

**EL REQUERIMIENTO PRELIMINAR ENTRE ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS DEL ART.44 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

D. José Ramón Chaves García

**Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo de la Sala del Tribunal
Superior de Justicia de Galicia**

Fecha finalización del trabajo: Marzo 2016

INDICE

- 1. INTRODUCCIÓN**
 - 2. FUNCIONALIDAD Y CONTEXTO**
 - 3. UN SOLO PRECEPTO PARA MUCHA ADMINISTRACIONES Y MÚLTIPLES SITUACIONES**
 - 4. ÁMBITO DE APLICACIÓN**
 - 5. NATURALEZA DEL ACTO DE REQUERIMIENTO**
 - 6. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES**
 - 7. CARÁCTER FACULTATIVO**
 - 8. FORMALIDADES**
 - 9. EFECTOS DERIVADOS DEL RECHAZO DE SU CARÁCTER DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS**
 - 10. LA PERVERSA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO**
 - 11. A MODO DE CONCLUSIONES**
 - 12. BIBLIOGRAFÍA**
-

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso- administrativa (LJCA) dedica su Título V a los “Procedimientos especiales”, cobijando el cauce para la tutela de derechos fundamentales, la cuestión de ilegalidad y el procedimiento en caso de suspensión administrativa de acuerdos.

Sin embargo, aunque disfrazado de “Diligencia preliminar” (rubrica de la Sección 1ª del Capítulo I, del Título IV) la propia Ley acoge materialmente en su artículo 44 lo que se alza en procedimiento especial de gran importancia en cuanto fija las condiciones de acceso a la jurisdicción de las administraciones públicas cuando una de ellas formular requerimiento a otra para que invalide una actuación que le perjudica.

Y es que si bien el proceso contencioso-administrativo está inspirado en alzar garantías judiciales de la contienda entre particular y administración, el mismo canaliza también los desencuentros jurídicos entre administraciones. En este ámbito, ya que todas están llamadas a perseguir el interés general conforme a su finalidad institucional, operan especialmente los principios de lealtad institucional y buena fe, aunque a veces “se rompe el amor” y la única manera de zanjar la situación es el litigio contencioso-administrativo con la secuela de la cosa juzgada.

2. FUNCIONALIDAD Y CONTEXTO

2.1 La funcionalidad práctica del que denominaremos “requerimiento preliminar” entre administraciones públicas es doble. Por un lado, evidencia la seriedad de la situación problemática que lleva a una Administración a formalizar el debate frente a otra. Por otro lado, advierte de la posibilidad no deseable y subsidiaria de confrontación en sede judicial.

Los litigios entre administraciones son especialmente encarnizados ya que enfrentan intereses públicos y posiciones de autoridades cuya objetividad ha de presumirse, unido a que cada parte actuará normalmente servida por letrados públicos especializados. Y en definitiva, como todo proceso, comporta energías, desencuentros y demoras, en un ámbito como es el del servicio público donde son deseables la economía de fondos y la celeridad¹.

2.2 Así y todo, tales conflictos se agravan en un contexto de crisis económica y dispersión política. La crisis económica, puesto que la austeridad comporta el recorte de compromisos plasmados en convenios interadministrativos, lo que afecta a programas y expectativas de las administraciones que son alimentadas con financiación de otras. Y se añade la dispersión política por la notoria dificultad para el acuerdo o la transacción si los gobiernos de las administraciones implicadas son de distinto color, lo que empujará al conflicto.

Basta pensar en la patología de las impugnaciones selectivas de los gobiernos estatal o autonómicos cuando se orientan sobre las medidas adoptadas por gobiernos locales de distinto color, y que se articulan con previos requerimientos. O el caso de requerimientos de anulación formulados por autoridades y que provocan el inicio de un proceso contencioso-administrativo, que tras un cambio electoral, determinan que se produzca el allanamiento o desistimiento para poner fin al mismo.

¹ “El particular puede o debe formular recursos administrativos frente a las decisiones de la administración, pero cuando una Administración defiende sus competencias y potestades frente a otra, la legislación procesal contempla un camino alternativo de efecto equivalente. Las Administraciones públicas se enfrentan entre ellas de igual a igual”. CHAVES GARCÍA, J.R. Y GALINDO GIL, M.D.: *Diccionario jurisprudencial del proceso contencioso-administrativo*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2015, p.396.

Ahora bien, junto a la perversión del juego político que se sirve de los requerimientos como arma arrojada, la inmensa mayoría de los casos de requerimientos preliminares responden a situaciones en que existe un escenario objetivo de incertidumbre jurídica y en que cada parte actúa en la creencia de que el derecho y la razón le ampara.

3. UN SOLO PRECEPTO PARA MUCHAS ADMINISTRACIONES Y MÚLTIPLES SITUACIONES

3.1 De ahí que la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa haya establecido un procedimiento especial con vocación de evitar el “estrépito de juicio”². Se trata de un precepto de simple apariencia pero de compleja lectura, y ello porque no debemos olvidar la enorme riqueza del derecho administrativo actual, caracterizado por pluralidad de administraciones públicas y cada una de ellas con vocación de servicio universal agotando su marco normativo. A ello se añade la complejidad y dinamismo objetivo del derecho administrativo aquejado de altas dosis de incertidumbre jurídica lo que propicia los pasos en falso o al menos arriesgados por administraciones que creen lealmente actuar dentro de la ley.

