

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA EN CUBA Y LA REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Benjamín Marcheco Acuña - dptjurcngm@infomed.sld.cu

Master en Derecho Constitucional y Administrativo

La revisión del acto administrativo como función única de la jurisdicción contencioso-administrativa cubana

La legislación y sobre todo la jurisprudencia cubanas han dejado por sentado de que nuestra jurisdicción contencioso-administrativa se basa exclusivamente en la revisión de los actos administrativos.

La naturaleza revisora del proceso administrativo es un lastre que todavía se arrastra de nuestra primera ley de lo Contencioso Administrativo □la decimonónica ley española Santamaría de Paredes, de 13 de septiembre de 1888□, y que tiene al acto administrativo como su principal protagonista. El objeto del proceso se dirige a la *revisión* por los tribunales de legalidad de la resolución administrativa y en consecuencia “sólo les resulta dable conocer y decidir acerca de aquellas cuestiones discutidas y resueltas en la vía gubernativa”¹, no pudiendo entrar a considerar otros aspectos no comprendidos en ella. Es decir, que sin acto administrativo previo no puede haber intervención judicial.

Conforme la letra de los artículos 656 y 670 de la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), la jurisdicción en materia administrativa conocerá de todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de la Administración y que, en uno u otro caso, vulneren derechos legalmente establecidos a favor del reclamante y que no sean susceptibles de ulterior recurso en la vía administrativa, ya sean definitivas o de trámite, si éstas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que pongan término a dicha vía o hagan imposible su continuación.

Ésta configuración del proceso administrativo como típico “proceso al acto”, quedó refrendada por el Consejo de Gobierno Tribunal Supremo Popular, en el Dictamen No. 61, contenido en el acuerdo No. 204 de 30 de abril de 1979:

“Los principios fundamentales que informan el régimen administrativo impiden la admisión de pretensiones ante los tribunales frente a la Administración Pública, sin la existencia de una

¹ Sentencias de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular (STSP) Nros.291 de 31 de marzo de 2005, 538 de 31 de mayo de 2005, 1298 de 28 de mayo de 2007; e igualmente con el mismo fundamento la No. 378 de 17 de noviembre de 1978, la No. 1075 de 31 de octubre de 2008 y muchísimas tantas otras.

manifestación de voluntad de la Administración en relación a la cual la pretensión se formula (artículo 670 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral): De este modo, el acto administrativo, entendiéndolo en sentido amplio, deviene presupuesto objetivo del proceso administrativo; porque, en efecto, para que sea admisible una pretensión ante la jurisdicción administrativa es necesario la existencia previa del acto administrativo, y que la pretensión se deduzca precisamente en relación a un acto administrativo, bien para pedir la declaración de no ser conforme a derecho, y en su caso su anulación, bien para solicitar, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el restablecimiento de la misma (artículo 666, inciso 1 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral....”

Ahora bien, como debiera concluirse del texto del Dictamen, el requisito del acto previo no ha de referirse sólo a los expresos y formales, sino al acto administrativo “entendiéndolo en sentido amplio,” con lo cual se le daría cabida a aquellos actos de la Administración del que puede deducirse su voluntad, ya sea de forma tácita o presunta.

El procesalista español GONZÁLEZ PÉREZ, de cuya obra es reproducción este Dictamen², en referencia a la legislación española de 1956 decía que:

el acceso a la Jurisdicción contenciosa, en efecto, no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos y escritos, sino también cuando revisten cualquier otra forma de manifestación regulada por el Derecho, o son tácitos o presuntos, porque todos ellos, y no solamente los primeros, pueden incurrir en infracciones jurídicas que requieran la asistencia jurisdiccional». Y no se utiliza, (...) el término acto en sentido técnico estricto de acto administrativo, sino en el amplio sentido que se destaca en el párrafo de la Exposición de Motivos (...).”³

Sin embargo, esta expresión del Dictamen es pura retórica. La categoría de acto administrativo tácito –considerado éste como aquel que viene a estimar o desestimar la cuestión debatida de una forma indirecta, es decir, a través de actuaciones que -sin resolución expresa- muestran, con evidencia, el rechazo o admisión de la cuestión sometida a conocimiento del órgano administrativo que debe resolver⁴□ nunca ha formado parte de la jurisprudencia actual de nuestro país, por lo que cualquier referencia al *acto administrativo* únicamente se entiende dirigida hacia el acto formal y expreso.

