

EL CONTROL JUDICIAL DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Ángel MENÉNDEZ REXACH

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Los precedentes legislativos y el fundamento constitucional del control de la inactividad de la Administración: A) Precedentes legislativos. B) El artículo 106.1 de la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial.–II. El recurso contra la inactividad en la LJCA de 1998: A) Ampliación del objeto del recurso contencioso. B) Valoración doctrinal de la reforma.–III. Los supuestos de inactividad y su regulación en la nueva LJCA: A) El presupuesto de la inactividad controlable judicialmente es siempre un incumplimiento de la Administración. B) Obligación de resolver y actos presuntos: el silencio administrativo. C) El incumplimiento de la obligación de ejecutar. D) Otros supuestos de inactividad.–IV. Medidas cautelares.

I. LOS PRECEDENTES LEGISLATIVOS Y EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL CONTROL DE LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Precedentes legislativos

La configuración tradicional del control judicial de la Administración por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo estaba basada en el principio del «acto previo». Según él, dicho control sólo era posible cuando se había dictado un acto administrativo (o una disposición), contra el que se interponía el correspondiente recurso. Este carácter «revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa se explicaba en la E. de M. de la Ley de 27 de diciembre de 1956 «en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique (...) que sea impertinente la prueba, a pesar de que no

AFDUAM 5 (2001), pp. 163-186.

exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibles aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración» (II, 2). El proceso ante la JCA se configuraba así como un proceso al acto, pero no como una casación, sino como una primera instancia jurisdiccional, y así lo precisaba la propia E. de M.

Partiendo de estas premisas, el resultado era que, si no había acto previo, no cabía recurso ni, por tanto, control judicial. Ello dejaba fuera de control, en principio, todos los supuestos de inactividad de la Administración. Si ésta no contestaba a las solicitudes de los particulares o no iniciaba de oficio (o no los resolvía) procedimientos susceptibles de producir actos favorables a aquéllos, no había posibilidad de acudir a la vía judicial. El enorme hueco que así se dejaba en el control de la Administración fue colmado en parte mediante la institución del silencio administrativo. En su significado originario el silencio se basa en la ficción de presumir de la inactividad de la Administración la existencia de un acto («presunto»), para hacer posible el recurso en vía contenciosa. La citada E. de M. de la LJCA de 1956 lo explicaba en los siguientes términos (IV, 2):

«La existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por ello, la Ley instituye un régimen general de silencio administrativo, mediante el cual, transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la jurisdicción contencioso-administrativa.»

La invocación del silencio para entender producido el acto presunto se dejaba así a criterio de los particulares interesados, en cuya garantía se regulaba la institución, pero no eximía a la Administración de su obligación de resolver, ya que «no puede ser conceptualizado 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». Con esa finalidad de garantizar el acceso a la vía contenciosa, la Ley de 1956 establecía el carácter negativo del silencio, es decir, la denegación presunta de las solicitudes presentadas por los particulares, una vez transcurrido el plazo señalado (art. 38).

La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 mantuvo esa configuración del silencio, introduciendo como excepciones a la regla del silencio negativo los supuestos en que así se estableciera por disposición expresa y los de autorizaciones o aprobaciones que debieran acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores (art. 95). El primer supuesto, aunque remitido a las disposiciones especiales, estaba referido a las solicitudes de autorizaciones previas al ejercicio de derechos subjetivos cuyo otorgamiento no fuese discrecional (E. de M., V.5), ya que en tales casos, como el particular tenía derecho a llevar a cabo la actividad sometida a autorización, se entendía impropio que la falta de resolución desplazara sobre aquél la carga de interponer el recurso contencioso contra una resolución presunta denegatoria.

Esta era, en líneas generales, la situación del control judicial de la Administración a la promulgación de la Constitución de 1978: el recurso contencioso era

admisible contra los actos expresos (y disposiciones reglamentarias, en este caso con peculiaridades muy importantes, según que el recurso fuera directo o indirecto) y también contra los actos presuntos, en virtud del silencio administrativo, que tenía efectos desestimatorios, salvo en los supuestos mencionados (1).

B) El artículo 106.1 de la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial

Según el artículo 106.1 de la Constitución, «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Este precepto se reproduce literalmente en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (2). Como ha sido reiteradamente destacado, esta redacción sitúa bajo el control judicial, genéricamente, la «actuación» administrativa y no sólo los actos en sentido estricto (sean definitivos o de trámite cualificados, cuestión ésta en que no vamos a entrar).

A pesar de que el artículo 24 de la propia LOPJ parecía dejar las cosas como estaban en la LJCA de 1956, al establecer que «en el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española, cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas», lo cierto es que la formulación del precepto constitucional abría nuevas posibilidades de ensanchar el control no sólo por la vía ya existente del silencio administrativo (que permitía reaccionar en los casos de la denominada inactividad «formal»), sino también extendiéndolo a otros supuestos de inactividad «material», con el fin de garantizar la plenitud del control que parecía exigida por la Constitución. En el primer aspecto, hay que destacar, por su significado más favorable a los ciudadanos, la reforma del régimen del silencio introducida en la LRJPAC de 1992 y la nueva reforma de esta Ley en 1999. En el segundo, la previsión del recurso contra la inactividad en la nueva LJCA de 1998, al que, como vamos a ver inmediatamente, se le ha encontrado apoyo expreso en el artículo 106.1 de la Constitución.

De lo que no cabe duda es de que este precepto actuó como revulsivo para replantear el alcance del control, hasta el punto de que algún autor pudo afirmar que «la plenitud del control jurisdiccional de la actividad administrativa constitucionalmente exigido no deja otra alternativa al legislador que modificar el actual bagaje procesal, inadecuado para el control de algunas conductas administrativas» (3).

(1) Sobre los precedentes legislativos mencionados, véanse los trabajos clásicos de A. NIETO, «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», en *RAP* 37 (1962, pp. 75 y ss.) y su revisión posterior en «La inactividad de la Administración: veinticinco años después», en *DA* núm. 208, 1986, pp. 11 y ss.

(2) Sobre las vicisitudes de la redacción y las enmiendas presentadas a lo largo de la tramitación parlamentaria, tanto de la Constitución como de la LOPJ, *vide* M. GÓMEZ PUENTE, en su monumental monografía sobre «La inactividad de la Administración», Madrid 1997, pp. 122 y ss. Ésta es otra obra de obligada consulta sobre el tema que nos ocupa. Una buena síntesis del estado de la cuestión tras las últimas reformas puede leerse en F. VELASCO CABALLERO/J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La inactividad de la Administración en las reformas de la legislación administrativa de 1998 y 1999. Especial referencia al silencio administrativo», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2 (2000), pp. 337 y ss.

(3) M. GÓMEZ PUENTE, *ob. cit.* en nota anterior, p. 122.

El propio Tribunal Constitucional afirmó rotundamente que «la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene por qué tener siempre un carácter revisor» y que el recurso contencioso ya no podía ser concebido como un proceso al acto, sino, en el marco del artículo 24 de la Constitución, «fundamentalmente, como una vía jurisdiccional para la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de la Administración y de los administrados» (STC 136/1995, de 25 de septiembre, resolución de recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva).

II. EL RECURSO CONTRA LA INACTIVIDAD EN LA NUEVA LJCA DE 1998

A) Ampliación del objeto del recurso contencioso

El último hito, por ahora, de la evolución que se ha descrito sucintamente, lo marca la nueva LJCA de 1998, en la que, junto a la tradicional impugnación de los actos presuntos, se prevé la posibilidad de interponer un recurso directo contra la inactividad de la Administración. Esta previsión resulta de la superación de la concepción del recurso contencioso como un proceso al acto, en aras de la implantación de un control judicial pleno sobre la Administración. El legislador destaca esta innovación como una de las más importantes que se propone introducir y la explica en los siguientes términos (E. de M., V, párrafo primero):

«Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración.»