El art.44 de la LJCA dispone: “1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.(...) El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.

3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara.

4. Queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local.”

3.2 El legislador se detiene ahí y huye de abordar la regulación especial del proceso en sí cuando están enfrentadas dos administraciones y ello pese a que existen situaciones conflictivas derivadas de la concurrencia de potestades y prerrogativas. Por ejemplo, la solicitud de medida cautelar de una administración respecto de otra ha de tener presente que concurren intereses públicos, por lo que la ponderación ha de ser exquisita y evitando la inercia a la ejecutividad del acto dictado por la administración requerida. Además la presunción de solvencia de la administración a la hora de pedir fianzas o garantías tendría juego para ambas partes.

Ello sin olvidar la posible concurrencia de pruebas de idéntico valor y signo contrario en lo acreditado, como por ejemplo, los testimonios documentados por parte de funcionarios de cada administración enfrentada y que se benefician respectivamente de la presunción lógica que desplaza la carga de la prueba.

² HEINECCIO, J.: *Elementos de derecho romano*, Madrid, Ip.Eusebio Aguado, 1836. P.406.

Además tales pleitos suelen prolongar la agonía judicial, pues las sentencias dictadas por los Juzgados siempre admiten recurso de apelación (apartado c, del art.81.1 LJCA) y aunque los conflictos interadministrativos no tienen automáticamente abierta la puerta de la casación, normalmente versarán sobre cuestiones de cuantía indeterminada o implicarán cuestiones que sí facilitan el acceso.

4. AMBITO DE APLICACIÓN

4.1 De entrada, el propio legislador (art.44.4 LJCA) precisa que tal regulación no es aplicable a los requerimientos regulados en la legislación de régimen local, advertencia que resultaba innecesaria ya que el carácter especial de la regulación local (singularmente de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, de Bases de Régimen Local- LBRL-) imponía su preferente aplicación a las relaciones conflictivas entre administraciones territoriales mayores y los entes locales. Se trata de los artículos 65 LBRL (requerimiento estatal o autonómico a ente local para la invalidez de acto que infringe el ordenamiento jurídico), 66 LBRL (requerimiento estatal o autonómico a ente local por menoscabar sus competencias), y 67 LBRL (requerimiento del gobierno de la nación a ente local por adopta acuerdo que atenta gravemente el interés general de España), a los que se sumaría el art.60 LBRL recordatorio estatal o autonómico a ente local de ejercer sus competencias cuando su cobertura económica está garantizada). Tal regulación especial desplaza la general del art.44 LJCA y es la que debe observarse cuando se produzcan sus presupuestos, esto es, cuando se trata del cuestionamiento en vía administrativa por la Administración estatal o autonómica de decisiones locales, como recuerda la STS de 26 de Septiembre de 2007 (rec.5003/2002).

Por tanto, quedarán dentro del juego del artículo 44 LJCA, por un lado, los escasísimos supuestos en que el Estado invoque títulos jurídicos distintos de los allí reconocidos para formular requerimientos de invalidez de los entes locales, lo que ofrece gran dificultad dada la fórmula genérica empleada por el art.65 LBRL.

Y por otro lado, los casos en que el requerimiento opera a la inversa, esto es, de los entes locales hacia la Administración autonómica o estatal solicitando su invalidez.

4.2 El propio legislador a través de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto ha excluido de tal requerimiento preliminar los casos en que la Administración contratante pretenda “recurrir las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación”, debiendo interpretarse como “prohibitivo, porque si no sería redundante y un tanto contradictorio”³. En tal caso habrá que acudir al contencioso-administrativo directamente, lo que es lógico para evitar prolongaciones indebidas de la contienda una vez que ha fallado la vía del recurso especial contractual.

4.3 Una tercera cuestión sobre el ámbito de aplicación del procedimiento se plantea respecto de las administraciones que pueden beneficiarse del mismo.

Y ello tras dejar claro que ni en la letra ni la finalidad del art. 44 LJCA tiene cabida el requerimiento interno entre órganos administrativos, el cual debe solventarse por la vía del

³ Así, MARTÍN REBOLLO, L. Y SÁNCHEZ LLAMELAS, A.: Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa con jurisprudencia, Aranzadi, Madrid, 2015, p.246.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

conflicto de atribuciones⁴. Se reserva el requerimiento preliminar para conflictos entre personas jurídico-públicas.

Pues bien, hay que descartar que se alce en privilegio de las administraciones territoriales ya que el precepto no distingue por lo que la referencia a “administraciones públicas” (art.44.1 LJCA) ha de comprender todas las indicadas en el art.1.2 LJCA, ya se trate de administraciones territoriales, institucionales o independientes⁵.

En cambio, las entidades que no revistan este carácter (Fundaciones o sociedades del sector público, por ejemplo) estarán privadas de esta prerrogativa que, como tal ha de ser objeto de interpretación restrictiva, y deberán acogerse si lo consideran oportuno al recurso de reposición potestativo⁶.

4.4 Por último, se plantea una cuestión sustancial, la relativa a si este trámite se aplica cuando el conflicto entre Administraciones se produce estando la potencialmente requirente en posición de “administrado” esto es, sin ejercer potestades ni competencias administrativas sino actuando como cualquier sujeto común; por ejemplo, un Organismo autónomo que solicita una licencia urbanística a un Ayuntamiento, o un Ayuntamiento que solicita una exención de tributo autonómico.

