FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: "Los principios constitucionales..." *op. cit.* pp. 122-123.

máxime cuando hay mecanismos como el silencio para acceder a la jurisdicción, puedan generar una vulneración del derecho fundamental al que estamos aludiendo.

La jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria ha sentenciado de forma clara que el derecho al proceso sin dilaciones indebidas no es trasladable al procedimiento administrativo, considerando que estamos ante una cuestión de mera legalidad ordinaria. En efecto, la STC 26/1994, de 27 de enero (Buque "Nuevo Volador") advierte, precisamente respecto a un procedimiento de carácter sancionador, al cual teóricamente eran aplicables con ciertos matices las garantías constitucionales del art. 24, que:

"Respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, este Tribunal en su ATC 320/1986, fundamento jurídico 2º, ya manifestó que es sólo atribuible a los procedimientos judiciales y no a los administrativos ¹³⁶⁴, debiendo en todo caso denunciarse el retraso en el curso del proceso y acreditar por ello la causación de un perjuicio, doctrina que hay que reiterar ahora, pues el término "proceso" utilizado por el art. 24.2 es equiparable a actuaciones jurisdiccionales (por cierto no denunciadas en su momento por el recurrente) han de ser corregidas a través de cualquiera de los procedimientos existentes para dilucidar la responsabilidad de los funcionarios, pudiendo dar lugar al nacimiento de la oportuna pretensión resarcitoria."

¹³⁶⁴ En realidad el ATC 320/1986, de 9 de abril (expediente disciplinario a diplomático) no niega que el derecho al proceso sin dilaciones indebidas sea aplicable al procedimiento administrativo, sino que señala que en el presente caso no se ha infringido al mismo. Así se deduce del fundamento de la lectura del fundamento jurídico 2º: "Se aduce, en primer lugar, por el recurrente que se ha infringido su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Pero, aunque este derecho pudiera también predicarse respecto del procedimiento administrativo sancionador, no puede estimarse que en el presente caso se haya infringido el mismo, pues, aparte de que la alegación carece de sentido cuando el procedimiento ya ha finalizado (Sentencia 51/1985, de 10 de abril), salvo que la dilación misma haya causado perjuicios al recurrente, lo que no se afirma, tampoco se prueba ni se argumenta mínimamente que la tardanza de la tramitación, por lo demás compleja y que obligó al instructor a un largo desplazamiento, sea imputable a la Administración actuante, ni, por último, parece haber sido denunciada por el interesado pendiente el procedimiento, como este Tribunal viene exigiendo repetidamente. No hay, pues, en cuanto a esta alegación indicio alguno de violación constitucional."

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar en un anterior trabajo ¹³⁶⁵, si bien en principio el TC acogió con bastante generosidad la tesis de la aplicación de las garantías procesales al procedimiento administrativo, en la actualidad se puede observar una tendencia jurisprudencial más restrictiva, que viene a resituar las garantías procesales en su ámbito natural (el proceso). Eso sí, lo hace sin negar que ambas vías (la administrativa y la jurisdiccional) participan de ciertos aspectos fundamentales, de un cierto *minimum* de garantías. El mismo ponente de la STC 26/1994, de 27 de enero, el magistrado y profesor GIMENO SENDRA, se había mostrado en un trabajo doctrinal, partidario de diferenciar la entidad e intensidad de las garantías procesales en relación directa con la naturaleza del bien o interés protegido en el proceso ¹³⁶⁶. Para ello hacía hincapié en la nueva concepción del procedimiento administrativo, citando las tesis de BULLINGER, que provocaban una crisis de este exceso de garantismo.

En la misma línea se ha pronunciado la jurisdicción ordinaria, negando la posibilidad del procedimiento preferente y sumario por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se produzca por actuaciones administrativas que se dicen realizadas fuera de plazo y en las que se considera de aplicación el instituto de la caducidad ¹³⁶⁷. Son bastante ilustrativos, de esta forma, los considerandos de la STS de 26 de mayo de 1992 (ref. Ar.

¹³⁶⁵ Vid. *La presunción de certeza... op. cit.* pp. 20-21.

¹³⁶⁶ Vid. de este autor "El derecho a un proceso "administrativo" con todas las garantías" en *Justicia* 1991-1, pp. 15-30.

¹³⁶⁷ En sentido contrario *vid.* la interesante propuesta del profesor Joan Manuel TRAYTER I JIMÉNEZ: *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, donde se señala que la caducidad es una consecuencia del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Posteriormente este mismo planteamiento es presente en la magna obra del profesor Alejandro NIETO GARCÍA: *Derecho administrativo sancionador*, 1ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 411: "Desde una perspectiva general que englobase al proceso penal y al expediente administrativo sancionador (como cauces procesales de las dos manifestaciones del *ius puniendi* único del Estado), es factible la traspolación al procedimiento administrativo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ya que no hay ninguna razón lógica para limitar la aplicación de este principio a las actuaciones judiciales. De aquí a justificar la perención en tal derecho, no hay más que un paso [...]. Tal afirmación desaparece, sin embargo, en la 2ª edición ampliada, Ed. Tecnos, Madrid, 1994. Asimismo, esta línea parece detectarse en cierta jurisprudencia: *vid.* la STS 9 de mayo de 1989 (ref. Ar. 3.622) que al hablar de la caducidad nos dice que: "[...] la Administración ha de incoar y resolver el expediente sin dilaciones no permitidas [...]."

3.937):

"Reitera en esta instancia el apelante que la resolución administrativa infringió el art. 24.1 de la Constitución, porque aquélla venía a suponer una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional, al derivar la sanción de actuaciones que, por haberse practicado fuera del plazo del art. 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debían considerarse caducados. *Esta alegación ha de ser, asimismo desestimada, ya que constituye el planteamiento de una cuestión de legalidad ordinaria ajena al contenido de este proceso especial y sumario.* Siendo patente que no se ha puesto a la actora, por parte de la Generalidad ningún obstáculo que limitara el pleno ejercicio de sus derechos de defensa ante los Tribunales de Justicia y que el art. 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no establece un plazo de caducidad, o que en este caso pueda determinar la invalidez, al no exigirlo así la naturaleza del procedimiento sancionador, sino meramente, en su caso, la responsabilidad disciplinaria del funcionario instructor, conforme al apartado 2 de ese precepto en relación a los art. 48 y 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo (la cursiva es nuestra) ¹³⁶⁸."

Por lo que respecta a los procedimientos sancionadores la cuestión ha quedado resuelta a nivel de legalidad ordinaria, tanto por el art. 43.4 de la LRJPAC como por los reglamentos de adecuación al haberse fijado específicamente un plazo máximo de duración. En cambio mayores problemas se plantean en este nivel por lo que se refiere a los procedimientos disciplinarios respecto al personal funcionario de las Administraciones públicas. No sólo por la indeterminación del plazo que está presente en numerosos reglamentos disciplinarios, sino también por las dudas que en un primer momento pudieran suscitarse acerca de la

¹³⁶⁸ En sentido parecido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional en relación a una institución con ciertos puntos de conexión, como es la prescripción penal. Así la STC 224/1991, de 25 de noviembre, al advertir que: "[...] no cabe deducir del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable, un derecho a que juegue o se produzca la prescripción penal (SSTC 255/1988 y 83/1989)." *Vid.* también la STC 381/1993, de 20 de diciembre.

inaplicabilidad a los mismos de la regulación que para la caducidad establece la LRJPAC (127.3 y DA 8^a). Debe reafirmarse, sin embargo, la plena aplicabilidad del art. 43.4 a los procedimientos disciplinarios ¹³⁶⁹, pues de otra forma se dejaría expuesto *sine die* al presunto inculpado a las consecuencias desventajosas que tal tramitación pudiera ocasionarle, en detrimento de su presunción de inocencia y del principio de seguridad jurídica.