Ahora bien, la justificación de esta nueva concepción se encuentra en el mandato del artículo 106.1 de la Constitución, que refiere el control judicial a toda la «actuación» administrativa, lo que no garantiza suficientemente la concepción «revisora» tradicional. Como la propia E. de M. explica en otro lugar (II, párrafo tercero):

«No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades de diverso tipo, las actuaciones materiales, las actividades u omisiones de actuaciones debidas, expresan también la voluntad de la Administración que ha de estar sometida, en todo caso, al imperio de la Ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones. Por eso la nueva Ley somete a control de la jurisdicción la actividad de la Administración Pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas.»

Esta ampliación de las posibilidades de control se traduce en la distinción entre varios tipos de recurso, en atención al objeto de las pretensiones: a) el tradicional

dirigido contra actos expresos o presuntos; *b*) la impugnación, directa o indirecta, de disposiciones, en la que también se introducen novedades importantes; *c*) el recurso contra la inactividad; *d*) el recurso contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Al nuevo recurso contra la inactividad, que es en el que vamos a centrarnos aquí, la E. de M. dedica un párrafo que merece la pena transcribir:

«Largamente reclamado por la doctrina jurídica, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el Derecho, incluida la discrecionalidad en el “cuando” de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas. El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativa, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad.»

Como puede apreciarse, el legislador es consciente de la ampliación del control que pretende introducir, más allá del que permite la institución del silencio. Pero también queda claro que esa ampliación no alcanza hasta la sustitución de la Administración en todos los casos de pasividad. El control de la inactividad supone, pues, un avance, pero limitado, por las razones que explica el párrafo reproducido. La cuestión clave sobre la que debe centrarse el análisis jurídico es justamente la determinación de esos límites con la mayor precisión posible. Ello supone aceptar, como hace la propia Ley, que hay materias a las que no llega el control o, para decirlo con mayor rigor, en las que el Juez debe recordar y ordenar a la Administración el cumplimiento de sus obligaciones, pero no puede adoptar por sí la decisión correspondiente, porque la actuación administrativa no está (suficientemente) prefigurada por el Derecho. Así planteada, la cuestión se reconduce al problema general del alcance del control judicial, especialmente en el ámbito de la discrecionalidad y de la denominada Administración «conformadora».

B) Valoración doctrinal de la reforma

Como ocurre casi siempre, la introducción del nuevo recurso contra la inactividad ha sido recibida con división de opiniones. Algunos la han saludado como un cambio de orientación en cuanto se abandona la concepción «objetiva» del proceso

contencioso (proceso al acto) en favor de una concepción «subjetiva», que pone el acento en la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos (4). Otras opiniones son muy críticas, considerando que la nueva Ley, pese al énfasis que su E. de M. pone en este punto, «nada importante ha añadido en este aspecto del control de la inactividad administrativa» (5). Otros autores valoran positivamente el nuevo recurso, pero subrayan las dificultades que pueda presentar su aplicación, apuntando una posible evolución expansiva en su interpretación, que desborde el propósito inicial del legislador (6). Por último, no faltan quienes, ateniéndose a lo establecido en el artículo 29 de la Ley y a las manifestaciones de su E. de M., se limitan a constatar que se han ampliado las posibilidades de control de la inactividad por una vía que se añade a las que ya estaban previstas y se mantienen en la nueva Ley (7). Ello, sin perjuicio de los problemas de interpretación que la nueva regulación suscita.

A primera vista, llama la atención la profunda disparidad de las opiniones reseñadas, porque, cuando una Ley da pie para interpretaciones tan encontradas, cabe pensar que el legislador no ha acertado a formular sus criterios con suficiente precisión. Cualquier regulación legal puede suscitar diversidad de opiniones y es normal que así ocurra, pero, cuando lo que está en discusión es el núcleo de la regulación, es bastante probable que el precepto controvertido no tenga la claridad deseable. ¿Es esa falta de claridad lo que cabe imputar al artículo 29 LJCA o las críticas derivan más bien de que no dice lo que hubiera «debido» decir a juicio de las opiniones discrepantes?

Aunque aquí no es posible un estudio pormenorizado de tan importante cuestión, haremos a continuación algunas consideraciones para esclarecer la situación existente tras la entrada en vigor de la nueva LJCA. Para ello distinguiremos los posibles supuestos de inactividad, renunciando de antemano a calificarlos con una terminología específica, ya que sobre ella no existe unanimidad en la doctrina.

(4) S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Comentario al artículo 32, en el volumen especial de la REDA núm. 100 «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Madrid, 1999, p. 333.

(5) A. NIETO, «La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998», en *Justicia Administrativa*, número extraordinario sobre la LJCA, 1999, p. 46. La tesis de este autor es que el nuevo recurso contra la inactividad «es una simple duplicación del anterior, una vía alternativa, sustancialmente idéntica (al recurso contra el acto presunto), con la que apenas sí se ganan unas semanas en la tramitación» (p. 54). También es muy crítico M. GÓMEZ PUENTE, para quien la nueva Ley, aunque supone un avance, «no ha variado mucho el alcance o intensidad del control judicial de la inactividad administrativa», en «La impugnación jurisdiccional de la inactividad administrativa», en REDA 107, julio-septiembre 2000, p. 325. GARRIDO FALLA coincide con NIETO en que no hay novedades importantes en la nueva Ley, pero discrepa de la tesis de que la inactividad material ya era controlable convirtiéndola en formal. Para GARRIDO la inactividad material o es controlable provocando un acto presunto (inactividad formal) o no lo es por suponer ejercicio de facultades discrecionales y, en tal caso, la cuestión se reconduce a la posible responsabilidad de la Administración (REDA núm. 100, antes citado, Comentario a los arts. 25 y 26, pp. 265-267).

(6) T. DE LA QUADRA-SALCEDO, en su comentario al artículo 29, incluido en el número 100 de la REDA, citado en las notas anteriores, p. 294.

(7) En este grupo pueden incluirse a J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3.^a ed., Madrid, 2001, p. 247, y M. SANCHÉZ MORÓN, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valladolid, 1999, pp. 175 y ss.

III. LOS SUPUESTOS DE INACTIVIDAD Y SU REGULACIÓN EN LA NUEVA LJCA

A) El presupuesto de la inactividad controlable judicialmente es siempre un incumplimiento de la Administración

Para evitar el riesgo de que el control de la inactividad se convierta en un cajón de sastre en el que buscar remedio ante cualquier comportamiento omisivo o puramente pasivo de la Administración, parece necesario subrayar que el control no es admisible ante cualquier tipo de inactividad, sino solamente cuando ésta supone un incumplimiento de sus deberes legales por parte de la Administración. Si no existe tal deber, no habrá incumplimiento ni, por tanto, posibilidad de control. Cuestión distinta es que, existiendo ese deber, su regulación legal sea lo bastante genérica o indeterminada como para no poder deducir de ella la exigibilidad de un comportamiento «concreto» para la Administración. En estos casos, hay control, pero la Ley ha querido deliberadamente limitar su alcance, para evitar que el órgano judicial sustituya a la Administración en funciones que son propias de ésta. Aquí es donde se plantean, a mi juicio, los problemas de interpretación del artículo 29. Pero este artículo presupone la existencia de un deber legal de actuar por parte de la Administración, como se verá con detalle más adelante.

Dejando de lado, por ahora, el ejercicio de la potestad normativa, en el ámbito de la aplicación de la Ley, el presupuesto de la inactividad controlable es la obligación de resolver que recae sobre la Administración (art. 42 LRJPAC) y también la obligación de ejecutar sus resoluciones no sólo cuando son desfavorables o de gravamen (que es el supuesto al que parece referirse el art. 93 de la misma Ley), sino también cuando son favorables. El artículo 29.1 LJCA parte de esa situación cuando refiere el recurso a los casos en que la Administración «está obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas», presuponiendo la validez del acto jurídico del que deriva la obligación, que puede ser una norma no necesitada de actos de aplicación, o bien una resolución o un contrato. Lo mismo ocurre en los supuestos del artículo 29.2, porque la posibilidad de recurrir contra la inejecución de actos firmes (como tales, no susceptibles de recurso) presupone la obligación de ejecutarlos que tiene la Administración que los ha dictado.

Por consiguiente, el primer paso para identificar los supuestos de inactividad en que ésta supone el incumplimiento de un deber legal es acotar los casos en que la Administración está obligada a resolver y aquellos otros en que está obligada a ejecutar los actos que ha dictado.