Piénsese que aunque el art.44 LJCA no distingue, lo que no es admisible es que se establezca una dualidad de régimen procesal o tutela judicial efectiva si la pretensión, actuación y objeto litigioso son idénticos a los que pudieran afectar a un particular.

De ahí que en estas situaciones la administración no actúa en uso de sus potestades o competencias sino que actúa en simple uso de su personalidad jurídica, en pie de igualdad con los particulares, de manera que ello conduciría a la posibilidad de interponer recursos administrativos y con ello a que pudiera operar el instituto del silencio positivo ya que la finalidad objetiva del instituto del requerimiento preliminar consiste en reaccionar frente a la morosidad o inactividad en el ejercicio de potestades administrativas respecto a quien no tiene ni puede ejercer alternativas de orden político.

En esta idea, la jurisprudencia ha excluido la aplicación del artículo 44 LJCA cuando la Administración demandante actúa en la relación jurídico-administrativa como un particular y no como un poder público; dicho precepto se aplica cuando ambas actuaciones públicas

⁴ El art.20.3 de la Ley 30/1992, idéntico al inminente art.14.3 de la Ley 40/2016, de 1 de Octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, dispone: *“Los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo”*.

⁵ E incluyendo a los órganos públicos que ejercen potestades administrativas o gubernativas, como la Sala de Gobierno de un Tribunal Superior de Justicia, que no podrán interponer recursos frente a una administración pública sino que podrán formular únicamente el requerimiento preliminar (STS de 30 de Noviembre de 2009, rec.231/2006).

⁶ Es el caso de las Universidades públicas que tras la Ley 39/2015, de 1 de Octubre de Procedimiento Administrativo Común y su coetánea Ley 40/2015, de 1 de Octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, no tendrán la consideración de administraciones públicas por lo que no encajarían en el presupuesto legal de aplicación de tratarse de “administraciones públicas”.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

están actuando como poder administrativo (STS de 20 de octubre de 2006,rec. 55/05). En cambio se considera que la administración estaba desprovista de su condición pública y actuando como un particular cuando es empresario que soporta un acta de liquidación de la inspección de trabajo (STSJ Madrid del 3 de octubre de 2011, rec. 1337/2010), o sujeto pasivo de un canon o tributo (STS de 28 de Junio de 2012, rec.3261/2009), o cuando es expropiada (STSJ Cataluña del 10 de diciembre de 2015 (rec. 395/2014). Bajo esta última perspectiva es ilustrativa la STS del 29 de septiembre de 2015 (rec. 2636/2013) considera que si el Ayuntamiento actúa como un particular, en este caso, como expropiado, no puede acogerse al régimen del requerimiento sino que debía haber interpuesto recurso de reposición: “Se aduce también en el motivo que el carácter de Administración pública del Ayuntamiento no se desvirtuaba en el caso de pretender la impugnación de un acuerdo de los órganos colegiados de valoración en las expropiaciones, de ahí la procedencia del requerimiento efectuado. (...) Aun cabría recordar, a la vista de lo que se razona en el escrito de interposición, que nunca se ha negado que el Ayuntamiento tuviera esa naturaleza pública, lo que se razona en la demanda es que en el concreto expediente de justiprecio, que es al que pone fin el acuerdo recurrido, el Ayuntamiento actuara investido de sus potestades administrativas, sino como el particular expropiado y con la finalidad de que se fijase el justiprecio en igualdad de condiciones. Buena prueba de ello, y se deja constancia en la sentencia, es que el Ayuntamiento actuaba en dicho expediente sin estar investido de potestad administrativa alguna para poder adoptar decisión alguna sobre el objeto del mismo, la fijación del justiprecio, que es la característica y el fundamento del trámite previo a la vía contencioso-administrativa.”

De ahí que los órganos jurisdiccionales tienen la carga de examinar como presupuesto de idoneidad del requerimiento, la cuestión de si la administración requirente actuaba o no en uso de potestades administrativas⁷.

5. NATURALEZA DEL ACTO DE REQUERIMIENTO

5.1 El legislador buscando el lenguaje políticamente correcto y la bonhomía entre administraciones, ha excluido la técnica de los “recursos administrativos” entre administraciones públicas. Late la idea de que el término “recurso” ofrece connotaciones de servilismo y ruego de una administración hacia otra, por lo que se ha optado por la denominación más neutral de “requerimiento”.

5.2 Aunque la LJCA sitúa esta incidencia del requerimiento como “Diligencia preliminar” la misma participa de la naturaleza de instituto transaccional. En este sentido, la STS de 25 de Mayo de 2009 (rec.4808/2005) lo alza como ocasión de “dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto; pero por su carácter de técnicas de acuerdo y entendimiento no son, insistimos, ni por su naturaleza ni por su tramitación cauces impugnatorios como los recursos administrativos”.

⁷ Cuestión no exenta de dificultades como la resuelta en sentido favorable al requerimiento preliminar, en el caso zanjado por la STS de 23 de Marzo de 2015 (rec.956/2013) sobre la reclamación de la Diputación al Estado para que retenga un ingreso público provincial a un Ayuntamiento.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

Esta última precisión desvincula este singular requerimiento de la naturaleza de “recurso administrativo”, como se ha ratificado en la reciente STS de 19 de Febrero de 2016 (rec.3685/2013).