Tales observaciones quedan condicionadas, sin embargo, por la falta de un plazo específico de resolución de los procedimientos disciplinarios. Por ello se hace especialmente necesario una previsión expresa de los mismos, ya que es muy probable que la jurisprudencia ante la inexistencia de un plazo claro que aplicar se decante por considerar que la caducidad no será aplicable a tales procedimientos si tenemos en cuenta la resistencia que históricamente ha ido oponiendo, manifestada en fechas muy recientes, a la vigencia de la caducidad de los procedimientos cuando esta se debe a hechos imputables a la Administración pública.

Es cierto que la LRJPAC supone un gran avance respecto a la LPA al establecer por vez primera en la historia de nuestro ordenamiento una regulación general de la caducidad por causa imputable a la Administración pública. No obstante, tal novedad puede quedar empañada por no fijar expresamente, al igual que sucede con los procedimientos iniciados de oficio, unos plazos supletorios de duración máxima. Como hemos visto el art. 43.4 no establece ningún plazo para resolver los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. Solamente regula el plazo de caducidad de treinta días que sigue al de resolución del procedimiento. Parece que hubiera sido conveniente establecer expresamente un plazo supletorio tal como hace el art. 42 para los procedimientos iniciados a instancias del interesado. De otra forma, se estaría dejando en manos de la legislación sectorial la vigencia del instituto de la caducidad. Tal solución difícilmente compatible con las más elementales exigencias de seguridad jurídica y con la propia existencia de la obligación de resolver, ha de entenderse superada y, por ello, aplicar

¹³⁶⁹ Así lo ha confirmado, con buen criterio, por la reforma realizada a través de la DA tercera de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo (BOE 313, de 31 de diciembre de 1993), según hemos visto anteriormente.

el plazo subsidiario de tres meses tanto a los procedimientos iniciados a instancia de persona interesada como a los iniciados de oficio por la propia Administración ¹³⁷⁰.

Por lo que se refiere al resto de procedimientos administrativos, de carácter no sancionador, también se plantea el problema de la interpretación de plazos. Paradigma de esta situación son ciertos reglamentos de adecuación y desarrollo de la LRJPAC que expresamente (!) dejan indeterminado el plazo máximo para emitir resolución en ciertos procedimientos iniciados de oficio. En este sentido puede destacarse el RD 803/1993, de 28 de mayo, por el que se modifican determinados procedimientos tributarios ¹³⁷¹. En el anexo tercero se relacionan cuatro procedimientos que no tienen prefijado plazo para su resolución: 1) procedimientos de comprobación e investigación tributaria; 2) procedimiento de apremio para la recaudación de deudas tributarias; 3) procedimiento para aceptar el pago de deudas tributarias mediante bienes del Patrimonio histórico español; 4) procedimientos especiales de revisión ¹³⁷². El artículo primero letra c) de este Decreto nos señala al respecto que estos procedimientos continuarán hasta su finalización de acuerdo con su naturaleza y características propias, sin perjuicio, en su caso, de la prescripción de la acción, de la imposibilidad material de continuarlos por causas sobrevenidas, del desistimiento, la renuncia o la caducidad de la instancia. Algunos de estos procedimientos, como los de comprobación e investigación y el

¹³⁷⁰ En tal sentido se pronuncia acertadamente el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 207/1996, de 4 de julio, sobre la revisión de oficio de unas subvenciones en materia de viviendas para jóvenes menores de 30 años otorgadas por la Secretaría General de Juventud: "El art. 42 de la LRJPAC prevé que cuando la norma especial no fije ningún otro plazo habrá de producirse en un máximo de tres meses. Ciertamente la Ley prevé este plazo general en un apartado, el segundo del art. 42, que empieza imponiendo la obligación de resolver dentro del plazo establecido para las solicitudes de los ciudadanos, pero naturalmente se ha de entender que la obligación de resolver y de hacerlo además en estos plazos también se da cuando el procedimiento no se ha iniciado por solicitud sino de oficio. También entonces el tiempo máximo para decidir será de tres meses sino se ha fijado ningún otro."

¹³⁷¹ *Vid.* el Decreto andaluz 135/1993, de 7 de septiembre, por el que se dictan normas relativas a los procedimientos administrativos de aplicación en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma y de la Consejería de Economía y Hacienda (BOJA 114, de 21 de octubre de 1993). En igual sentido *vid.* el anexo III del Decreto asturiano 65/1994, de 4 de agosto, por el que se aprueban las Normas relativas a procedimientos administrativos de la Administración del Principado de Asturias (BOPA 198, de 26 de agosto de 1994).

¹³⁷² Para José Manuel TEJERIZO LÓPEZ: "[...] uno de los mayores defectos de este RD es haber excluido de plazos de duración máxima alguno de los procedimientos tributarios más importantes, singularmente el de inspección." *Vid.* "El principio de tutela judicial efectiva y los procedimientos tributarios" en *REDF* 82, abril-junio 1994, p. 273.

de apremio, podrían encuadrarse en lo que el art. 43.4 de la LRJPAC califica como "procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos" ¹³⁷³. Curiosamente la norma alude a la caducidad de la instancia como forma de terminación de procedimientos. No obstante esta referencia puede quedar vacía en la práctica, pues ante la inexistencia de plazo máximo de resolución difícilmente puede empezar a computarse la caducidad.

En el caso de los procedimientos de comprobación e investigación tributaria se plantea en qué medida esta expresa indeterminación del plazo implica una derogación del art. 31 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por RD 939/1986, de 25 de abril (BOE 115, de 14 de mayo de 1986) donde se establece un plazo de seis meses para el ejercicio de las actuaciones inspectoras ¹³⁷⁴. La doctrina había entendido mayoritariamente que, en este caso, nos encontrábamos ante un plazo de caducidad ¹³⁷⁵, por lo que las

¹³⁷³ Según José María LOPEZ GETA: "Para el Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la normativa de aplicación subsidiaria, en el extremo antes citado del Reglamento de Inspección (caducidad de los procedimientos), no lo es la Ley 30/1992, sino la Ley General Tributaria que, en su artículo 105.2, establece: "La inobservancia de plazos por la Administración no implicará la caducidad de la acción administrativa, pero autorizará a los sujetos pasivos para reclamar en queja". " Vid. de este autor "Breves reflexiones en torno a la Ley 30/1992: su repercusión en algunos ámbitos de la materia tributaria" en *Impuestos* 1994/I, pp. 47-48. A esta posición sostenida por la Administración debe objetarse que confunde la caducidad de los procedimientos con la caducidad de la acción, instituciones que como hemos visto a lo largo de este trabajo son esencialmente diferentes. Por otro lado, el precepto establecido por la LGT fue redactado durante la vigencia de la LPA en la que la caducidad del procedimiento no estaba regulada, la nueva situación generada por la LRJPAC puede plantear la aplicación subsidiaria de esta normativa a los actuales procedimientos tributarios.