A estos dos supuestos de inactividad se puede añadir, aunque ya en otro plano (el de la ejecución de sentencias), un tercero, que es precisamente el de la inejecución de sentencias que condenan u obligan a la Administración a un determinado comportamiento (lo que Nieto ha denominado inactividad «resistencial»). Estos supuestos están regulados en el artículo 108 LJCA, en cuyo estudio no vamos a entrar aquí, porque, pese a su evidente conexión con el tema del control de la inactividad, no se plantea en ellos un problema de identificación de la exigibilidad de un determinado comportamiento por parte de la Administración. Su obligación de ejecutar las sentencias es inequívoca. Cuestión distinta es que las posibilidades de

actuación del órgano judicial en caso de incumplimiento estén limitadas, en los términos del citado artículo 108 LJCA (8).

Fuera de estos supuestos, que son los que parecen tener cobertura expresa en la LJCA, queda, en principio, un amplio elenco de inactividades, que pueden ser controlables en vía judicial, pero que no tienen, en apariencia, remedio en la Ley y respecto de las cuales puede ser problemático precisar si implican o no el deber de la Administración de actuar en un sentido específico. Se trata, en concreto, de los supuestos en que no concurren los requisitos del artículo 29.1 LJCA y de la denominada inactividad «reglamentaria».

En consecuencia, los supuestos de inactividad que es necesario examinar para comprobar si pueden ser o no objeto de recurso con arreglo a la nueva LJCA, y para precisar en qué medida ésta ha modificado la situación anterior, son los siguientes:

a) Falta de resolución en procedimientos, cualquiera que haya sido la forma de iniciación (de oficio o a instancia de interesado). En estos casos, la inactividad se combate mediante la institución del silencio administrativo, en cuya virtud se presume la existencia de un acto contra el que los interesados pueden recurrir.

b) Incumplimiento de deberes legales para hacer efectivo el contenido de derechos o facultades reconocidos en virtud de normas, resoluciones o contratos. En estos casos, hay un acto jurídico que legitima la pretensión del interesado, pero la Administración no lo ejecuta. Éste es el supuesto regulado en el artículo 29.1 LJCA

c) Inejecución de actos firmes. Se diferencia del anterior en que el contenido del acto puede no ser favorable, sin que ello se oponga a la obligación de ejecutarlo (por ejemplo, inejecución de la orden de demolición de una construcción ilegal). Éste es el supuesto del artículo 29.2 LJCA.

d) Inactividad en supuestos distintos de los previstos en el artículo 29. Se tratará normalmente de inacciones en el ejercicio de facultades discrecionales y en el ámbito de la Administración «conformadora», pudiéndose incluir aquí la inactividad en el ejercicio de la potestad normativa

Examinaremos a continuación cada uno de estos supuestos.

B) Obligación de resolver y actos presuntos: el silencio administrativo (9)

La obligación de resolver los procedimientos que se inicien puede considerarse una exigencia de los principios constitucionales de seguridad jurídica, por un lado, y eficacia, por otro. También parece implícita en el mandato dirigido al legislador de regular «el procedimiento a través del cual han de producirse los actos administrativos» [art. 105.c) de la Constitución]. Aunque llama la atención que el derecho a obtener una resolución no figure en el catálogo de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas (art. 35 LRJPAC),

(8) Sobre esa limitación, *vide* la crítica de A. NIETO, *La inactividad de la Administración*, cit., p. 57.

(9) Este apartado es una síntesis de lo que se explica con más detalle en A. GALLEGO ANABITARTE/ A. MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo 2. Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, 2001, pp. 167 y ss.

se establece inequívocamente como obligación de éstas, en los términos que veremos a continuación. En esta materia la reforma de la citada Ley, mediante la Ley 4/1999, ha introducido importantes novedades, como son: a) la generalización de la obligación de resolver en todos los procedimientos, y b) la obligación de notificar dentro del plazo máximo establecido para resolver.

Según el artículo 42.1, en su nueva redacción, «la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación». Esta formulación de la obligación de resolver es mucho más amplia que la contenida en la Ley 30/1992, por un doble motivo:

– Se refiere a todos los procedimientos, mientras que la redacción anterior limitaba la obligación de resolver a los procedimientos iniciados a solicitud de interesados, así como a los iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afectase a los ciudadanos o a cualquier interesado. A efectos prácticos, la situación no es muy diferente, ya que esta fórmula es casi tan comprensiva como la actual, porque parece consustancial a cualquier procedimiento la existencia de interesados, pero se eliminan los problemas de interpretación que podía plantear la redacción anterior. Hay que dictar resolución en todos los procedimientos.

– La obligación de resolver se aplica también a los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento, desistimiento de la solicitud o desaparición sobrevenida del objeto. Estos supuestos, que antes se exceptuaban expresamente de la obligación de resolver, deben serlo ahora, si bien con el matiz de que «la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables» (art. 42.1, párrafo 2.º).

Las únicas excepciones a la obligación de resolver que se mantienen en la nueva Ley (art. 42.1, párrafo tercero), y que ya figuraban en la Ley 30/1992, son las siguientes:

– Los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, en los que el convenio es una forma de terminación alternativa a la resolución (art. 88 de la Ley).

– Los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración (por ejemplo, realización de obras menores en un inmueble, en que basta comunicar a la Administración las características básicas de la obra y su importe aproximado).

Si no se dicta la resolución (con el alcance que proceda en cada caso) cuando es obligatoria, conforme a las reglas legales reseñadas, se habrá producido una inactividad, fiscalizable, en principio, por la vía de la impugnación del acto presunto, en virtud del silencio administrativo. Tal es el sentido originario de esta institución, como ya hemos puesto de relieve. Ahora bien, la regulación vigente obliga a introducir algunos matices en esta conclusión. Hay que distinguir:

a) *Procedimientos iniciados a solicitud de interesado*

El vencimiento del plazo para resolver (y notificar) permite entender estimada o desestimada, según proceda, la solicitud (art. 43.1 LRJPAC). La regla general es

ahora el silencio positivo (art. 43.2), aunque en la práctica hay tantas excepciones que hacen dudar una vez más de si la regla no es más bien la excepción (10). En estos casos, lógicamente, los interesados podrán interponer recurso contencioso contra el acto presunto, sea estimatorio o desestimatorio.

b) *Procedimientos iniciados de oficio*

En esta hipótesis hay que distinguir en función de los efectos sobre los interesados:

– Si el procedimiento es susceptible de producir actos favorables, el transcurso del plazo para resolver permite entender desestimada la pretensión, aplicándose por tanto el silencio negativo (art. 44.1 LRJPAC).

– Si el procedimiento es susceptible de producir actos desfavorables o de gravamen, se produce la caducidad, pero no se presume, sino que deberá declararse mediante la correspondiente resolución (art. 44.2). Pero si ésta no se dicta, parece evidente que esta nueva inactividad no podrá ir en perjuicio del particular, que, ante cualquier intento de la Administración de hacer valer las actuaciones practicadas, podrá invocar su caducidad, aunque no haya sido declarada formalmente.

Aquí no entraremos en el estudio detallado del régimen del silencio y sus efectos positivos o negativos. Nos limitaremos a recordar que en todos los casos en que la Administración no resuelva las solicitudes presentadas (cuando esté obligada a ello, en los términos antes expuestos) y también en los procedimientos iniciados de oficio susceptibles de producir actos favorables, los interesados podrán acogerse a la ficción del acto presunto, bien para entender estimada su solicitud (silencio positivo), bien para interponer el correspondiente recurso (contra la estimación o desestimación presunta). De este modo (impugnando el acto presunto) pueden acudir a la vía judicial, en la que se decidirá lo procedente sobre la legalidad de la actuación recurrida. Ahora bien, se trata de una facultad de los interesados, que pueden ejercerla o esperar la resolución, aunque sea extemporánea, de la Administración, que tiene –no lo olvidemos– obligación de dictarla.