El requisito del acto previo en nuestro caso ha sido llevado hasta las últimas consecuencias, realizándose interpretaciones de la ley que reducen las ya muy limitadas garantías del acceso al proceso. Ejemplo de ello es el ya citado Dictamen 61 de 1978 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, concretamente en su numeral 2do:

² GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Derecho Procesal Administrativo*, tomo II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957. p. 365.

³ GONZÁLEZ PÉREZ, J. “El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración.” *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 97. Madrid, 1998. p.17.

⁴ CANO MATA, A. “Actos administrativos tácitos. Protección jurisdiccional del principio de igualdad...” *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 32, 1982. p. 879.

“...atribuido a la jurisdicción administrativa por el artículo 658 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral el conocimiento, en todo caso, de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, aún cuando ésta se derive de la ejecución de cualquiera de las disposiciones a que se refiere el artículo anterior, obvio resulta que será necesaria la existencia previa de una disposición o resolución que no sea susceptible de recurso alguno en la vía administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 670 de la Ley de procedimiento Civil, Administrativo y laboral.”

En primer lugar, el artículo 658 está diciendo que es procedente reclamar en cualquier caso que pueda existir responsabilidad patrimonial *aún* cuando, (y no *siempre que*) ésta provenga de disposiciones excluidas de la jurisdicción. Por tanto, no se está exigiendo la existencia de la disposición, como mal entiende el Consejo de Gobierno, sino la actividad que genera la responsabilidad, *inclusive* la que se derive de una disposición no revisable en sede judicial. En segundo lugar, según el artículo 677:

“El plazo para la presentación de la demanda, cuando sea un particular el que reclame, será de treinta días, contados desde el siguiente a la notificación de la resolución o, en su caso, desde el día siguiente de la publicación oficial de la disposición de que se trate, cuando proceda, o de la ejecución de los actos de que se derive la responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 658.”

Es decir, que si en los casos de responsabilidad patrimonial el objeto del proceso es la actividad material que constituye la *ejecución* del acto administrativo, y no el acto mismo porque éste eventualmente puede estar excluido del alcance de la jurisdicción según el artículo 657, ¿entonces qué sentido tiene exigirlo como presupuesto de acceso al proceso? Obviamente ninguno, pues la pretensión del particular no se va a dirigir hacia la nulidad de un acto que él no puede impugnar ni el tribunal puede revisar, sino hacia sus perjudiciales efectos, que son únicamente sobre los que recaerá la sentencia, por lo que resulta un total despropósito imponer la existencia del acto como condición del litigio.

Pero no es sólo la no existencia de acto el único criterio restrictivo respecto de la función revisora que impide la obtención de tutela judicial efectiva. También lo es el hecho de que, aún existiendo y habiendo recorrido todo el íter en la instancia administrativa, éste no resuelva las cuestiones de fondo, en cuyo caso tampoco recaería sobre éstas pronunciamiento judicial. Ilustrativo en este aspecto es el razonamiento de la STSP No. 378 de 17 de noviembre de 1978:

“Considerando: Que no obstante ser la Sala de instancia competente para conocer de la cuestión a ella sometida, la propia naturaleza del proceso administrativo, el cual tiene por objeto revisar, mediante controversia, lo resuelto por la Administración determina que, a los tribunales que conocen de tales procesos solo pueden someterse las cuestiones que en la vía administrativa hubiesen sido discutidas y sobre los cuales haya recaído la resolución interpelada; y como en el caso de la resolución dictada por el por la Comisión de Recursos de Alzada se limitó a declarar la incompetencia de la Administración para conocer y resolver de la cuestión planteada y la sentencia no sólo revoca la antes citada resolución, sino que entra a resolver el fondo del asunto, cuando sobre éste no se ha pronunciado la Comisión de Recursos

de Alzada o en otros términos, que en relación al expresado fondo, no se ha agotado la vía administrativa, resulta evidente que no podía la Sala sentenciadora hacer pronunciamiento alguno visto lo cual, la sentencia debe ser anulada”