¹³⁷⁴ Según este precepto: "Las actuaciones inspectoras se desarrollarán durante los días que sean precisos. Cada día, la Inspección practicará las actuaciones que estime oportunas. Al término de las actuaciones de cada día se suspenderán y la Inspección podrá fijar el lugar, día y hora para su reanudación; ésta podrá tener lugar desde el día hábil siguiente *hasta el plazo máximo de seis meses* (la cursiva es nuestra)."

¹³⁷⁵ Puede citarse al respecto las consideraciones formuladas en relación a determinados procedimientos de inspección por el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 87/1994, de 21 de abril: "El art. 4.2 del Proyecto se refiere a aquellos procedimientos singulares que por su naturaleza no tengan establecido un plazo concreto para resolver, refiriéndose, por remisión al anexo 3.2, al procedimiento de inspección de las entidades, servicios y establecimientos de servicios sociales. Conviene especificar que este tipo de procedimientos se inscribe entre aquellos que hayan sido iniciados de oficio y no sean susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, en cuyo caso el incumplimiento del plazo máximo de resolución señalado da lugar a la posibilidad de entender caducado el procedimiento y proceder a su archivo, en los plazos y con la salvedad previstos en el art. 43.4 de la Ley 30/1992. La carga negativa que un procedimiento de inspección puede tener para el

actuaciones realizadas con posterioridad al mismo no venían a suponer una continuación extemporánea pero válida del procedimiento hasta entonces realizado, sino la iniciación de un nuevo procedimiento ¹³⁷⁶. A nuestro entender tal inconcreción del plazo, formulada expresamente, puede implicar una vulneración del principio de seguridad jurídica. Por este motivo la derogación sin más de unos plazos máximos para las actuaciones administrativas formalizadas ¹³⁷⁷, no puede sostenerse válidamente desde los principios constitucionales que disciplinan la actividad administrativa, así como los principios generales que informan nuestro procedimiento administrativo (eficacia, celeridad, oficialidad). Otra cosa sería, en cambio, que dada la particular complejidad y amplitud de tales actuaciones fuera aconsejable fijar unos plazos temporales más largos y conformes a las actuaciones administrativas que deban llevarse a cabo.

Esta indeterminación del plazo en los procedimientos de comprobación e investigación tributaria quizás ha venido propiciada por determinada jurisprudencia recaída respecto a peticiones dirigidas a la Administración tributaria para que dicte un acto confirmatorio o revocatorio de la autoliquidación presentada por el contribuyente ¹³⁷⁸. Los tribunales conscientes de la realidad y la propia peculiaridad de este tipo de procedimientos han negado que tales solicitudes formuladas por los particulares generen una obligación de resolver

interesado aconseja que se fije un plazo máximo para resolver y poder dar paso, en caso de silencio, a la declaración de caducidad, que es diferente de la prescripción de la acción a que alude el precepto proyectado y del "desistimiento, renuncia y caducidad" a que también alude, que se remite claramente a los supuestos de procedimientos iniciados a solicitud del interesado (art. 90, 91 y 92 de la Ley 30/1992)."

¹³⁷⁶ En este sentido *vid.* PEDRAZA BOCHÓNS, José V.: "Ordenación temporal de las actuaciones de la Inspección de los Tributos" en *REDF* 82, abril-junio 1994, pp. 32-33. También se pronuncian a favor de entender que estamos ante un plazo de caducidad PALAO TABOADA, C.: "Reglamento de la Inspección: una disposición tardía e insuficiente" en *GF* 37. 1986, p. 128; GUERRERO ARIAS, E.; ROSSICH ROMEU, E.: "Desarrollo y terminación del procedimiento inspector" en *Impuestos* 1986/II, p. 975.

¹³⁷⁷ Recordemos que el procedimiento de comprobación e investigación tributaria supone, como advierte la Exposición de Motivos del RGIT, "una especie o modalidad del procedimiento de gestión tributaria".

¹³⁷⁸ De forma significativa *vid.* la STS de 28 de enero de 1994, recaída por la vía del procedimiento preferente y sumario de la Ley 62/1978.

¹³⁷⁹. Para ello han señalado el carácter prevalente de la normativa procedimental tributaria, aunque tenga rango reglamentario, sobre la LRJPAC o en su momento la LPA. De esta forma, se ha traído a colación el art. 29.d) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, según el cual las actuaciones de la citada Inspección se iniciarán a petición del obligado tributario, únicamente cuando las leyes reguladoras de los distintos tributos hayan establecido expresamente esta causa de iniciación del procedimiento de la Inspección para los particulares efectos que se determinen.

Si bien, puede llegar a admitirse que ciertos procedimientos por sus propias peculiaridades deben necesariamente iniciarse de oficio, cuestión distinta es que una vez iniciados puedan permanecer indefinidamente abiertos, máxime cuando puedan provocar serias limitaciones de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

5.- La responsabilidad por incumplimiento del deber-obligación de resolver el procedimiento

Para finalizar este estudio específico de la obligación de resolver nos centraremos, a continuación, en los mecanismos de responsabilidad que van dirigidos a hacerla efectiva. Comenzábamos este capítulo viendo las deficiencias que históricamente se habían producido, al concentrarse en la responsabilidad disciplinaria la exigencia de que la Administración resolviera las solicitudes de los ciudadanos, en el plazo legalmente establecido. Por tanto, finalizaremos este primer gran apartado del mismo, desde los parámetros de legalidad vigentes hoy en día. En este orden de consideraciones el legislador vuelve a confiar una vez más en los mecanismos de responsabilidad, si bien según veremos con mayor insistencia. Como es sabido, la responsabilidad puede ser fundamentalmente de dos tipos: disciplinaria

¹³⁷⁹ Así la STS de 22 de enero de 1993: "Frente a la pretensión de los recurrentes encaminada a que, asimismo, la iniciación de las actuaciones inspectoras pueda tener lugar, con carácter general, a excitación de la parte interesada hay que tener presente que la Inspección ejerce sus funciones con sujeción a determinados planes de trabajo, de los que el Plan Nacional de Inspección constituye el elemento básico integrador de los distintos Planes sectoriales o territoriales [...]. Introducir la posibilidad de que, indiscriminadamente y no sólo en los casos que marca la Ley, puede promoverse por los particulares el ejercicio de esta función significa tanto como desviar aquella actuación planificada, básica para el correcto funcionamiento de esta importante faceta de la Economía Nacional."

y patrimonial, mientras más dificultades se encuentran para aplicar en estos casos la penal, según hemos tenido oportunidad de constatar precedentemente. Ahora bien, no basta con reconocer la existencia teórica de una responsabilidad, sino que ésta para hacerse realmente efectiva debe poder imputarse personas concretas. De poco sirve que la Administración en su conjunto resarza a los particulares por los daños causados, si ella misma no corrige posteriormente los comportamientos patológicos que puedan haber existido para evitar que dentro de lo posible no vuelvan a repetirse. En esta línea debe profundizarse en la figura del responsable del procedimiento, con la cual cerraremos este análisis específico de la obligación de resolver.