En otras palabras, la inactividad no puede perjudicar a los interesados, en cuanto presupone el incumplimiento por la Administración de su obligación de resolver. Esto tiene una consecuencia práctica muy importante: cuando el silencio es negativo, la Administración no puede invocar la firmeza del acto presunto, por no haber sido recurrido por el particular, sino que éste puede recurrir en cualquier tiempo sin plazo preclusivo para ello (11). La importante STS de 7 de noviembre de 1999 (Ar. 849), que se remite a otras muchas, es categórica al respecto. Según ella, «siendo el administrado el que ha de considerar producida la desestimación, no puede aceptarse como fecha la pretendida por la Administración, sino aquella en que dicho administrado lo manifieste así, o interponga el recurso» (FD 3). La sentencia pone el acento, con toda corrección, en la obligación de resolver que

(10) *Vid.*, por ejemplo, la disposición adicional 29.^a de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la que se contiene una larga lista de supuestos en que el silencio es negativo.

(11) *Cfr.*, en este sentido, M. GÓMEZ PUENTE, «La impugnación jurisdiccional...», *cit.*, pp. 343-346.

tiene la Administración, e invoca en esta línea argumental la STC 6/1986, de 21 de enero, según la cual no puede «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».

Frente a una visión simplista y acomodaticia, imperante muchas veces en el seno de las organizaciones administrativas, que quiere considerar al silencio una alternativa «normal» a la resolución expresa, las sentencias citadas lo sitúan en su justo significado de garantía del ciudadano, del que no puede beneficiarse la Administración con su pasividad. La obligación de ésta es resolver, no dar la llamada por respuesta, esperando que el interesado recurra, si quiere, contra el acto presunto. El silencio es patológico y, como tal, debería desaparecer de la práctica administrativa y, después, de la legislación (12).

En la situación actual el silencio (y, en concreto, el negativo) permite reaccionar frente al incumplimiento de la obligación de resolver, residenciando el control en sede judicial. En esta materia, la LJCA de 1998 no ha introducido novedad alguna. La novedad reside en la nueva regulación del silencio establecida en la LRJPAC, tras la reforma de 1999.

Aunque los efectos prácticos sean parecidos, hay que distinguir los supuestos de silencio que se acaban de comentar de aquellos otros en que se dicta una resolución expresa desestimatoria de una solicitud de actuación en un determinado sentido (por ejemplo, adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística). En estos casos también hay inactividad «material», porque la Administración se niega a actuar en el sentido que se le solicita o, incluso, en el que debería actuar de oficio, pero no «formal» porque, cumpliendo con su obligación de resolver, el órgano competente ha dictado un acto de contenido desestimatorio. Cuestión distinta es que ese acto no sea ajustado a Derecho. Lógicamente, los interesados podrán interponer recurso contra el acto en cuestión, de acuerdo con las reglas generales sobre impugnación de resoluciones, y obtener, en su caso, un pronunciamiento judicial favorable a su pretensión.

La STS de 19 de abril de 2000 (Ar. 4946) ofrece un buen ejemplo al respecto, combinándose, además, una resolución expresa desestimatoria en vía de petición y una desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra ella. El Tribunal de instancia estimó, en lo sustancial, el recurso, ordenando que por la Administración demandada «se inicien, tramiten y resuelvan cuantos expedientes sean precisos para poder pronunciarse sobre la nulidad de las licencias concedidas, sobre la restauración del orden jurídico infringido y sobre los correspondientes expedientes sancionadores y de determinación de responsabilidades (...)». El Tribunal Supremo confirma en sus propios términos esta decisión. He aquí cómo una resolución expresa en cuya virtud la Administración decide no actuar puede dar lugar a un control de esa inactividad, por la vía del recurso contencioso-administrativo ordinario. Pero en este caso la Administración había cumplido con su obligación de resolver (al menos, en vía de instancia), aunque el contenido de su resolución no fuera ajustado a Derecho. También llama la atención la prudencia del

(12) Ésta es la opinión, que comparto, de F. VELASCO CABALLERO/J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *ob. cit.*, pp. 366-368.

fallo judicial, que no se plantea la sustitución de la Administración en la depuración de las supuestas ilegalidades cometidas, sino que se limita a ordenarle que inicie los procedimientos correspondientes.

C) El incumplimiento de la obligación de ejecutar

El artículo 29 LJCA regula dos supuestos reconducibles al citado incumplimiento: *a)* inejecución de prestaciones concretas en favor de personas determinadas; *b)* inejecución de actos firmes. Aquí es donde parece estar la ampliación del control de la inactividad que la nueva LJCA se ha propuesto introducir. El primer supuesto parte de la premisa de que el derecho a la prestación (y la correspondiente obligación administrativa de hacerla efectiva) está reconocido o atribuido en una norma (no necesitada de actos de aplicación), una resolución o un contrato (13). Por tanto, no es necesario dictar un nuevo acto, ni siquiera de ejecución, sino, simplemente, hacer efectiva la prestación. Sin embargo, después veremos que el término «prestación» es susceptible de varias interpretaciones, entre las que algunos entienden que cabe incluir la obligación de dictar un acto.

En el segundo supuesto (inejecución de actos firmes) tampoco es necesario, en principio, dictar acto alguno, pues, por hipótesis, ya se habrá dictado y, además, habrá ganado firmeza. Ahora bien, cabe la posibilidad de que la ejecución de ese acto firme pueda ser inmediata o bien que requiera la emanación de un acto ejecutivo (por ejemplo, providencia de apremio). En este último caso, la inejecución puede derivar de que no se ha dictado ese acto ejecutivo o de que, habiéndose dictado, no se lleva a la práctica (ejemplo, se decide la ejecución subsidiaria, pero no se lleva a cabo). El artículo 29.2 no distingue, por lo que parece que en ambos supuestos es admisible el recurso contra la inactividad, ya que en ambos el acto firme ha quedado sin ejecutar.

1. INACTIVIDAD PRESTACIONAL

El supuesto del artículo 29.1 LJCA se define por la concurrencia de tres requisitos: *a)* que el derecho a la prestación y la correspondiente obligación de la Administración resulte de una disposición general que no precise de actos de aplicación, o bien de un acto, contrato o convenio administrativo; *b)* que la prestación sea concreta; *c)* que se establezca en favor de una o varias personas determinadas.

(13) El artículo 29.1 añade la referencia al «convenio» administrativo, como fuente de la obligación prestacional impuesta a la Administración. Aunque la terminología es expresiva de la existencia de convenios entre Administraciones Públicas o entre ellas y personas jurídico-privadas [cfr. art. 3.1.c) y d) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas], el convenio no es una categoría jurídica autónoma que se deba añadir a la norma, la resolución y el contrato. En cuanto fuente de obligaciones, normalmente tendrá carácter contractual, aunque en ocasiones podrá ser normativo y en otras será una resolución administrativa. Sobre estas tres categorías «primarias» de actos jurídico-públicos (norma, resolución y contrato), *vide* A. GALLEGO ANABITARTE/A. DE MARCOS FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo I. Materiales*, 8.ª reimpresión corregida, Madrid, 1996, pp. 311 y ss., y ahora también en A. GALLEGO ANABITARTE/A. MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo 2. Acto y procedimiento administrativo*, cit., pp. 27 y ss.

No entraremos aquí en el estudio pormenorizado de estos requisitos, que han sido ya objeto de comentarios esclarecedores (14). Nos limitaremos a subrayar la necesaria concurrencia de todos ellos y los problemas específicos que suscita el segundo, es decir, el carácter «concreto» de la prestación y la naturaleza de ésta. En este problema interpretativo reside, seguramente, la clave de la delimitación del ámbito del recurso contra la inactividad que se regula en este apartado. Sobre él se han mantenido dos posturas, una estricta y otra mucho más amplia. La primera entiende que la prestación concreta ha de ser una prestación material (15), consistente en una obligación de dar o hacer, mientras que la segunda añade a las prestaciones materiales cualquier obligación de actuar impuesta a la Administración, incluida la emisión de actos jurídicos (16). Lógicamente, esta segunda interpretación conduce a la configuración del recurso contra la inactividad previsto en el artículo 29.1 como una vía alternativa al silencio administrativo tradicional, al menos en cuanto a los supuestos en que la pretensión tuviera por finalidad provocar un acto presunto y, posteriormente, impugnarlo en vía contenciosa. Pero, para ese viaje, no se necesitaban las nuevas alforjas del artículo 29.1, ya que a ese resultado podía (y puede) llegarse por el juego del silencio administrativo.