No compartimos el fundamento de la sentencia. El carácter revisor de la jurisdicción no debe implicar la prohibición a los tribunales de resolver sobre lo que no ha hecho la Administración cuando ésta tuvo la oportunidad -y el deber- de resolver. La regla de la decisión previa permite el enjuiciamiento del acto, tanto en su forma como en todo su contenido material y sólo impide el examen de cuestiones nuevas que no hayan sido planteadas en la vía administrativa. El acto administrativo no debe ser entendido de tal manera que se le atribuya la condición de una sentencia inferior en un procedimiento de casación, y a la reclamación administrativa, la de una demanda provocadora de una litispendencia inmodificable.⁵

“La pretendida singularidad que esta nota revisora pone a la jurisdicción contencioso-administrativa no puede llevarse a tales extremos que vede a los Tribunales el pronunciarse sobre nada que no haya sido objeto de expresa decisión por la Administración cuando ha podido y debido hacerlo. El carácter revisor de la jurisdicción implica tan sólo que las pretensiones se deduzcan frente a un acto de la Administración sometido al Derecho Administrativo y que tales pretensiones se hayan deducido previamente ante la Administración... queda satisfecho, pues, con el cumplimiento de un doble requisito : en primer lugar, con la existencia de un acto administrativo objeto del recurso, y en segundo lugar, con que la Administración haya tenido ocasión de resolver, en dicho acto, las pretensiones que posteriormente se le deduzcan ante la jurisdicción contenciosa. El que las haya o no resuelto es una cuestión distinta y no debe perjudicar a los administrados el que debiendo resolverlas no las haya resuelto.”⁶

Con esto no se quiere decir que deban los tribunales hacer el trabajo de la Administración, trasladándose a éstos todos los asuntos que aquella deja de resolver; pues siempre existirán espacios en los que será necesario un pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa, ya sea por tratarse asuntos técnicos de cierta complejidad o porque que impliquen algún margen de apreciación subjetiva o discrecional (aún tratándose de una acción reglada) privativo de dicha autoridad que el juez no puede sustituir. Lo que se está diciendo es que la forma de interpretar la tantas veces recurrida función revisora no debe constituir una barrera a la jurisdicción para solucionar los aspectos de fondo de la controversia siempre que el apego a la legalidad y al derecho lo permitan y puedan hacerlo los tribunales, aún sin salirse de sus límites revisores.

Imaginemos el caso de un contribuyente que, al amparo de la ley tributaria vigente, solicite la devolución de lo pagado en exceso de lo debido. La Administración Tributaria, en todas sus instancias, rechaza su petición alegando que fue presentada fuera del término legal. Presentado por el afectado el asunto en la vía contenciosa, tanto con los argumentos que justifican que la reclamación ante la Administración se hizo en el plazo debido, como las razones de fondo y las

⁵ NIETO, La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo”. *RAP*. No. 37, 1962.p. 120

⁶ CLAVERO, M. “El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la administración no entro en el fondo del asunto”. *RAP*. No. 42, 1963. pp. 219-220.

pruebas en los que ampara su petición de devolución; se encontrará al final, después de haber recorrido el largo y azaroso camino del proceso y por muy evidente que sea la veracidad de su pretensión, con una sentencia que, siguiendo los rígidos criterios revisores a los que hemos aludido, en el mejor de los casos estimará en parte su demanda y ordenará a la Administración a que resuelva en cuanto al fondo. Y luego tendrá que esperar todavía por el nuevo acto administrativo, y si éste no le resultase del todo favorable, volver a derrochar tiempo, dinero y paciencia en promover un nuevo proceso, reiterando los mismos argumentos que en el primero, para obtener un fallo de fondo que pudo haber conseguido desde el principio.