5.1.- La responsabilidad patrimonial

La responsabilidad de carácter patrimonial no tiene una mención específica que la conecte con el incumplimiento del deber-obligación de resolver, sino tan sólo se alude a la misma de forma genérica (arts. 41 y 42.3 primer párrafo LRJPAC) ¹³⁸⁰, a diferencia de como ha acontecido con alguna legislación sectorial ¹³⁸¹. Por tanto, la posibilidad de paliar los daños del ciudadano ocasionados por la inactividad deberá deducirse, principalmente, de su normativa general (art. 106.2 CE y art. 139 de la LRJPAC). En este punto la LRJPAC no viene a representar ninguna novedad significativa respecto al régimen general. Por tanto, como ya venía declarando la jurisprudencia, el mero incumplimiento de la obligación de resolver no generará necesariamente la responsabilidad patrimonial de la Administración

¹³⁸⁰ Situación distinta como ya hemos apuntado nos la da el art. 78 de la Ley catalana 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad.

¹³⁸¹ Así el art. 240 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio (BOE 156, de 30 de junio de 1992) dispone que: "En los supuestos de anulación de licencia, *demora injustificada en su otorgamiento* o denegación improcedente, los perjudicados podrán reclamar de la Administración actuante el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad.

En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencias graves imputables al perjudicado."

En este caso si bien se remite a las normas sobre responsabilidad admite expresamente la posibilidad de indemnización, a la vez que limita esta responsabilidad si concurren determinados elementos: justificación en la demora, dolo, culpa o negligencia graves.

pese a infringirse el plazo legal, la demora ocasionada no resulte excesiva o desproporcionada en relación al estándar medio de duración de estos expedientes ¹³⁸⁹. Se ha planteado incluso la posibilidad de entender la concurrencia de responsabilidad por demora incluso con independencia de que no se infrinjan los plazos legales establecidos, dictándose la resolución antes de llegar al término máximo para emitir resolución ¹³⁹⁰. Estos supuestos se ceñirían fundamentalmente a la concurrencia de circunstancias excepcionales que requieran una actuación formal inmediata de la Administración pública, por ejemplo retrasándose al dictar las medidas cautelares oportunas y frustren definitivamente las pretensiones existentes.

El concepto necesariamente casuístico del denominado plazo razonable si bien supone una necesaria relativización de la fijación normativa de plazos, no implica, sin embargo, que se haya de prescindir de los mismos en el momento de examinar si concurren los presupuestos de la responsabilidad patrimonial. Estos plazos son un punto de referencia inexcusable para ponderar la relación de causalidad existente entre el funcionamiento del servicio y la realización del daño. Es más en la inmensa mayoría de los casos, estos plazos han sido fijados por la propia Administración, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, como resultado de estudios y de la propia experiencia experimentada al tramitar precisamente aquellos procedimientos.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial en casos de silencio administrativo debe producirse una lesión o daño al solicitante con ausencia de causas de justificación en su producción. Por tanto, deberán excluirse o modularse las posibles indemnizaciones en aquellos casos en que precisamente la demora produzca un resultado beneficioso para el solicitante ¹³⁹¹. Entendemos, además, que las causas que justifiquen la dilación o el retraso

¹³⁸⁹ Vid. el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 120/1992, de 12 de noviembre.

¹³⁹⁰ Vid. GÓMEZ PUENTE, Marcos: "Responsabilidad por inactividad..." *op. cit.* pp. 163-164.

¹³⁹¹ Este supuesto no es mera ficción, sino que puede encontrarse en el Dictamen 51.149, de 19 de noviembre de 1987: "[...] paradójicamente el retraso en la resolución del recurso de alzada fue beneficioso para don R.L., pues, según se aduce la incorporación al expediente del escrito de 22 de julio de 1985 (una vez transcurrido el plazo legal), por parte de los trabajadores de la empresa, fue determinante de la autorización de

administrativo no podrán ser meras fórmulas genéricas ¹³⁹², sino razones que consten debidamente en el expediente las cuales hayan impedido, en el caso concreto, un normal desarrollo del procedimiento administrativo ¹³⁹³. En este sentido no podrá acudirse a eventuales reformas organizativas como regla general para justificar la ausencia de responsabilidad, máxime cuando la misma legislación prevé mecanismos jurídicos para evitar que la actividad administrativa quede paralizada por las mismas ¹³⁹⁴.

Ahora bien no solamente habrá que examinar la inactividad administrativa sino también la conducta del afectado por la inactividad, que puede llegar a ser determinante en la estimación de si concurre o no la exigencia de responsabilidad. La mera actitud pasiva del reclamante, esperando la resolución administrativa, cuando podía acudir a la jurisdicción y obtener una sentencia que reconozca su derecho, deberá modular la posible concurrencia de responsabilidad administrativa ¹³⁹⁵. Cuestión distinta es que se entienda, tal como ha formulado alguna jurisprudencia, que la inactividad no sólo es imputable a la Administración

la regulación de empleo solicitada."

¹³⁹² En el Dictamen 55.315, de 27 de febrero de 1992, donde transcurren 56 meses (casi 5 años) se entiende que no constituye "causa de justificación - excluyente por sí de responsabilidad - [...] las dificultades de coordinación entre la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas o cualesquiera otros problemas interadministrativos, con los que se ha tratado de explicar tan singular tardanza."

¹³⁹³ En este sentido el Dictamen del Consejo de Estado 49.573, de 14 de mayo de 1987, precisa que: "[...] la remisión de las actuaciones a la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial (causa esencial e incluso "ilegal" del retraso, según afirman los interesados) no ha sido en absoluto caprichosa por cuanto, como resulta de los antecedentes y en particular del informe de 25 de noviembre de 1985, dicha remisión se fundó en la necesidad de realizar unas actuaciones instructoras complementarias que dieran vía libre a una resolución favorable al abono de los salarios a favor de los interesados una vez superadas las dudas sobre concurrencia de un posible intento de fraude al Fondo de Garantía Salarial [...]."

¹³⁹⁴ *Vid.* la STS de 14 de diciembre de 1988 (ref. Ar. 9.958): "Las reformas en la Administración han de hacerse sin paralizar la actividad administrativa, y hay mecanismos - inventados desde hace tiempo - como la suplencia que están pensados precisamente para evitar que los cambios de titularidad de un órgano - sea individual o colegiado - provoquen esa paralización. Y en estas circunstancias lo que está claro es que la Diputación General la que por desconocer estas elementales reglas de buen hacer administrativo debe responder extracontractualmente."

¹³⁹⁵ Es paradigmática en esta línea la STS de 21 de diciembre de 1990 (ref. Ar. 10.051), en cuanto señala que el eventual daño producido "[...] no es achacable tan sólo a la inactividad de ésta (la Administración) en notificarle la resolución que accediendo a lo solicitado por el Sr. R.A. se le concedía, sino también a la pasividad del recurrente en instancia, aquí apelante, al no denunciar la mora ante la falta de notificación de la decisión adoptada por la Administración [...]."

sino también al ciudadano por el hecho meramente formal de no haber reclamado en queja la dilación en la tramitación del procedimiento ¹³⁹⁶, máxime cuando es notoria y de sobra conocida la ineficacia de tal mecanismo. Además, según veremos en apartados ulteriores, rige en el procedimiento administrativo el denominado principio inquisitivo o de oficialidad, según el cual es la Administración y no el particular quien está obligado a impulsar los diversos trámites, siendo una mera facultad del ciudadano, a través de diversos mecanismos como la queja, reclamar a la Administración que cumpla con sus cometidos.