A mi juicio, la inactividad prestacional regulada en el artículo 29.1 LJCA como objeto del recurso se refiere a los supuestos de ineffectividad de prestaciones materiales y no de omisión de actos jurídicos. El sentido del precepto parece claro y también lo es la explicación que se da en la E. de M. Se trata de abrir una vía de impugnación en aquellos supuestos en que ya existe el acto jurídico del que deriva la obligación prestacional y el correspondiente derecho a ella, sin que, por tanto, sea necesario «provocar» ese acto por el mecanismo del silencio. Es cierto que hasta ahora se habrá podido utilizar este mecanismo para provocar una negativa «presunta» y acudir a la vía judicial, pero también lo es que éste era un remedio forzado por la inexistencia de otros cauces. Ahora, al establecerse la posibilidad de recurrir contra la inactividad prestacional, al amparo del artículo 29.1, que presupone la existencia del título jurídico del que deriva la obligación, parece que el mecanismo del silencio debe reservarse para los casos en que no existe tal título y, en general, para todos aquellos en que se intenta obtener un pronunciamiento de la Administración, sea o no de contenido prestacional. Esta tesis, que atribuye sus-

(14) Cfr. especialmente M. SÁNCHEZ MORÓN, *ob. cit.*, pp. 185 y ss.

(15) Ésta es la tesis, a mi juicio, correcta, de M. GÓMEZ PUENTE, «La impugnación jurisdiccional...», *cit.*, p. 336. El autor puntualiza que el precepto se refiere sólo al control de la inactividad material, «porque el legislador piensa, equivocadamente, que el control judicial de la inactividad formal queda garantizado a través de la técnica del silencio administrativo», cuando hay supuestos que se escapan a ese control (cita como ejemplo el ejercicio de la acción popular en materia urbanística, que daría lugar a la caducidad del expediente pero no al silencio). La misma tesis del carácter material de la prestación sostiene S. GONZÁLEZ VARAS, *ob. cit.*, pp. 334-335, si bien parece limitarla a la prestación de servicios. Este autor, en contraste con el anterior, apunta, de forma un tanto críptica, que la pretensión prestacional podría en este ámbito «llegar a cubrir un cierto o modesto campo de aplicación de las acciones populares» (p. 337), pero no desarrolla esta afirmación. También mantiene una opinión favorable al carácter material de la prestación J. ESTEVE PARDO, quien puntualiza que la prestación puede consistir tanto en una obligación de hacer como de dar (en el comentario al art. 29 de los «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», dirigida por J. M. SANTOS VIJANDE, Madrid, 1999, p. 320).

(16) En ese sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN, *ob. cit.*, pp. 194 y ss.

tantividad propia al supuesto del artículo 29.1, parece más razonable que la de configurarlo como una vía alternativa (e intercambiable) a la del silencio.

En consecuencia, la prestación a que se refiere el artículo 29.1 es una actuación material de contenido positivo, entendiendo por tal una obligación de dar o hacer en favor de persona o personas determinadas (pagar una cantidad, proporcionar asistencia sanitaria, facilitar un espacio para realizar determinadas actividades a las que se tiene derecho reconocido, etc.). Se podrían entender incluidos los supuestos en que esa obligación consista en un «facere» para impedir actividades ilegales, cuya ilegalidad ya ha sido constatada mediante el correspondiente acto declarativo (ejemplo, medidas de protección de la legalidad adoptadas, pero no ejecutadas), si bien estos casos parecen estar comprendidos en el artículo 29.2. Sobre ello volveremos después.

Más problemático parece desentrañar el significado del carácter «concreto» de la prestación. En el lenguaje jurídico, lo concreto se contrapone a lo abstracto, siendo el ejemplo típico la contraposición entre el acto y el contrato administrativo (concreto), por un lado, y la norma o disposición (abstracta), por otro. Pero no parece ser ése el significado del término en el precepto que comentamos. El acto y el contrato como fuentes de la obligación prestacional tendrían un contenido concreto, pero esto dejaría fuera a las disposiciones generales, en las que también puede estar reconocido, en abstracto, el derecho a la prestación, sin necesidad de actos de aplicación que la concretaran. Estas prestaciones, reconocidas en abstracto por una norma, serían, sin embargo, «concretas» a los efectos del precepto que comentamos, con independencia del número, más o menos amplio, de sus beneficiarios, siempre que ese número estuviera claramente determinado.

En mi opinión, «concreta» quiere decir aquí «determinada», porque lo que exige el artículo 29.1 es que el acto jurídico que impone la obligación prestacional (sea una norma, una resolución o un contrato) la delimite con precisión suficiente para que sea exigible sin necesidad de otro acto, ni siquiera de ejecución. En otras palabras, el recurso contra la inactividad previsto en el artículo 29.1 se refiere a los casos en que el derecho a la prestación está ya reconocido y su contenido determinado. Por consiguiente, quedan fuera los casos en que el «quid» de la prestación o el «quantum» de la misma o el «quando» ha de hacerse efectiva están pendientes de determinación aunque se haya reconocido el derecho a ella y, por descontado, también quedan fuera aquellos otros en que ni siquiera está reconocido el derecho.

Con independencia de la valoración más o menos crítica que el precepto merezca, porque haya dejado sin cobertura otros posibles supuestos de inactividad, no parece correcto forzar su interpretación para hacerle decir lo que no dice. En rigor, este proceso a la inactividad no debería ser un proceso sobre la validez del título jurídico en que el particular apoya su pretensión, sino que debería ser un proceso ejecutivo, centrado en el enjuiciamiento de los motivos (si es que los hubiera) que ha podido tener la Administración para no cumplir con una obligación que le viene impuesta legalmente. Si ello es así, no parece coherente que la LJCA haya configurado este recurso contra la inactividad como un proceso declarativo, que termina con la correspondiente sentencia, exactamente igual que los recursos cuyo objeto es la impugnación de un acto o una disposición.

Es evidente que en la práctica la Administración tenderá a defenderse negando que haya incurrido en incumplimiento o rechazando la existencia del derecho a la

prestación, lo que obligará al órgano judicial a dilucidar previamente la validez del título jurídico en que el recurrente apoya su pretensión y las incidencias que hayan ocurrido posteriormente. Seguramente por ello el legislador ha incluido estos supuestos de inactividad como uno de los posibles objetos del recurso contencioso ordinario (art. 25.2). Pero esto puede ocurrir en todos los procesos ejecutivos, por lo que en nada obsta a la corrección de la afirmación que hemos hecho, en pro del carácter ejecutivo del proceso contra la inactividad, que serviría, además, para marcar una diferencia conceptual con el silencio, ya que en el recurso contra el acto presunto se debatirá su legalidad, como núcleo de la pretensión, sin perjuicio de las consecuencias que en el plano ejecutivo tenga la decisión que al respecto se adopte.

En otras palabras, la acción prevista en el artículo 29.1 debería ser una acción ejecutiva, no declarativa. Ello, con independencia de que el órgano judicial inadmitiera el recurso interpuesto al amparo del citado precepto, si tuviese dudas razonables sobre el fundamento del derecho a la prestación y la obligación administrativa de hacerla efectiva. Pero, como no ha sido ésta la opción seguida por el legislador, aunque existan tales dudas el recurso debe admitirse y tramitarse, ya que la Ley sólo autoriza la inadmisión «si fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes» (art. 51.3, párrafo segundo, subrayado no original). De este modo, se incurre, en mi opinión, en la contradicción de configurar el recurso contra la inactividad como un proceso sobre la validez del acto jurídico que fundamenta el derecho a la prestación y no directamente sobre el incumplimiento de ésta. Para decirlo, quizá, con mayor precisión, el reconocimiento del derecho a la prestación (y su consiguiente efectividad) requiere la previa declaración de la validez del título jurídico en que se apoya esa pretensión. Esta modalidad de control de la inactividad tiene, pues, como presupuesto el control de la legalidad del acto jurídico cuyo incumplimiento se imputa por el recurrente. Ésta es una diferencia importante con los supuestos de inactividad del artículo 29.2, como se verá más adelante.