5.3 Aunque el art.44.1 destierra los recursos de reposición y alzada entre administraciones, ello no impide, por no estar expresamente prohibido, que una administración ejerza su derecho frente a otra para solicitar la revisión de oficio de acto nulo de pleno derecho del artículo 102 de la Ley 30/1992 (puerta abierta que parece dejar la STS de 19 de Febrero de 2016, rec.3685/2013, en línea con la STS de 17 de Abril de 2013) ⁸. Y ya frente a la desestimación de la eventual solicitud de revisión de oficio de acto nulo podrá la Administración perjudicada acudir a la jurisdicción contenciosa, previo –ahora sí– requerimiento potestativo.

Además reseñaremos que la STS de 23 de Marzo de 2015 (rec.956/2013) ha reservado el requerimiento preliminar, con exclusión de las reclamaciones económico-administrativas (con un voto particular) en los conflictos entre administraciones sobre esta última materia.

6. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

6.1 Hemos de distinguir el requerimiento aquí tratado de los parientes lejanos y próximos.

De los parientes lejanos pues este requerimiento es distinto del conflicto de competencias que se puede plantear ante el Tribunal Constitucional entre Estado y CCAA (arts.60 a 72 LOTC), el cual además solo podría fundarse en vicios de falta de competencias de la administración requerida según deriva del denominado bloque de la constitucionalidad.

De los parientes próximos pues este requerimiento de cuño procesal es distinto del requerimiento de invalidez propio del ámbito local y enmarcado en las relaciones interadministrativas⁹.

⁸ Esta última sentencia pone el acento en las distintas consecuencias de una u otra vía: *“Tiene, pues, razón la representación de la Junta de Andalucía al señalar que el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de la solicitud ---que no requerimiento--- formulada para ante el Ayuntamiento de Almuñécar para la revisión del Estudio de Detalle litigioso, es el previsto en el artículo 46.1 de la LRJCA , y no el contemplado en el artículo 44, en relación con el 46.6 de esa Ley, como se indica por la Sala sentenciadora.”*

⁹ Comparten su carácter potestativo según la STSJ Andalucía de 3 de Octubre de 2011(rec.1337/2010): *“La única prohibición que podemos deducir de la legislación citada, en los recursos interadministrativos, es la de formulación de recurso alguno en vía administrativa, pero en lo demás -y en ausencia de prohibición alguna- el carácter potestativo hemos de considerarlo tanto en cuanto a la utilización del requerimiento previo, o no, como en cuanto a la misma utilización del sistema específico previsto bien en la norma procesal (44 y 46 de la LJCA) como en la específicamente material (65 de la LBRL y 215 del ROF)”*. En cambio, distinto es el plazo para formularlo: dos meses para el requerimiento preliminar y quince días cuando se trata de un acuerdo local por la vía del art.65 LBRL.

También es distinto del requerimiento prestado para solicitar la asistencia o auxilio a que se refiere el art. 4 d, de la Ley 30/1992 (ejecución de actos administrativos) que sea “necesaria para el eficaz ejercicio de las competencias” siempre que esté al alcance de la administración requerida¹⁰.

Y también es distinto del requerimiento potestativo para el cese de la vía de hecho, regulado con carácter general en el art.30 LJCA, ya que cuando se trata de una Administración que actuando como poder público reclama el cese de la vía de hecho, lo suyo es acudir potestativamente al requerimiento preliminar que se orientará literalmente para que “haga cesar o modifique la actuación material”, fórmula equivalente a la actuación fuera de procedimiento o de competencia.

6.2 Esa diferencia de régimen y naturaleza del requerimiento examinado respecto de las otras figuras, cierra el paso a la aplicación de la analogía. De hecho el art.4.1 del código civil precisa que “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”. Y de las figuras expuestas la identidad de razón solo podría apreciarse en relación con los requerimientos propios del ámbito local, aunque se rompe el lazo dada la naturaleza procesal del instituto analizado, diferente del requerimiento propio de la esfera local de naturaleza administrativa¹¹.

7. CARÁCTER FACULTATIVO

El ejercicio o no de tal requerimiento es una potestad discrecional de cada administración, que al hacer entrar en juego el conflicto interadministrativo se aproxima a la

¹⁰ Este es un deber general del que solo cabe exención cuando no se esté facultado, u ocasione perjuicio, pero debiendo el requerido comunicar estas razones. Cfr. GÓMEZ PUENTE, M.*La inactividad administrativa*, Aranzadi, 2000. pp 911-914.

¹¹ Se impone una aplicación casuística. Por ejemplo, en el ámbito local si el Estado solicita información complementaria para valorar la oportunidad del requerimiento (art.64), la misma habrá de remitirse en veinte días hábiles, y el plazo no empieza a transcurrir hasta que lo remita. En cambio en el requerimiento preliminar no se contempla tal posibilidad en el art.44.2 LJCA por lo que no sería posible, sin olvidar que, como se encarga de subrayar la STS de 25 de Noviembre de 2008 (rec.1256/2006) el plazo del requerimiento es procesal y se ajusta a las reglas de improrrogabilidad derivadas del art.128 LJCA. No obstante, se ha apuntado que “habrá que estar a las circunstancias del caso y a la razonabilidad de pedir la ampliación. Desde luego sería admisible en el caso en que sólo a través de esa ampliación de información pudiese tener la Administración requirente adecuado conocimiento del acto, actuación o inactividad de la Administración requerida”, GOMÉZ DE MERCADO, Francisco, y otros, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Thomson-Aranzadi, 2002, p.432.