También no cabrá aplicar el instituto de la responsabilidad cuando el particular lleve a cabo una conducta obstruccionista o que contribuya a dilatar en el tiempo la tramitación del procedimiento. Este tipo de comportamiento distorsiona, por tanto, la tramitación del procedimiento y rompe el nexo de causalidad que hipotéticamente pudiera existir entre la actividad del órgano administrativo y dichos daños ¹³⁹⁷. En cambio, no romperán tal nexo de causalidad, aquellas conductas que si bien no estaba obligado a realizar el particular, están posibilitadas por el propio ordenamiento jurídico y hubieran causado la misma obligación reparadora. Tal es el caso, por ejemplo, de solicitar la suspensión de una deuda tributaria afianzándola a través de un aval bancario. En este caso, tanto si se ejecuta la deuda por vía de apremio como si se suspende el acto, se generaría un daño si existe tardanza en resolver un recurso que acaba anulando la liquidación tributaria de la que trae causa ¹³⁹⁸.

¹³⁹⁶ Vid. la STS de 26 de septiembre de 1977 (ref. Ar. 3.545): "[...] por lo que no es procedente indemnizar por el retraso en la terminación del expediente pues, con arreglo al último precepto citado el actor pudo reclamar en queja al superior jerárquico contra el funcionario que cometió la infracción de retrasar la tramitación del expediente, y no formuló la queja, por lo que no se trata de un hecho que sea sólo imputable a la Administración, por cuya razón y no existir una disposición especial que obligue a la Administración a pagar intereses por causa de indemnización, no hay posibilidad legal de estimar la indemnización complementaria que se pide para actualizar, a tenor del índice del coste de la vida, la cantidad debida por la Administración como valoración del conjunto de las indemnizaciones con independencia de cualquier responsabilidad que el interesado estime procedente exigir al funcionario responsable del retraso del expediente."

¹³⁹⁷ De esta forma el Dictamen del Consejo de Estado 48.882 de 20 de marzo de 1986 advierte que: "[...] al aportar al expediente datos y documentos presumiblemente fraudulentos ha impedido el normal desarrollo y resolución del procedimiento correspondiente y ha provocado su ineludible paralización sin que, por otro lado, el despacho aduanero iniciado por aquella empresa haya sido revocado o anulado por la Administración o por órgano jurisdiccional alguno."

¹³⁹⁸ Vid. el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 120/1992, de 12 de noviembre.

Para constatar la concurrencia de los requisitos mencionados será necesario distinguir cuando la inactividad administrativa genera silencio positivo y negativo, además de quien es el interesado solicitante de la indemnización por responsabilidad. Para E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, cuando se produce el silencio positivo "en principio no habrá lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración por causa de demora, toda vez que se habrá concedido por silencio lo solicitado ¹³⁹⁹." Ello será así lógicamente cuando el afectado por la demora sea el interesado beneficiado por los efectos estimatorios del silencio, mientras que cuando exista otro interesado que se vea perjudicado por el silencio positivo entendemos que si que podría reclamar la oportuna indemnización si se cumplen además los requisitos exigibles para la misma ¹⁴⁰⁰. También el silencio positivo puede llegar a generar responsabilidad patrimonial si posteriormente la Administración decide reaccionar contra esta situación a través de los mecanismos de revisión de oficio. En este caso, empero, la responsabilidad no se genera directamente por el incumplimiento de la obligación de resolver, sino precisamente por una actividad posterior de la Administración que se dirige contra una situación consolidada a través de la técnica del silencio positivo. Debe advertirse, sin embargo, que tal responsabilidad quedará excluida en aquellos supuestos en que el "beneficiado" por el silencio positivo haya buscado conscientemente ampararse en el silencio pese a saber que la actuación que pudiera realizar al cobijo del mismo estaba claramente en

¹³⁹⁹ Vid. de este autor *El silencio administrativo en el Derecho... op. cit.* p. 231.

¹⁴⁰⁰ Por este motivo quizá debieran repensarse afirmaciones como la siguiente: "Mientras que en los supuestos de «silencio administrativo positivo» es obvia la falta absoluta de operatividad de la responsabilidad patrimonial por causa de su inactividad formal, ya que el interesado se encuentra beneficiado por los efectos estimatorios del acto ficticio y, en consecuencia, puede ejercitar el derecho de que se trate, en los casos de «silencio administrativo negativo», por el contrario, es donde puede discutirse acerca de la operatividad de la responsabilidad patrimonial de la Administración." Vid. GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia: *El silencio administrativo... op. cit.* p. 155. Como es sabido el interesado en el procedimiento no es tan sólo aquel que lo promueva como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos (art. 31.a) LRJPAC), sino aquél que sin haber iniciado el procedimiento, tenga derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte (art. 35.b) LRJPAC) o en general aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. Por ello es posible que algún interesado no se encuentre beneficiado por los efectos estimatorios del silencio. Piénsese en la obtención por un ciudadano de una licencia urbanística por silencio positivo, existiendo vecinos que puedan resultar perjudicados por la misma.

la ilegalidad ¹⁴⁰¹.

5.2.- La responsabilidad disciplinaria y la remoción del puesto de trabajo

Por su parte la responsabilidad disciplinaria se gradúa en dos momentos diferenciados: el incumplimiento del plazo máximo de resolución y la no emisión de certificación de acto presunto. En éste último caso, que será considerado como falta muy grave, se produce cuando no se emita dentro del plazo y con los requisitos establecidos (art. 44.2 *in fine* de la LRJPAC).

Según advierte SAINZ MORENO, se plantea si estas previsiones que realiza con énfasis la LRJPAC realmente alteran el régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Al efecto hay que considerar de inmediato que la misma LRJPAC se autoexcluye del régimen disciplinario en dos momentos diferenciados (art. 127.3 y disposición adicional 8^a). De esta forma parece que la normativa de procedimiento administrativo común no bastaría y será necesario tipificar de nuevo en el correspondiente reglamento o normativa disciplinaria tanto para el incumplimiento de la obligación de resolver como para la no emisión de certificación de acto presunto en el plazo de veinte días desde su solicitud ¹⁴⁰². No obstante hay que advertir que la autoexclusión que realiza la LRJPAC se limita en primer lugar al título IX y no a toda Ley (art. 127.3) y en segundo lugar cuando la autoexclusión es general se realiza en materia de procedimiento administrativo ¹⁴⁰³. No es necesario recordar que la

¹⁴⁰¹ Para el profesor Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT a la hora de decidir sobre la responsabilidad habrá de valorarse la posible concurrencia de dolo o culpa, y su intensidad, por parte del peticionario. *Vid.* de este autor "La revisión de oficio" en LEGUINA VILLA, Jesús; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Eds.): *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 300. En sentido similar *vid.* CUCHILLO I FOIX, Montserrat: "La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC" en TORNOS I MAS, Joaquín (Ed.): *Administración pública y procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 30/1992)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 390.

¹⁴⁰² *Vid.* de este autor "Obligación..." *op. cit.* p. 137.