Pero, si el control de la inactividad prestacional se convierte en un proceso al acto jurídico (norma, resolución o contrato) en que apoya el derecho a la prestación, el resultado podría ser paradójico. Si el órgano judicial llegase a declarar inválido el citado acto, el derecho a la prestación quedaría desprovisto de cobertura. Por esta vía se podría, incluso, anular actos o disposiciones contra las que ya sería admisible el recurso contencioso ordinario, por haber transcurrido los plazos. Este resultado sería tan contrario al propósito perseguido por el artículo 29.1 que no puede, en mi opinión, defenderse seriamente. Para evitarlo, hay que sostener que el alcance del control judicial en este recurso contra la inactividad debe limitarse a constatar si existe o no obligación prestacional exigible, pero sin llegar a un pronunciamiento sobre la validez del acto jurídico que le sirve de soporte. Así lo exige, además, el principio de congruencia, ya que no se habrá pedido un pronunciamiento sobre la validez de dicho acto, sino la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria [art. 71.1.c) LJCA].

Volviendo a la delimitación del ámbito del artículo 29.1, el problema, como ocurre tantas veces en Derecho, es de límites. Habrá supuestos en que el contenido de la prestación estará, indiscutiblemente, determinado (pago de una subvención otorgada, pago del precio de un contrato, derecho a ocupar una porción de dominio

público en virtud de una concesión otorgada), otros en que se podrá discutir sobre la necesidad o no de un mayor grado de determinación y otros, en fin, en que indeterminación resultará inequívocamente de la propia regulación de la actividad prescricional. Incluso en el primer grupo de supuestos, la Administración, aun reconociendo el derecho a la prestación, podrá escudarse en el incumplimiento por el particular de algún requisito exigible para su efectividad (falta de acreditación, impago de una tasa exigible, etc.). De ahí que parezca condenado al fracaso cualquier intento de trazar con absoluta precisión un cuadro de los diferentes casos que pueden darse en la realidad. Lo importante es destacar el propósito de abrir un nuevo cauce para reaccionar frente a la inejecución de prestaciones, cuyo contenido está determinado y a las que, en apariencia, se tiene derecho, porque hay un título jurídico que las ampara (norma de aplicación directa, resolución o contrato) y los actos administrativos (como las disposiciones y los contratos) se presumen válidos, mientras no se demuestre lo contrario. Antes se podría reaccionar en estos casos de inactividad provocando un acto por el mecanismo del silencio, pero me parece que ésa era una aplicación desnaturalizada de esta figura, justificable por la inexistencia de otro cauce.

El legislador es consciente de que esta nueva vía no cubre todos los supuestos de inactividad. Lo justifica en la E. de M., como hemos visto, para evitar que los órganos judiciales sustituyan a los administrativos «en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el “cuando” de una decisión o de una actuación material». Es, pues, evidente, que hay supuestos de inactividad no fiscalizables al amparo del artículo 29.1 (ni tampoco del 29.2). No lo son porque falta el derecho a una prestación determinada o el contenido de ésta no está acotado con suficiente precisión. Aquí el control de la inactividad consistiría precisamente en obligar a la Administración a que defina el derecho en términos que lo hagan exigible. Pero este control no puede hacerse por la vía que comentamos.

Otra cuestión importante a la relativa a la legitimación para recurrir al amparo del artículo 29.1. A éste, como a los demás supuestos de recurso contencioso previstos en el artículo 25.1, son aplicables, en principio, las reglas generales sobre legitimación establecidas en el artículo 19. Sin embargo, la previsión de que reclamen frente a la inactividad «quienes tuvieren derecho» a la prestación parece restringir la posibilidad de impugnar a quienes sean titulares de ese derecho (17). Ahora bien, si se admite que el concepto de prestación material incluye las actuaciones materiales para reaccionar frente a situaciones ilegales (ejemplo, ejecución de la orden de demolición de un edificio ilegal), esta vía podrá igualmente ser utilizada por quienes, sin ser titulares de un derecho subjetivo, tengan un interés legítimo en la realización de la actuación material incumplida por la Administración.

2. INEJECUCIÓN DE ACTOS FIRMES

En contraste con el supuesto del artículo 29.1, que la E. de M. explica con bastante detalle, la disposición contenida en el artículo 29.2, reguladora del recurso

(17) Cfr. M. GÓMEZ PUENTE, «La impugnación jurisdiccional...», cit., p. 337.

contra la inexecución de actos firmes, no ha merecido ningún comentario al legislador. Sin embargo, plantea también algunos problemas.

Ante todo, el de la configuración de este proceso como un proceso declarativo, cuando, en rigor, debiera ser ejecutivo. Sobre esta cuestión debemos dar reproducidas las consideraciones antes expuestas en relación al artículo 29.1, si bien ahora con mayor énfasis, ya que en el ámbito del artículo 29.2 el acto inejecutado ha ganado firmeza (18). Sin perjuicio de que pueda ser declarado nulo por la propia Administración en ejercicio de sus facultades de revisión de oficio o en vía de recurso, parece evidente que el objeto del recurso contra la inactividad regulado en el apartado que comentamos no es ni puede ser el acto firme, sino únicamente su inejecución. En consecuencia, dándose por supuesta la validez del acto, lo que se pide al órgano judicial es que adopte las medidas necesarias para la efectividad de la decisión adoptada en aquél. Quizá por ello la Ley ha previsto que estos recursos se tramiten por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78. Ello se debe traducir en una mayor celeridad en la respuesta a la pretensión de control de la inactividad, pero no significa que se trate de un proceso ejecutivo, como, en rigor, debiera serlo.

A diferencia del supuesto del artículo 29.1, tampoco se plantean aquí problemas de legitimación, ya que el recurso podrá interponerse por los «afectados» por el acto inejecutado, lo que hay que entender equivalente a los legitimados conforme a las reglas del artículo 19. Esto es coherente con el tipo de actos cuya ejecución se puede solicitar por esta vía, que no son sólo los de contenido prestacional material, sino cualesquiera necesitados de ejecución, sean o no favorables (o favorables para unos y desfavorables para otros). El supuesto típico serían las medidas de reacción para la protección de la legalidad, adoptadas pero no ejecutadas (orden de demolición, prohibición de actividad ilegal, etc.). Para la admisibilidad de este mecanismo de control de la inactividad basta comprobar la concurrencia de dos requisitos: *a*) que el acto sea firme; *b*) que su efectividad requiera la realización de una actuación ejecutiva.

El acto firme puede ser expreso o presunto (típicamente, por silencio positivo, ya que si es negativo siempre está abierta, en principio, la posibilidad de recurrir, como antes hemos puesto de relieve). Si es expreso, la firmeza se podrá constatar fácilmente, mientras que si es presunto se podrá plantear el problema de la adquisición por silencio de facultades ilegales, lo que obligará a un pronunciamiento de fondo sobre la legalidad del acto, si bien, como ya hemos dicho, ese pronunciamiento no es propio de este cauce procesal.

Este requisito de la firmeza puede suscitar una crítica, ya que parece estar en contradicción con los principios generales de ejecutividad (eficacia inmediata) y ejecutoriedad (ejecutabilidad) de los actos administrativos. No se entiende muy bien por qué hay que esperar a que sean firmes para proceder a su ejecución. Otra cuestión es que se suspenda ésta o la eficacia misma del acto, en los casos previstos en la LRJPAC o en virtud de las medidas cautelares que pueden adoptar los propios órganos judiciales. La redacción del artículo 29.2 es, sin embargo, tajante y a ella hay que atenerse, pero no debe pasarse por alto la aparente contradicción que puede producirse entre ese precepto y el contenido en el artículo 29.1. Confor-

(18) Así lo señalan M. SÁNCHEZ MORÓN, *ob. cit.*, p. 203; T. DE LA QUADRA SALCEDO, *ob. cit.*, p. 310, y J. ESTEVE PARDO, *ob. cit.*, p. 323.

me a este último se puede pedir la ejecución de una prestación material, aunque el acto jurídico que le sirva de fundamento aún no haya ganado firmeza, mientras que en el supuesto del artículo 29.2 la firmeza es un requisito ineludible. Una posible explicación sería que en la inactividad prestacional del artículo 29.1 está siempre en juego un acto favorable que hace efectivo un derecho reconocido, mientras que en el artículo 29.2 puede tratarse de actos desfavorables, por lo que el control de la inejecución aconseja esperar a su firmeza. La explicación será más o menos plausible, pero no elimina la contradicción con los principios de ejecutividad y ejecutoriedad antes señalada.