En cambio, cabría la aplicación analógica de la solución jurisprudencial en caso de que el ente local notifique el acuerdo y posteriormente se publique oficialmente, ámbito en que se ha precisado que el plazo arranca de aquella notificación personal y no de la ulterior publicación oficial (como afirma en materia urbanística la STS de 17 de Diciembre de 2014, rec.1160/2012), y ello con mayor razón cuando el art.44.2 LJCA precisa que comienza el cómputo desde que “hubiera podido conocer el acto, actuación o inactividad”.

“discrecionalidad política” pues es cuestión de oportunidad plantearlo aunque es cuestión de legalidad el modo de fundarlo.

Este requerimiento tiene carácter de potestativo para la Administración que pretenda interponer recurso contencioso administrativo contra otra, como resulta del uso de la forma verbal de “podrá”, empleada por el citado artículo 44.1 LJCA¹².

Y en este sentido, aunque la cortesía y la lealtad institucional pueden aconsejarlo, el requerimiento es facultativo, y no es requisito previo para impugnar en vía contencioso-administrativa. Así lo precisa la STS de 19 de Febrero de 2016 (rec.3685/2013).

Haremos constar que en la práctica pocas veces una Administración adopta una actuación lesiva para otra a sus espaldas. Normalmente cuando una Administración toma un acuerdo que puede perjudicar a otra, suele contar con su audiencia, informe o participación en la toma de decisión. También se produce la conexión y cambio de impresiones entre las autoridades. Cuando finalmente se adopte el acuerdo y se ponga en comienzo de la Administración afectada, es cuando arrancará el plazo para formular el requerimiento potestativo, pero normalmente el mismo no brota por sorpresa. Y de igual modo, antes de formularse tal requerimiento o respuesta, el rumor o noticia llega a la autoridad de la administración requerida. En definitiva, la singularidad de la tramitación del requerimiento preliminar radica en el telón de fondo político que suele agitarse y que se superpone a un procedimiento diseñado sobre fríos formas y plazos.

8. FORMALIDADES

8.1 El requerimiento de invalidez deberá efectuarse por el órgano competente de la Administración requirente, cuestión que debe examinar se a la luz de la regulación de su estructura orgánica, aunque normalmente corresponderá tal competencia al mismo órgano que la tiene para ejercitar acciones judiciales, pues el requerimiento es la antesala de las mismas.

Como garantía adicional cuando se trata de una administración local, se contempla una doble necesidad. La de la autorización de la acción para litigar y la del dictamen jurídico, aunque ambos requisitos son inexcusables pero también subsanables, habiendo afirmado la reciente STS de 14 de Marzo de 2014 (rec.3793/2011) que “Si resulta subsanable la omisión del preceptivo acuerdo de las personas jurídicas para el ejercicio de acciones judiciales, tanto más lo es, en fin, la falta del preceptivo informe jurídico igualmente requerido, conforme a la normativa sobre régimen local que igualmente se cita en el recurso”.

¹² Curiosamente, la STS de 11 de Octubre de 2011 (rec.4317/20008) encarecía el uso de los mecanismos no judiciales de resolver controversias al afirmar: *“De ahí que las Administraciones Públicas tengan la obligación de resolver las posibles diferencias o discrepancias que entre ellas se susciten en el ámbito que delimiten las normas por las que se rigen esas relaciones y, en consecuencia, agotar los medios de solución que procedan, sin que en último término y agotados esos instrumentos que propicien el acuerdo, les esté vedado el acudir a los Tribunales para obtener una solución definitiva al conflicto”*.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

8.2 Como destinatario la Ley precisa que “habrá de dirigirse al órgano competente”, que será el que dicte o firme o asuma la actuación controvertida, aunque será igualmente válido si tiene entrada en el Registro idóneo de la Administración a la que pertenece dados los términos del art.20.1 de la Ley 30/1992, que imponen la remisión de las actuaciones al “órgano que considere competente, si éste pertenece a la misma Administración pública” y ello con mayor razón puesto que no toda disposición competencial y orgánica goza de publicidad oficial¹³.

8.3 En cuanto al momento idóneo para plantearse, dada su finalidad y carácter de “diligencia preliminar” debe ser antes de iniciarse el proceso contencioso-administrativo¹⁴.

Y para ello se dispone de un plazo de dos meses, pero no para formularlo o registrarlo sino para que llegue a efectivo conocimiento de la Administración requerida, esto es, a través de su registro, como precisa la STS de 4 de Marzo de 2013 (rec.5079/2011): “Si bien, cuando se opta por el requerimiento previo en lugar de acudir directamente al recurso contencioso-administrativo, es necesario presentarlo ante la Administración requerida dentro del plazo previsto y no basta con dictar en ese plazo la resolución por la que se dispone el requerimiento ni tampoco que se registre su salida dentro del plazo señalado, sino que se requiere que llegue a conocimiento del requerido, lo que se corresponde con la fecha de presentación en el registro del órgano administrativo al que va dirigido o en las demás formas previstas legalmente (STS de 13 de septiembre de 2012, recurso 4453/2009).”

8.4 Sus requisitos materiales son formulados de forma tan breve como clara pues se impone “escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad”. De ahí se deriva que es posible el requerimiento para la retirada de una “disposición”, a diferencia de los recursos administrativos que no caben frente a reglamentos (ex.art.107.3 Ley 30/1992).