¹⁴⁰³ Lo que viene a excluirse además del título IX "De la potestad sancionadora" es precisamente el título VI "De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos", pues sería absurdo excluir del ámbito disciplinario cuestiones claves como toda la temática de los actos administrativos (validez, motivación,

tipificación como falta muy grave de la no emisión de certificación se realiza en el art. 44 que está dentro del título IV "De la actividad de las Administraciones Públicas". Estamos, por tanto, ante una norma sustantiva y no de procedimiento, aplicable por tanto y según nuestra opinión directamente a los funcionarios, sin necesidad de una nueva tipificación, que si bien puede ser conveniente establecer a efectos de una mayor sistemática de las normas disciplinarias, no es necesario volver a introducir para poderse aplicar con todas sus consecuencias. Cuestión distinta será cuando se produzca el mero incumplimiento de la obligación de resolver, pues aquí el art. 42.3 *in fine* de la LRJPAC, tan sólo alude a que "dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria", sin especificar a qué tipo de infracción se corresponde. Por tanto, mientras no se tipifique esta última causa como tal, el mero incumplimiento de la obligación de resolver no genera responsabilidad disciplinaria.

Será necesario acudir para exigir la responsabilidad disciplinaria en el caso de incumplimiento de la obligación de resolver a la tipificación establecida en la legislación de funcionarios. En la misma se contempla como falta muy grave "la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas" (art. 31.f de la LMRFP y 6.f del RRDFP), como falta grave "la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave" (art. 7.i RRDFP) y como falta leve "el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones" o "el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave" (art. 8.d y e RRDFP). Resulta ser, por

silencio, notificación, etc.). Esta interpretación ha sido confirmada, con buen criterio, por la DA tercera ("Delimitación del procedimiento aplicable en el régimen disciplinario de los funcionarios públicos) de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo (BOE 313, de 31 de diciembre de 1993), según la cual: "Los procedimientos para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de la Administración General del Estado se regirán por su normativa específica y, en su defecto, por las normas contenidas en los títulos preliminar, I, II, III, IV, V, VII, VIII y X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Las remisiones a artículos concretos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y las referencias a normas de ordenación del procedimiento, comunicaciones y notificaciones, contenidas en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, se entenderán hechas a los correspondientes artículos de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se aplicará a los restantes procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración General del Estado contenidos en normas especiales."

consiguiente, la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición el concepto jurídico indeterminado para cuya concreción habrán de utilizarse diversos criterios ¹⁴⁰⁴.

No obstante, sería más conveniente establecer una tipificación expresa en términos parecidos a como acontece en el ámbito disciplinario de la Administración de Justicia, respecto a jueces y magistrados. Así, el art. 417.8 de la LOPJ establece como infracción muy grave la desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales, el art. 418.10 de la LOPJ como grave el retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el Juez o Magistrado en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave, y el art. 419.3 el incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución en cualquier clase de asunto que conozca el juez o magistrado ¹⁴⁰⁵. La jurisprudencia ha establecido que el retraso "ha de ser reiterado, es decir, que se produzca en diversos asuntos y que según estos sean más o menos, el retraso será síntoma de una posible dedicación mayor o menor - línea diferencial de los diversos tipos de falta ¹⁴⁰⁶." Este concepto jurídico, el retraso, habrá de ser puesto

¹⁴⁰⁴ Para la STS de 22 de febrero de 1995 (AA 562): "[...] mientras que en la muy grave, la notoria falta de rendimiento debe ser consecuencia de una inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas, de modo que concurra el elemento subjetivo de que el funcionario se desentienda de ellas, en el sentido que asuma el hábito de no realizarlas en las condiciones normalmente exigibles, sin embargo en la simplemente grave basta el dato objetivo de que por la falta de rendimiento sea de algún modo afectada la regular marcha del servicio." Habría que precisar, sin embargo, las afirmaciones realizadas por el TS pues el que baste el dato objetivo de la falta de rendimiento no comporta que la infracción pueda darse por causas ajenas a la voluntad del sujeto. La diferencia entre ambos tipos es que mientras en la falta muy grave se requiere un ánimo expreso de disminuir el rendimiento, en el segundo caso bastará que concurra un comportamiento negligente.

¹⁴⁰⁵ Cabe destacar que tales preceptos son el resultado de las modificaciones realizadas por la Ley orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (BOE 268, de 9 de noviembre de 1994). Con esta nueva regulación se pretende reforzar "la seguridad jurídica procurando la mayor concreción posible en la descripción de las conductas sancionables." Anteriormente a esta reforma los tipos descritos venían a corresponder con los arts. 417.3, 418.8 y 419.3 de la antigua LOPJ.

¹⁴⁰⁶ Vid. la STS de 3 de junio de 1994 (ref. Ar. 7.374).

en relación con otro tipo de criterios que atemperen la imposición del castigo ¹⁴⁰⁷. Una tipificación en este sentido estaría más en consonancia con el modelo previsto por la LRJPAC.

Consideración especial merece la remoción del puesto de trabajo que la LRJPAC establece como consecuencia del incumplimiento del deber-obligación de resolver. Tal remoción, según se ha advertido, no es una medida de carácter disciplinario, por lo cual no le es de aplicación las garantías clásicas que la doctrina y la jurisprudencia han ido estableciendo para el ejercicio administrativo del *ius puniendi* del Estado ¹⁴⁰⁸. Así lo demuestra, en primer lugar la ubicación sistemática de su regulación general, en cuanto se encuentra en el art. 20.1.e) "Provisión de puestos de trabajo" de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), según modificación producida por la Ley 23/1988, de 28 de julio, y no entre las sanciones disciplinarias. En segundo lugar, por cuanto la remoción se produce por causas objetivas, en las que no tiene en cuenta el elemento culpabilidad ^{1409 1410}. En tercer lugar, el propio art. 42.3 *in fine* de la LRJPAC parece

¹⁴⁰⁷ Así la STS de 9 de julio de 1993 (ref. Ar. 5.767): "[...] estando acreditado el despacho de un número considerable de asuntos que indican el cumplimiento de sus obligaciones, no puede imputársele el retraso en el despacho de algunos asuntos; cuando se prueba haber proveído y resuelto otros asuntos que revelen entrega y laboriosidad del Magistrado, huérfano de la colaboración necesaria de personal estable y suficiente [...] sino que el número de asuntos ingresados, falta de personal y tener que atender a otros juzgados fueron las causas determinantes del retraso no imputable al recurrente."

¹⁴⁰⁸ La posible naturaleza sancionadora de la remoción del puesto de trabajo, se ha planteado, por ejemplo, en la STS de 25 de febrero de 1994 (ref. Ar. 1.304) alegando el recurrente, entre otros motivos, infracción del 24.1 CE. El TS desestima tal pretensión "sin que pueda calificarse de actuación sancionadora de hecho" la remoción llevada a cabo por la Administración.