¿Qué actos necesitan una actividad de ejecución para su efectividad? Desde luego, no todos, ya que hay muchos que producen efectos «*ipso iure*» sin necesidad de una actuación ejecutiva por parte de la Administración (por ejemplo, licencias de obras), pero sí todos aquellos cuya efectividad requiera una actuación positiva de la Administración. Entre ellos, los previstos en el artículo 93 LRJPAC, es decir, los que requieran una actuación material que limite derechos de los particulares y que sean ejecutables por cualquiera de los medios previstos en dicha Ley (19). En un intento de síntesis, que no pretende ser exhaustiva, cabe destacar los siguientes:

- Prestaciones materiales (pago de cantidad, prestación de servicios), como las del artículo 29.1, en cuyo caso se produce un solapamiento evidente entre ambos supuestos.
- Órdenes de ejecución (por ejemplo, de obras de conservación en un inmueble por razones de seguridad).
- Efectividad de prohibiciones impuestas (publicidad en determinados lugares) o de sanciones (clausura de un establecimiento).
- Cesación de los efectos de actos administrativos anulados, revocados (incluyendo en este último supuesto la declaración de caducidad) o caducados (por vencimiento del término de otorgamiento).

Este cuadro pone de relieve que los supuestos de inejecución de actos firmes previstos en el artículo 29.2 pueden referirse tanto a actos favorables como desfavorables. En muchos casos el acto tendrá esa doble faceta (favorable para algunos interesados y desfavorable para otros). Entre los actos favorables pueden incluirse los que reconocen el derecho a una prestación material, en cuyo caso se produce un solapamiento evidente con el artículo 29.1. Se puede mantener esa interpretación, con el resultado de que esas prestaciones serían exigibles por una doble vía: *a)* si el acto que reconoce el derecho a ella no es firme, el recurso contra la inactividad se interpondría al amparo del artículo 29.1; *b)* si es firme, el recurso tendría cobertura en el artículo 29.2, más expeditivo, puesto que se aplica el procedimiento abreviado.

Otra posible interpretación sería reservar el artículo 29.2 para la inejecución de actos desfavorables, lo que justificaría que se exija la firmeza, mientras que en los favorables que reconozcan el derecho a una prestación material habría que ir por la vía del artículo 29.1. Sin embargo, cuando la prestación exigible no sea «mate-

(19) Sobre los problemas conceptuales relativos a la eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad, cfr. A. GALLEGO ANABITARTE/A. MENÉNDEZ REXACH y otros, *Acto y Procedimiento Administrativo*, cit., pp. 232 y ss.

rial», por consistir en la emisión de un acto (favorable), la inactividad habría de ser combatida también por la vía del artículo 29.2. Esto no parece muy coherente y, por ello, resulta preferible la primera interpretación.

Supuesta la firmeza del acto, será necesario también comprobar si su efectividad requiere una actividad de ejecución, y si ésta es exigible directamente de la Administración o si la intervención de ésta tiene carácter subsidiario, en defecto de cumplimiento voluntario por parte del destinatario del acto, que será el obligado en primer término a la ejecución.

D) Otros supuestos de inactividad

Ya hemos visto que el control de la inactividad tiene como presupuesto el incumplimiento por la Administración de una obligación que le viene impuesta legalmente. En los apartados anteriores nos hemos referido a los tres supuestos de inactividad que tienen una regulación expresa en la LJCA: *a)* incumplimiento de la obligación de resolver las solicitudes presentadas por los ciudadanos o los procedimientos iniciados de oficio susceptibles de producir actos favorables a aquéllos, en cuyo caso la inactividad se puede controlar a través del mecanismo del silencio; *b)* incumplimiento de la obligación de satisfacer una prestación material concreta en favor de personas determinadas, contra el que se puede reaccionar interponiendo recurso al amparo del artículo 29.1 LJCA; *c)* incumplimiento de la obligación de ejecutar los actos firmes que la propia Administración haya dictado, cualquiera que sea su contenido (favorable, desfavorable o mixto), en cuyo caso también es admisible el recurso contra la inactividad al amparo del artículo 29.2 LJCA.

Ahora bien, con independencia de los problemas de interpretación que plantea el citado artículo 29 LJCA, es evidente que hay otros supuestos de incumplimiento de obligaciones legales, que no tienen cobertura en aquél. En la práctica se puede intentar su control (y así ocurre con frecuencia) por aplicación del silencio, provocando un acto presunto, pero en muchas ocasiones ni siquiera por esa vía se puede lograr un control efectivo de la inactividad, por tratarse de una obligación que no está definida con precisión suficiente para que sea exigible y lo que se necesita es precisamente una actividad administrativa de conformación, en el marco de las previsiones legales genéricas o insuficientemente determinadas. La E. de M. de la LJCA se refiere a estos supuestos cuando afirma que el recurso contra la inactividad *«no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el “quando” de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estaría invadiendo las funciones propias de aquélla»*.

Es claro que bajo las afirmaciones transcritas pueden incluirse tanto supuestos en que no hay una obligación legal precisa impuesta a la Administración (porque la norma no la prefigura o, sencillamente, porque no existe norma), como aquéllos otros en que sí existe esa obligación, pero faltan por determinar algunos de sus elementos, lo que se hace depender de una decisión posterior (normativa o no) de la Administración. En estos casos parece que lo único que puede hacer el Juez es ordenar que se cumpla la previsión legal

incompleta o que se desarrolle con precisión suficiente para hacerla exigible, condenando a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, conforme a lo previsto en el artículo 71.1.c) de la LJCA. En caso de incumplimiento de la sentencia condenatoria, el órgano judicial podrá adoptar las medidas de ejecución previstas en el artículo 108 de la LJCA, sin perjuicio de las responsabilidades que sean exigibles.

Lógicamente, el alcance del control dependerá del contenido de las pretensiones planteadas, debiendo tenerse en cuenta a este respecto los posibles pronunciamientos de la sentencia estimatoria previstos en el artículo 71 de la LJCA. En general, cuando la inactividad implique el desconocimiento de una situación jurídica individualizada y se pretenda su reconocimiento o restablecimiento, el control podrá instrumentarse por la vía del silencio o de los recursos regulados en el artículo 29. Pero cuando lo que se pretenda sea la realización de una actuación jurídicamente obligatoria que tenga otro contenido, se podrá, desde luego, interponer recurso contencioso contra la denegación (expresa o presunta) de la solicitud formulada ante la Administración, pero, a lo más que se podrá llegar en el control judicial es a ordenar que se lleve a cabo la actuación omitida, sin posibilidad de sustituir a aquélla. Ello, naturalmente, sin perjuicio de las indemnizaciones que sean exigibles por los daños y perjuicios que en el ínterin se produzcan a los interesados a consecuencia de la inactividad, conforme al principio general de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

Veamos algunos ejemplos. Uno muy claro es el de la STS de 19 de abril de 2000 (Ar. 4946), antes citada. El recurrente había pretendido que la Administración adoptase las medidas pertinentes en orden al restablecimiento de la legalidad urbanística. Ante la desestimación de su solicitud por la Administración, primero expresa y luego presunta (al no resolver el recurso de reposición), interpone recurso contencioso, obteniendo sentencia favorable, en la que el Tribunal condena a la Administración a que inicie, tramite y resuelva «todos los expedientes que sean precisos» para decidir sobre la nulidad de las licencias concedidas, medidas de restauración del orden jurídico infringido y sancionadores. Aquí nos podríamos preguntar si el Tribunal no podría haber ido más lejos, ya que no es materia discrecional, pronunciándose sobre la legalidad de las licencias y la adopción de las medidas de protección de la legalidad, pero, habida cuenta del alcance de la pretensión (se había presentado una denuncia para que la Administración reaccionase) y del amplio repertorio de medidas solicitadas, la actuación judicial parece plenamente correcta.