Muy importante resulta la petición que se incorpora en tal requerimiento ya que vinculará en el ulterior recurso contencioso-administrativo so pena de incurrir en desviación procesal. Así, la STSJ de Andalucía de 7 de Abril de 2014 (rec.1133/2012) precisa que “el contenido de requerimiento delimitará, como no podía ser de otro modo, la pretensión anulatoria del mismo a los efectos de un ulterior recurso en vía jurisdiccional, quedando perfectamente identificado el acto recurrido”.

8.5 Se impone el carácter “razonado” del requerimiento, pues no se trata de un requerimiento de oportunidad política sino de legalidad¹⁵. Señalaremos que el término

¹³ Favorable a tal posibilidad, también se pronuncia SANTAMARÍA PASTOR, J.A. y varios más, en “1700 dudas sobre la Ley de lo contencioso-administrativo” Ed.La Ley Wolters Kluwer, 2014 p.688.

¹⁴ Aunque nada impide que, fuera de la regulación del art.44 LJCA, las administraciones puedan entablar negociaciones o formularse recíprocos requerimientos que allanen el camino hacia una eventual transacción, allanamiento o pérdida de objeto. De hecho, el art.77 LJCA tras precisar que los representantes de las Administraciones públicas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, precisa que “El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo soliciten y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia”.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

“razonado” va más allá de la mera “motivación” pues esta se agotaría con la invocación del interés general de la administración requirente, mientras que la exigencia de razonar, tratándose de combatir una actuación supuestamente ilegal, supone señalar los preceptos infringidos de forma similar a la exigencia jurisprudencial de los requerimientos del ámbito local.

Un requerimiento de invalidez huérfano de la motivación jurídica que lo inspira se convertiría en una orden vacía que como tal, no merecería respuesta expresa y caso de hacerse negativamente, resultaría congruente con el lacónico e inmotivado rechazo.

A ello se unen elementales razones de buena fe y lealtad institucional, para brindar a la administración requerida la ocasión de recabar informes y resolver estimando o rechazando el requerimiento de forma igualmente razonada.

8.6 La administración requerida podrá responder expresamente o dar la callada por respuesta. Lo que no podrá es recurrir ese acto de requerimiento pues es un acto de mero trámite y por tanto el recurso contencioso-administrativo frente al mismo sería declarado inadmisibles (arts.25.1, 51.1 c, y 69 c, LJCA).

Aunque no se preceptúa la audiencia al tercero afectado por el acto que se pretende invalidar, si la decisión expresa de la administración requerida fuere estimatoria del requerimiento, debería brindarse previamente el trámite de audiencia al interesado, no por imperativo de la legislación procesal sino por fuerza del principio general de audiencia de todo procedimiento administrativo, aunque sea preparatorio del jurisdiccional (ex.art.84 Ley 30/1992).

Y por supuesto, nada impide que la Administración requerida recabe informes o practique pruebas, aunque dado que el plazo de respuesta es preclusivo, no está sujeto a suspensión por las demoras de tramitación de la eventual respuesta.

9. EFECTOS DERIVADOS DEL RECHAZO DE SU CARÁCTER DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

9.1 Al desmarcarse los requerimientos preliminares de la condición de recursos administrativos queda excluida la aplicación supletoria de la regulación de éstos contemplada en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. Por tanto, los requerimientos están marcados por su simpleza regulatoria que desplaza al intérprete la solución de los numerosos interrogantes que puede plantear la realidad.

9.2 En ocasiones, por inercia o desconocimiento, la administración quejosa plantea recurso administrativo en vez de requerimiento o a la inversa, lo que plantea la cuestión de la relevancia de las formas y calificaciones empleadas. Recordemos que si la Administración

¹⁵ Los requerimientos de oportunidad quedan en el ámbito político y no caben entre personas jurídicas territoriales ni de éstas con administraciones sobre las que no existe tutela con amparo en la Ley de creación del ente instrumental. De igual modo que no cabe ejercerlo frente a las denominadas administraciones independientes, o frente a las Universidades públicas por ser titulares de la autonomía universitaria, constitucionalmente garantizada en el art.27.10 CE.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

actuaba como poder público lo suyo es el requerimiento y si actúa como un particular lo suyo sería el recurso administrativo.

Pues bien, si se formula erróneamente como “requerimiento” lo que debía calificarse del procedente “recurso de reposición”, habrá de estarse al principio pro actione y calificarlo como lo que materialmente debía ser. En este flexible sentido se pronuncian la STS del 29 de abril de 2008 (rec. 5574/2005) ante un errado recurso de alzada, o la STS del 14 de marzo de 2014 (rec. 3793/2011) ante un errado recurso de reposición seguido de requerimiento formulados por un Ayuntamiento frente a la aprobación definitiva de un plan urbanístico por la Comunidad autónoma: “si el cuestionamiento de la actuación controvertida ha tenido lugar dentro del plazo previsto, aunque no se haya acertado en el mecanismo específico al que se ha acudido a tal efecto”, y argumenta:” Porque la Sala parte de la consideración de que el recurso de reposición inicialmente promovido se presentó dentro del plazo previsto, lo que de ningún modo es una ficción puramente formalista, como también se aduce de contrario: al revés, bajo el ropaje formal que envuelve la iniciativa adoptada, una vez levantado dicho ropaje, aflora y se hace inequívoca la voluntad de la Corporación local de entablar el correspondiente litigio en sede judicial si su requerimiento (o si su petición) resultara desatendida .