¹⁴⁰⁹ La jurisprudencia constitucional ha aceptado el principio de culpabilidad en el ámbito de las sanciones administrativas, según se desprende de las SSTC 246/1991, de 19 de diciembre (Banco Bilbao-Vizcaya) y 146/1994, de 12 de mayo (Ley IRPF). La primera comentada por LOZANO CUTANDA, Blanca: "La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)" en *RAP* 129, septiembre-diciembre 1992, pp. 211-239. Sobre el tema deben citarse especialmente la *magna opera* del profesor Alejandro NIETO GARCÍA: *Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994 y el excelente trabajo de Ángeles de PALMA DEL TESO: *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996. No obstante la jurisprudencia es vacilante en ocasiones por lo que respecta a la vigencia del principio, según se demuestra en el ilustrativo título del trabajo de Javier JUNCEDA MORENO: "¿Una vuelta hacia la responsabilidad objetiva en Derecho administrativo sancionador? (A propósito de la STC 154/1994, de 23 de mayo)" en *REDA* 86, 1995, pp. 261-269.

oponer como dos figuras diferenciadas la responsabilidad disciplinaria y la remoción del puesto de trabajo. En cuarto lugar, puesto que en alguna ocasión así lo ha dispuesto de forma expresa la legislación vigente ¹⁴¹¹. Y en quinto lugar, la propia intención del legislador al regular la materia en la LRJPAC, según se demuestra de un examen de los debates parlamentarios ¹⁴¹². No obstante, todo ello no quiere decir que su aplicación quede desprovista de cualquier tipo de garantía, sino que requerirán en cualquier caso: expediente contradictorio, resolución motivada y audiencia a la correspondiente Junta de personal ¹⁴¹³. De igual forma, la remoción no podrá comportar ningún matiz de carácter discriminatorio, dado la vigencia del derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE) que viene a concretar, en el ámbito de la función pública, el principio de igualdad previsto en el art. 14 de la CE ¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁰ En este sentido *vid.* ARROYO YANES, Luis Miguel: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 1994, p. 532, donde se señala que: "Al no existir tal comportamiento culpable y reprochable mal puede decirse que nos encontremos ante un supuesto de sanción disciplinaria."

¹⁴¹¹ Es bastante sintomático el art. 148.7 del TRRL: "No se entenderá como sanción la facultad de las Corporaciones para adscribir y remover de los distintos puestos de trabajo a los funcionarios sin habilitación de carácter nacional."

¹⁴¹² Así el Sr. LLORET LLORENS del Grupo Socialista señaló en defensa del entonces Proyecto que: "Quedando claro que estamos ante una institución diferenciada del régimen disciplinario, no veo que nada impida que el legislador [...] legítimamente pueda incluir, entre los supuestos que den lugar a la remoción, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 del proyecto [...]. Lo que se deduce del precepto es que, en defensa de lo que se estaba señalando hace unos momentos, los derechos de los ciudadanos, [...] el responsable que no es apto, por esta causa, para desempeñar el puesto que le ha sido encomendado pueda ser relegado. Otra cosa es que, además, en su inhabilitación, concurren otras circunstancias, dolosas o culposas, que se pueden producir, con lo que entraríamos en la responsabilidad disciplinaria e incluso en la penal si ha lugar a ello. [...] Con criterios didácticos, voy a plantear tres supuestos, a los efectos de justificar mi argumentación. Supuesto primero. Se manifiesta incapacidad y no se saben resolver los asuntos sometidos a despacho. Eso daría lugar a la remoción. Supuesto segundo. Además no se cumplen con las funciones y el funcionario en cuestión, en vez de resolver los procedimientos, viene a esta Cámara a oír las intervenciones del señor Núñez - cosa que, seguramente, redundaría en beneficio de su formación personal-, con lo que habría responsabilidad disciplinaria. Tercer supuesto. Si, además, un particular le da dinero para que no resuelva ese asunto, se daría prevaricación, responsabilidad penal." *Vid. Diario de Sesiones. Comisiones 487, de 17 de junio de 1992., p. 14.371.*

¹⁴¹³ Este procedimiento únicamente es aplicable en el supuesto de los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el caso de concurso, según declara reiteradamente la jurisprudencia. Por tanto, no estaremos en este caso cuando el funcionario sea adscrito en funciones o para puestos de libre designación (STS de 19 de abril de 1993, ref. Ar. 2.840).

¹⁴¹⁴ Sobre el tema *vid.* la STS de 7 de noviembre de 1994 (ref. Ar. 9.298).

Cabe preguntarse en qué medida la LRJPAC está introduciendo dos nuevas causas de remoción distintas a las ya previstas en la legislación sobre funcionarios, concretamente la LMRFP ¹⁴¹⁵. En sentido negativo se ha manifestado ARROYO YANES para quien el establecimiento de las mismas únicamente puede derivarse del título competencial "bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos" que no cabe identificar con "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" ni con el "procedimiento administrativo común", aunque todos ellos estén recogidos en el art. 149.1.18 de la CE. Así se concluye que: "[...] no creemos que se haya introducido, contrariamente a lo que en un principio pudiera parecer, una "tipificación" por esta vía de los supuestos (generales) de remoción que son y pueden ser *únicamente* los que están previstos en la legislación básica funcionarial, sin que la legislación del procedimiento administrativo común pueda añadir ni un ápice en este terreno, so pena de inconstitucionalidad por invasión de títulos competenciales ajenos ¹⁴¹⁶."

Si bien pueda existir conformidad respecto a la solución alcanzada, entendemos la necesidad de precisar los argumentos expuestos. En este sentido, el hecho que la LRJPAC introduzca dos nuevas causas de remoción distintas a la LMRFP no comporta, a nuestro entender, necesariamente la inconstitucionalidad de los mismos. Es más los preceptos en cuestión serían perfectamente válidos, si bien no tendrían carácter básico y, por tanto, podrían ser desplazados legítimamente por las CCAA al regular esta materia. En todo caso, las normas establecidas al respecto por la LRJPAC serían de aplicación a la Administración del Estado y regirían de forma supletoria en las Administraciones autonómicas y locales. Todo ello además si se acoge el concepto de lo básico desde una perspectiva formal-material, es decir no sería básico en cuanto la LRJPAC en ningún momento alude al título competencial

¹⁴¹⁵ La otra posible causa de remoción es la prevista en el art. 74.2 de la LRJPAC por incumplimiento del deber de guardar orden riguroso de incoacción en asuntos de homogénea naturaleza.

¹⁴¹⁶ *Vid.* de este autor *La carrera administrativa... op. cit.* p. 528, nota 229.

"régimen estatutario de los funcionarios públicos" ¹⁴¹⁷. Criterio, por lo demás no siempre seguido por la jurisprudencia constitucional que en determinadas ocasiones ha dado preferencia a la noción material, pese a tratarse de legislación postconstitucional ¹⁴¹⁸. En cualquier caso, no serían las únicas normas de la LRJPAC que estarían relacionadas con el título competencial "régimen estatutario" y que hasta el momento no han sido puestas en cuestión ¹⁴¹⁹.

A mayor abundamiento, es importante destacar que no siempre todo aspecto relacionado con los funcionarios públicos pertenece exclusivamente al título competencial "régimen estatutario". En determinadas ocasiones, la jurisprudencia constitucional ha tenido la ocasión de establecer que del art. 149.1.18 de la CE se deriva una doble competencia estatal en materia de función pública: a) el régimen estatutario para regular los aspectos básicos de la situación personal de los funcionarios públicos; b) el régimen jurídico de la Administración

¹⁴¹⁷ La LRJPAC al hablar de los títulos competenciales en los que se fundamenta tan sólo alude, en su art. 1 así como en el punto 2 de la Exposición de Motivos, a las "bases del régimen jurídico", al "procedimiento administrativo común" y al "sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas". La infracción del elemento formal sería más la no identificación del concreto título competencial utilizado que el carácter básico de la normativa.