El control de la inactividad de la Administración

Como es evidente, no toda la actividad administrativa se manifiesta mediante reglamentos o actos administrativos concretos. Los contratos, la prestación de servicios públicos, los actos materiales, las omisiones, también expresan también la voluntad de la Administración y también han de estar, en cualquier caso, sometidos a límites jurídicos. Los criterios hasta ahora sostenidos sobre los límites de la tutela jurisdiccional revisora no satisfacen las exigencias de obtener protección suficiente frente al poder de la Administración pública por cuanto suponen la exclusión de revisión de todas estas otras formas de actuación que se suscitan en la amplia gama de relaciones sociales que tienen lugar en el campo del Derecho Administrativo, que se traducen en acciones u omisiones de la Administración que afectan la relación jurídica que establece con los administrados o los usuarios de un servicio y que también quebrantan derechos legalmente reconocidos sin que exista un acto administrativo legitimador, que son las conocidas como *actuación de hecho* y la *inactividad* de la Administración

La inactividad material de la Administración (o simplemente inactividad) puede definirse, con NIETO, como una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias⁷, a diferencia de la inactividad formal, que se refiere a la omisión de la contestación a una petición o reclamo dirigido por los particulares, conocida como *silencio administrativo*.

El fundamento para la impugnación judicial de la inactividad radica precisamente en el derecho que tiene el ciudadano a la tutela jurídica de sus intereses, los cuales pueden ser vulnerados lo mismo por una conducta activa que por la omisión de la Administración de su deber de realizar una prestación concreta a la que el particular tiene derecho. La injustificada exclusión del control de la inactividad, que tenía (o tiene) su fundamento en las restringidas concepciones sobre el carácter revisor de la jurisdicción, ha sido superada por ordenamientos como el español, en su Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa⁸, al señalar, dentro del objeto del proceso, *el recurso contra la inactividad de la Administración* (art 25.2) y disponer (art. 29) que cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tienen derecho a ella pueden

⁷ NIETO, A. "La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo". *RAP*. No. 37, 1962, p. 80.

⁸ Ley No. 29 de 1998.

reclamar de ella el cumplimiento de dicha obligación y si no se ha hecho efectiva en el plazo de tres meses pueden acudir a la vía contenciosa, lo mismo sucede cuando la Administración, en el plazo de un mes no haya ejecutado sus actos firmes.

Aún cuando la regla de la decisión previa sigue manteniéndose como presupuesto para el acceso al proceso, no siendo posible por tanto para el particular acudir directamente a la vía judicial (aunque sí puede solicitar directamente aún antes del proceso la adopción de medidas cautelares), con la específica referencia a la inactividad es clara la intención del legislador de someter a juicio cualquier esfera de actuación administrativa que pueda ser susceptible de causar perjuicio, como también sucede con la llamada *vía de hecho* a la cual nos referiremos más adelante.

Lógicamente el control de esa inactividad se refiere a prestaciones concretas que debe realizar la Administración y la sentencia condenatoria debe limitarse a ordenar el cumplimiento en los exactos términos en que se encuentran establecidas porque, como señala la Exposición de Motivos de la aludida Ley,

“...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 “*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 estarían invadiendo las funciones propias de aquélla.”

En el caso nuestro, los criterios sostenidos por el Tribunal Supremo sobre la función revisora de la jurisdicción exigen, como ya vimos, la existencia de una decisión administrativa positiva para acudir al proceso, lo que nos obligaría a mirar 50 años atrás y tomar como referencia el clásico trabajo del reconocido Alejandro NIETO, y con la luz de sus análisis con respecto al ordenamiento español de entonces, mirar hacia nuestra similar legislación y realizar una interpretación de sus preceptos que igualmente pudiera mitigar sus efectos perjudiciales.

“Mediante una petición provocatoria (y eventualmente con ayuda del instituto del silencio administrativo), se concreta la inactividad material de la Administración en una actividad formal, que tiene libre acceso a la jurisdicción...⁹ Si la Administración no toma precauciones de seguridad en una obra pública peligrosa o no desaloja a un usurpador de la vía pública (inactividad material), debe provocarse un acto administrativo mediante la oportuna reclamación administrativa, y contra este acto administrativo, y en referencia a la inactividad material previa, puede iniciarse la vía contenciosa. La sentencia del Tribunal no se limita en este sistema a la anulación ideal del acto administrativo provocado, sino a la conformación de la relación jurídica que sea conforme a derecho, y, en su caso, se dictará una orden a la Administración. Esta es la técnica general del artículo 113 VwGO alemán y la regulada con gran acierto en España por la nueva LJ.¹⁰

El hecho de que se defina nuestro proceso administrativo como de *plena jurisdicción* y no de mera anulación, lo cual implica la posibilidad de reconocimiento de una situación jurídica subjetiva y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para restablecerla (art. 666), posibilita

⁹ Nieto, A. “La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo”. Ob cit. pp. 82-83.