Así manifestada su auténtica voluntad, ahora en casación no cabe formular reproche alguno a la Sala de instancia por la interpretación que alcanza, en base a la aplicación del principio "pro actione" y en aras de garantizar también la máxima efectividad en el ejercicio de los derechos fundamentales (entre ellos, el derecho a obtener una tutela judicial "efectiva" ex artículo 24.1 de la Constitución)¹⁶”.

9.3 Se impone un análisis casuístico, pues consideramos decisivo examinar la actitud de la entidad requerida y la requirente. Si la administración requerida dictó un acto que tenía por destinataria a la otra administración pública y no le indicó a ésta la posibilidad del requerimiento potestativo (si actuaba en su competencia y autoridad pública) o la alternativa de recursos administrativos (si actuaba como un particular), o incluso si se lo indicó erradamente y la administración destinataria se limitó a seguir tal indicación, es evidente que entraría en juego la buena fe y la confianza legítima que impedirían que la administración requerida se aprovechara en vía jurisdiccional del equívoco padecido por la requirente.

¹⁶ Curiosamente la STS de 25 de Mayo de 2009 (rec.4808/2005) se aparta del criterio y rechaza que la administración que cometió el error pueda acogerse art.110.2 de la Ley 30/1992: *“La no extensión de la regla procedimental del artículo 110.2 LRJ-PAC a los requerimientos del artículo 44 LJCA resulta lógica si se tiene en cuenta que el artículo 44 LJCA limita su aplicabilidad a los litigios entre Administraciones y no se extiende, por tanto, a litigios entre Administraciones y particulares. (...)Por el contrario, las Administraciones Públicas, y singularmente la Administración General del Estado, se encuentran en este punto en una posición diferente a la de la generalidad de los ciudadanos, pues disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles un mayor rigor en la articulación de sus escritos y, específicamente, el debido conocimiento de una regla básica como es la del tan citado artículo 44, no existiendo pues, cuando se trata de las controversias entre Administraciones a que se refiere este último precepto, la razón justificativa de la previsión legal del artículo 110 LRJ-PAC)”.*

10. LA PERVERSA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Aunque la Ley se ocupa de la llamada por toda respuesta en el plazo disponible de un mes (art.44.3 LJCA), el único efecto es que se abre el plazo preclusivo para que la administración requirente plantee recurso contencioso-administrativo (art.46.6 LJCA).

Ese silencio ni se anuda al efecto del silencio positivo, ni tampoco se beneficia de la doctrina del Tribunal constitucional sobre el carácter indefinido del plazo para recurrir cuando el común de los ciudadanos impugna desestimaciones presuntas.

En este sentido, la STS de 19 de Febrero de 2016 (rec.3685/2013) recuerda a la hora de combatir la desestimación presunta no operaría el plazo indefinido para recurrir según la doctrina del Tribunal Constitucional cuando se impugnan las actuaciones presuntas de la administración, sino la regla especial prevista en el art.46.6 LJCA (dos meses). Escuchemos esta importantísima precisión del Supremo: “No es de aplicación en este caso el plazo de 6 meses de que trata el 46.1 LJCA para la interposición del recurso contencioso administrativo contra los actos presuntos, como invoca la parte recurrente en su recurso, pues dicha regulación se refiere a los recursos administrativo y cede ante la específicamente prevista para los supuestos en que medie el requerimiento interadministrativo del artículo 46.6 LJCA , como ahora sucede. Por iguales razones hemos de rechazar la aplicación en este caso de la doctrina jurisprudencial que invoca la parte recurrente, sobre equiparación entre los actos presuntos y los notificados defectuosamente, a efectos del cómputo del plazo para recurrir, porque dicho criterio jurisprudencial es aplicable en los supuestos de actos presuntos a que se refiere el artículo 46.1 LJCA , mientras que el supuesto que ahora examinamos, como hemos indicado, se rige, en cuanto a la concreción de la fecha a partir de la cual se efectúa el cómputo del plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo, por la regla especial prevista para los requerimientos interadministrativos por el artículo 46.6 LJCA ya citado.”

Y añade el Supremo la razón por la que no aplica esa doctrina constitucional:

“No cabe aplicar en el presente caso la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada en relación con la fecha de inicio del cómputo del plazo de 6 meses del artículo 46.1 LJCA , de interposición del recurso jurisdiccional contra las resoluciones desestimatorias presuntas de un recurso administrativo, que las equipara a las notificaciones defectuosas, porque la referida doctrina constitucional contempla supuestos de falta de respuesta de la Administración a recursos administrativos, que impide precisamente el acceso a la jurisdicción, lo que justifica la ficción legal del silencio administrativo negativo para acceder a la jurisdicción, mientras que los requerimientos interadministrativos no participan de la naturaleza de los recursos, y tienen carácter potestativo, por lo que no constituyen un presupuesto o requisito para acceder a la vía jurisdiccional.”