Otro ejemplo de signo opuesto lo proporciona el ATS de 20 de septiembre de 2000 (Ar. 8238). En él se desestima el recurso de súplica interpuesto contra una providencia por la que se requería al actor que concretase el acto recurrido y aportase copia del mismo. El Auto, que se remite a otro de 28 de enero del mismo año (Ar. 2182), sostiene que no se está en presencia del supuesto del artículo 29.1 de la LJCA, «*en razón a que la Administración no viene compelida (...) a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas*», sino de un Tratado de Doble Nacionalidad (en el que el recurrente parecía fundar su pretensión), que «*concede determinados derechos que para su efectividad requieren de actos de aplicación*», por lo que (FD 3.º). Para el Tribunal es evidente que la Administración no está obligada a dictar esos actos. También niega la existencia de un acto presunto denegatorio, susceptible de impugnación (FD 4.º) y rechaza, finalmente, que la situación creada suponga una actuación por vía de hecho, con lo que cierra todos los posibles objetos del recurso.

En otros casos resulta aún más clara la necesidad de que la Administración se pronuncie previamente, no pudiendo el control judicial ir más allá de la condena a aquélla para actúe en un determinado sentido, pero sin predeterminar el contenido concreto de esa actuación. Esto se ve muy claro en el ámbito de la denominada inactividad normativa. Si los órganos judiciales no pueden determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos que sustituyan a los que hayan sido anulados (art. 71.2 de la LJCA), con mayor motivo no podrán dictar por sí una disposición omitida. A lo sumo, podrán condenar a la Administración a que la dicte. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los municipios que carecen todavía de planeamiento general, incumpliendo la obligación legal de dotarse de este instrumento de ordenación. Ese incumplimiento tiene ahora una gran trascendencia para los propietarios de suelo, ya que la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones, establece una presunción favorable a la clasificación del suelo como urbanizable y atribuye a los propietarios el derecho a promover su transformación. Ahora bien, en los municipios sin planeamiento no existe esa clase de suelo, por lo que si el Ayuntamiento mantiene indefinidamente esa situación (y la Comunidad Autónoma tampoco la remedia), el potencial derecho de los propietarios es ilusorio. Pese a ello, es evidente que, ante un recurso contra la inactividad de la Administración por falta de aprobación del plan, el control judicial no podrá tener otro alcance que el de obligar al Ayuntamiento a que apruebe el plan, señalando un plazo para ello [art. 71.1.c)], pero no podrá decidir por sí qué superficies tendrán la clasificación de suelo urbanizable.

Las consideraciones anteriores son aplicables, en general, en el ámbito de la denominada Administración «conformadora», en contraposición a la actuación administrativa de aplicación estricta de la Ley, en la que, como hemos visto, el control de la inactividad puede ser mucho más efectivo, precisamente porque la normativa aplicable habrá previsto con detalle suficiente el contenido de dicha actuación (la habrá «prefigurado», utilizando el término que emplea la E. de M. de la LJCA). El diferente grado de vinculación o discrecionalidad con que la norma haya regulado la actuación de la Administración tiene así su inevitable proyección en el ámbito del control de la inactividad. Cuanto más detallada sea la regulación legal (y, por consiguiente, más reglada sea la actuación administrativa), mayor será el alcance del control judicial en caso de inactividad, como también lo será si la Administración ha actuado, aunque lo haya hecho incorrectamente. Los parámetros del control vienen establecidos por la norma y habrá que comprobar cómo se ha aplicado (o debido aplicarse) ésta en cada caso. El control también podrá referirse al incumplimiento de la obligación de dictar una norma (cuando esa obligación venga impuesta por otra norma superior), pero no parece que pueda extenderse hasta imponer esa obligación cuando la misma no está previamente establecida.

IV. MEDIDAS CAUTELARES

Otra novedad destacable en la regulación del recurso contra la inactividad es el régimen de las medidas cautelares. En los recursos cuyo objeto sea la anulación de una disposición general o de un acto administrativo, la medida cautelar típica es la suspensión de los efectos del acto o disposición impugnados, pero ello no significa

que esa medida cautelar sea la única posible, ya que el artículo 129.1 de la LJCA permite la adopción de todas aquéllas que aseguren la efectividad de la sentencia.

Cuando el recurso tiene por objeto la inactividad de la Administración, es evidente que la suspensión carece de sentido, puesto que no hay nada que suspender, sino que, precisamente, lo que se impugna es el incumplimiento de una prestación material a la que el recurrente tiene derecho, pero que no ha sido satisfecha o garantizada por la Administración o bien la inexecución de un acto firme, en los términos ya comentados. En tales casos también es posible la adopción de medidas cautelares, que, por lo dicho, habrán de ser distintas de la suspensión, incluso, de signo contrario a ésta, ya que lo pretendido es que la Administración actúe y no que se suspendan los efectos de decisiones previamente adoptadas.

El artículo 136.1 de la Ley jurisdiccional confirma inequívocamente la admisibilidad de la adopción de medidas cautelares en los recursos contra la inactividad o vía de hecho (arts. 29 y 30 de la Ley). No solamente su admisibilidad sino también la procedencia de adoptarlas, «*salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará, en forma circunstanciada*». El precepto citado no sólo permite, sino que establece la obligatoriedad de la adopción de las medidas cautelares que se soliciten en tales supuestos, con las salvedades que el propio artículo introduce. Esta es una diferencia importante respecto del régimen general establecido para las citadas medidas en los artículos 129 y siguientes. La diferencia estriba en que en los recursos contra la inactividad (y lo mismo vale para aquéllos cuyo objeto es la actuación por la vía de hecho) hay una presunción favorable a la adopción de estas medidas («*la medida cautelar se adoptará...*»), que sólo se desvirtúa en los dos supuestos mencionados en el propio precepto: *a)* que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los artículos 29 y 30; *b)* que la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La nueva Ley permite, incluso, que la adopción de las medidas cautelares se solicite antes de la interposición del recurso, en cuyo caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponerlo posteriormente (art. 136.2). La Ley no aclara cuál es el momento a partir del que puede solicitarse la adopción de tales medidas. En los supuestos del artículo 29.1 es dudoso que pueda serlo antes de que la Administración se haya pronunciado sobre la reclamación previa que es obligatorio formular antes de la interposición del recurso (20). En los del artículo 29.2 parece razonable que puedan pedirse en cualquier momento desde que el acto inexecutado haya ganado firmeza.

Como es exigible en la adopción de cualquier medida cautelar, también en estos casos el órgano judicial habrá de ponderar los intereses en presencia («*el Juez ponderará, en forma circunstanciada*», dice el precepto comentado), de modo que su decisión no es automática. Pero con el importante matiz diferencial, respecto del régimen general de las medidas cautelares, de que esa ponderación ha de partir de la presunción legal favorable a la adopción de la medida. Esta es la opinión doctrinal prácticamente unánime, a falta todavía de doctrina

(20) Cfr. en ese sentido C. CHINCHILLA MARÍN, en *REDA* 100, cit., p. 893.

jurisprudencial recaída sobre la nueva regulación de esta materia introducida por la LJCA de 1998 (21).

Los actos administrativos se presumen válidos (sin perjuicio de que puedan ser atacados en vía de recurso), pero la pura inactividad de la Administración no puede beneficiarse de esa presunción de validez. Todo lo contrario. Ante una Administración que está obligada a resolver las solicitudes y no lo hace, que está obligada a garantizar los servicios a cuya prestación se tiene derecho y no hace nada por asegurar su efectividad, la apariencia de legalidad está del lado del particular. Esa es, seguramente, la razón de que la LJCA de 1998 haya previsto con carácter general, en su artículo 136.1, la procedencia obligatoria de las medidas cautelares que solicite el recurrente, que sólo podrán denegarse por los motivos expresamente previstos. El legislador ha querido reforzar la protección del particular perjudicado por la inactividad de la Administración. La posición jurídica de aquél es merecedora de protección. La de la Administración que incumple con su obligación, sencillamente, no lo es.

(21) Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *ob. cit.*, p. 199. También, C. CHINCHILLA, *ob. cit.*, p. 891. Esta autora critica, con razón, la redacción del artículo 136.1, porque, si no se dan las situaciones previstas en los artículos 29 y 30, «no es que no proceda adoptar las medidas cautelares solicitadas, es que no debería haberse admitido el recurso» (p. 892).