¹⁴¹⁸ Como explica el profesor Joaquín TORNOS MAS la elaboración del concepto material de bases responde a una solución concebida para evitar el bloqueo del legislador autonómico, pudiéndose acudir a la legislación preconstitucional para encontrar las bases a desarrollar. En este proceso, lógicamente, el elemento formal pasa a un segundo plano. En cambio en la legislación postconstitucional el criterio formal, junto al material, cobra mayor importancia como elemento de seguridad jurídica. No obstante, ello no siempre ha sido concebido así, pues en determinadas ocasiones el TC no exige el elemento formal como requisito de validez inexcusable. Así según "dijo la STC 69/1988, de 19 de abril, procede exigir este elemento con el mayor rigor, pero también es posible deducir la naturaleza básica de una norma faltando el elemento formal si la norma en cuestión posee "una estructura de la cual se infiera el carácter de básica". Postura también seguida por las SSTC 80/1988, de 28 de abril, 15/1989, de 26 de enero, entre otras. *Vid.* de este autor "La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *RVAP* 31, septiembre-diciembre 1991, p. 279.

¹⁴¹⁹ Como ejemplo podría tenerse a colación la normativa sobre abstención y recusación de los funcionarios (arts. 28 y 29 de la LRJPAC). Tales normas se encuadran en lo que el art. 103.3 de la CE ha definido como régimen estatutario al incluir en el mismo "las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones." Piénsese además que el incumplimiento de las mismas no genera necesariamente la nulidad del acto administrativo (con lo cual pudiera pensarse que debiera prevalecer el título competencial "régimen jurídico de las Administraciones públicas"), sino principalmente la responsabilidad disciplinaria del funcionario que haya recaído en las mismas. En general sobre el título competencial en cuestión *vid.* TRAYTER I JIMÉNEZ, Joan Manuel: *La conflictivitat competencial. Les bases del règim estatutari dels funcionaris públics*, Ed. Institut d'Estudis Autònoms, Col. "Estudis" 17, Barcelona, 1993.

para regular los aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las Administraciones públicas ¹⁴²⁰. La regulación de las causas de remoción del puesto de trabajo podría constituir, en este sentido, un ámbito material a caballo entre ambas materias competenciales. Así, de una parte, es un aspecto que afecta a la situación personal del funcionario, pero por otro también es una clara manifestación de la potestad organizatoria de adscripción a los distintos puestos de trabajo existentes en una Administración, siendo así la plasmación de principios contenidos en el art. 103.1 de la CE como la eficacia y la jerarquía ¹⁴²¹.

Cuestión distinta es que, desde un análisis sistemático y posibilista del precepto, se constate la necesidad de integrar las pretendidas causas de remoción previstas en la LRJPAC con las de la LMRFP. En efecto, el citado art. 20.1.e) de esta última Ley prevé, entre varias causas, la "falta de capacidad para su desempeño (del puesto de trabajo) manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto." El incumplimiento de la obligación de resolver sería una de las manifestaciones de esta causa, siendo los conceptos "rendimiento insuficiente" e "inhibición" los que nos permiten a través de unas causas objetivas, establecer el preciso criterio de diferenciación con las medidas disciplinarias previstas que pueden derivarse también del citado incumplimiento ¹⁴²².

¹⁴²⁰ Vid. FIGUERAS I LLUCH, Montserrat: *La conflictivitat competencial. El règim jurídic de l'Administració*, Ed. Institut d'Estudis Autònoms, Col. "Estudis" 7, Barcelona, 1992, p. 33. Esta autora señala como dentro de este título competencial el TC ha subsumido: la distinción entre personal funcionario y obrero como principio organizativo básico en el régimen jurídico de las Administraciones públicas (STC 37/1981, de 16 de noviembre); el ejercicio por parte de los funcionarios públicos del derecho de sindicación (STC 57/1982, de 27 de julio); la determinación legal de las asociaciones que, con carácter general y obligatorio, hayan de participar en los órganos de las Administraciones públicas en representación de los intereses que les son propios (STC 57/1989, de 16 de marzo); y el sistema de incompatibilidades (STC 178/1989, de 2 de noviembre).

¹⁴²¹ El propio ARROYO YANES al hablar de los procedimientos de pérdida del puesto de trabajo funcional, entre los cuales incluye los mecanismos de remoción del puesto obtenido por concurso, señala que estamos ante una serie de figuras "que tienen por único fin permitir a las AA.PP. intervenir sobre sus puestos de trabajo, determinando, mediante la utilización de su potestad de autoorganización, si éstos o los funcionarios que los ocupan son o no idóneos respecto a los postulados de eficacia y eficiencia que deben presidir la acción administrativa." Vid. de este autor *La carrera administrativa... op. cit.* p. 522.

¹⁴²² Para la noción de rendimiento en el Derecho del Trabajo puede consultarse GARATE CASTRO, Francisco Javier: *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Ed. Civitas, Col. "Monografías", Madrid, 1984.

No obstante, parece que esta no fue la intención del legislador al aludir al mecanismo de la remoción del puesto de trabajo en el precepto donde se regulaba la obligación de resolver. Podría pensarse que el legislador quería, en realidad, introducir nuevos mecanismos que garanticen el cumplimiento de la obligación de resolver y por tanto que se de respuesta al ciudadano en un plazo legalmente establecido. Ahora bien la generalidad del precepto y su interpretación meramente literal comportaría su aplicación al menor incumplimiento o transgresión del plazo máximo de resolver. Por tanto, desde esta dinámica, la remoción habría de recaer tanto en el funcionario que incumple sistemáticamente todos los plazos, como a aquel que actúa con la mayor diligencia pero que en un determinado procedimiento han transcurrido unos día más de los establecidos. Tal situación además de claramente desproporcionada situaría al funcionariado y a la propia Administración pública en una postura realmente difícil. También, por otra parte, la medida podría quedar diluida si no se identifica con claridad al responsable del procedimiento y por tanto a quien debería aplicarse la causa de remoción.

Por consiguiente, entendemos que habría que matizar la solución de que todo incumplimiento de la obligación de resolver generará remoción del puesto de trabajo. Tal solución comportaría o bien la inaplicación del precepto o bien una constatación de movilidad de los funcionarios en sus puestos de trabajo. Estamos ante una institución que ha sido una de las más recientes aportaciones del Derecho laboral al Derecho de la función pública y, por tanto, debemos acudir a aquél campo, para aprovechar el grado de elaboración realizado por los laboristas, para permitir erradicar la posible arbitrariedad y abuso en la utilización de estas figuras ¹⁴²³ ¹⁴²⁴. Por otra parte la "importación" de esta figura al ámbito administrativo debe ser realizada con cautela so pena de desnaturalizarla. En esta línea ello podría suceder si se realizara una aplicación indiscriminada en los supuestos de obligación de resolver.

¹⁴²³ Vid. MAURI I MAJÓS, Joan: "Desviación de poder y cambio de puesto de trabajo por necesidades del servicio" en *La Ley* 1992-2, p. 247.

¹⁴²⁴ Sucedería de esta forma un fenómeno parecido al ocurrido con las sanciones administrativas respecto del Derecho penal.