No deja de sorprender el razonamiento judicial para eludir calificar de “silencio administrativo” lo que inequívocamente el art.44.3 describe como tal: “El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara” ; de igual modo sorprende que el Supremo considere que al ser potestativo el

requerimiento y no alzarse en requisito para acceder a la vía jurisdiccional, no hay razón para permitir la impugnación sin plazo, pese a que también son potestativos los recursos de reposición para los particulares y el Tribunal constitucional considera que la falta de respuesta se penaliza con el plazo indefinido para recurrir.

El efecto perverso de este requerimiento radica en que, participando de la naturaleza de un recurso de reposición potestativo, materialmente se convierte en una espada de dos filos, ya que si la administración formula el requerimiento y la requerida no da respuesta, el transcurso del plazo para combatir esta desestimación presunta convertirá la actuación combatida en firme y consentida¹⁷.

11. A MODO DE CONCLUSIONES

PRIMERA.- La parca regulación del requerimiento interadministrativo en el art.44 LJCA, potestativo y previo a la vía contencioso-administrativa impone tener en cuenta su carácter transaccional y de puerta de acceso al proceso.

Por ello, se impone por parte de los tribunales de lo contencioso-administrativo aplicar un criterio interpretativo flexible y congruente con la doctrina del Tribunal Constitucional que rechaza los obstáculos que obstaculizan el acceso a la jurisdicción, así como “aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas normas preservan y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable” (STC 26/2008).

No debe olvidarse la perspectiva de que el proceso es un remedio final para solventar una controversia, y cuando están en pugna dos administraciones públicas, lo deseable no es que el pleito se zanje pronto por escollos procesales o errores en la formulación de recursos o requerimientos, sino que se salvaguarde la armonía de los intereses públicos en liza y en todo caso la legalidad.

SEGUNDA.- Se precisa altura de miras institucionales por parte de las autoridades públicas. De un lado, para recabar informes y dictámenes para que las cuestiones o discrepancias técnicas se solventen sin acudir a precipitados requerimientos conminatorios.

De otro lado, para evitar el silencio por toda respuesta al requerimiento que procede de una Administración y que merece le sea aclarada la postura. Entre Administraciones debe reinar la cortesía y buena fe y una prueba de ello, es contestar a los requerimientos.

TERCERA.- Asimismo, lo deseable sería superar la visión unilateral y beligerante entre administraciones, que se asienta sobre un requerimiento y el desafío de que se dé

¹⁷ Así, GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “Es algo que se parece a un recurso de reposición pero no lo es. (...) Esto ya es grave, porque si el Estado o la Comunidad Autónoma se meten en esta vía optativa (“podrá requerirla”) corren el riesgo de quedarse sin recurso, porque se les puede ir el plazo ya que no se aplica la técnica del silencio administrativo Procedimiento administrativo local” *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, Iustel, 2005, p.519

respuesta satisfactoria. Corren tiempos en que la mediación y la composición en el ámbito civil es mirada con codicia por el mundo administrativo ante la existencia de numerosos ámbitos que bien podían estar abiertos a la mediación entre particular y Administración (justiprecio, responsabilidad administrativa, ejecución de sentencias, etc). Pues bien, quizá sería bueno establecer instancias o sistemas arbitrales o equivalentes entre administraciones para cuando falla el diálogo, la negociación o los órganos colegiados de encuentro. En esos casos, sería bueno que el legislador en vez de un frío requerimiento propiciase una instancia u órgano independiente, de encuentro de autoridades y con técnicos que tuviese por misión la búsqueda de una salida al conflicto.

En este sentido de antiguo la abogacía del Estado ha venido reivindicando la creación por una norma con rango de Ley de un sistema compositivo administrativo para los entes públicos personificados que frecuentemente se ven envueltos en conflictos contra la Administración matriz¹⁸; y es que es triste por no decir lamentable que una administración instrumental, fuera del ámbito de tutela, tenga que encomendar a una instancia judicial la resolución de una controversia. Y de la misma razón que por encima de la autonomía y personalidad jurídica diferencial de cada Administración pública, debería imperar la sensatez y arbitrase una instancia para solventar estas controversias entre Administraciones públicas pues no nos engañemos, frecuentemente el trasfondo del litigio son cuestiones susceptibles de partición o admisión, sin traumatismos institucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAVES GARCÍA, J.R. Y GALINDO GIL, M.D.: Diccionario jurisprudencial del proceso contencioso-administrativo, La Ley-El Consultor, Madrid, 2015, p. 396-398.
- MARTÍN REBOLLO, L. Y SÁNCHEZ LLAMELAS, A.: Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa con jurisprudencia, Aranzadi, Madrid, 2015, pp.246-254.
- GOMÉZ DE MERCADO, Francisco, y otros, en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Thomson-Aranzadi,2002, p.428-434.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: Derecho Administrativo Español, Tomo II, Iustel, 2005, pp.519 y ss.
- GÓMEZ PUENTE, M.: La inactividad de la Administración, Aranzadi, 2000, pp. , Tecnos, Madrid, 1999. Pp.911 ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., LOZANO CUTANDA, B., QUINTANA CARRETERO, J.P. Y CASTILLO BADAL, R., en "1700 dudas sobre la Ley de lo contencioso-administrativo" Ed.La Ley Wolters Kluwer, 2014 p.681-694

¹⁸ Cfr. CÁNCER MINCHOT, P. La Administración ante la jurisdicción contenciosa. Aspectos críticos. En la obra colectiva *Diagnosis de la jurisdicción contencioso-administrativa. Perspectivas de futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, p.305.

GABILEX
N° 5
MARZO 2016