¹⁰ Nieto, A. “La inactividad ...”. Ob cit. p. 118.

que en la sentencia se pueda ordenar una acción positiva de hacer a la Administración, mas allá de declarar la nulidad del acto administrativo ilegal.

Esta “conversión” de la inactividad material en actividad formal a los efectos de su revisión judicial no traería mayores dificultades si en todos los casos la Administración respondiera expresamente las peticiones que le dirigen los administrados. Pero como sabemos que ello sólo es posible en un Estado ideal y no en la realidad cotidiana de nuestras imperfectas sociedades, ante la pasividad generada por la falta de respuesta sólo le quedaría al interesado la opción de acudir a la figura del silencio administrativo. Y es aquí entonces donde tiene que enfrentar otros dos obstáculos: la deficiente regulación de dicha institución en nuestra legislación adjetiva y las ya analizadas extremas y estrechas concepciones de la jurisprudencia sobre la jurisdicción revisora, por las que se autolimita para resolver los aspectos de fondo de la controversia si no ha existido pronunciamiento previo en sede gubernativa.

El silencio administrativo

Un principio general de la actuación de la Administración Pública, es el deber de sus órganos de resolver y contestar las peticiones, reclamaciones y recursos que les dirige el particular. La omisión de este deber se conoce genéricamente con el nombre de *silencio administrativo*, y produce los efectos jurídicos que en cada caso le atribuye el ordenamiento. Por tanto, para hablar de silencio administrativo, es decir, para que la inactividad de la Administración al resolver un asunto de su competencia tenga efectos jurídicos, es necesario que la ley expresamente le atribuya un valor concreto a la falta de decisión expresa de la autoridad administrativa ante la pretensión que se le haya dirigido y requiera de su pronunciamiento. Esta atribución de valor puede hacerse en sentido positivo (entendiendo acogida la pretensión del particular) o negativa (entendiéndola desestimada) como es el caso previsto en nuestra ley procesal.

El silencio administrativo negativo debe de entenderse pura y simplemente como una presunción legal, un caso de ficción legal que está motivada única y exclusivamente por exigencias procesales del contencioso-administrativo.¹¹ Silencio es *presunción de voluntad* y también *sustitución de voluntad* para no dejar desamparado al reclamante. En tal sentido la *inercia administrativa* equivale, a los efectos procesales, a la *denegación*¹².

El fin que se persigue esta institución es el de asegurar la vitalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues teniendo esta como fin el revisar actos previos de la Administración que vulneren derecho subjetivos de los particulares, basta con que la administración no resuelva para que no haya acto que revisar y no sea posible el acceso a la justicia.

El silencio administrativo, dice GARRIDO FALLA

¹¹ GARRIDO FALLA, F. “La llamada doctrina del silencio administrativo”. *Revista de Administración Pública*. No. 16. 1955. p. 92.

¹² DROMI, R. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8va. Ed. Buenos Aires, 2000, p. 248

“consiste, y no en otra cosa, en presumir, a los efectos de facilitar el acceso del particular a lo contencioso-administrativo, que, transcurrido un plazo sin que la cuestión planteada a la Administración pública haya sido resuelta, es como si hubiese una decisión previa que impugnar. Pero quede esto bien claro : no es que el silencio administrativo equivalga necesariamente a una resolución administrativa denegatoria, sino que se limita a presumir una decisión (sin que haya porqué de prejuzgarse su sentido positivo o negativo) a los efectos de que la cuestión pueda plantearse ante la jurisdicción revisora...Resulta así que el silencio administrativo sólo se explica en función de la existencia de una jurisdicción revisora y que sólo a la vista de ésta ha podido construirse toda la tesis del valor negativo del silencio ... Resumiendo: no es que la aplicación del silencio administrativo produzca la resolución, en un determinado sentido, de un asunto planteado a la Administración pública, sino que, a los efectos del ulterior recurso contencioso-administrativo, es *como si* estuviese resuelto. Es aparentemente una pequeña diferencia de matiz, pero de la cual, (...) se derivan importantes consecuencias”¹³.

La primera dificultad que se encuentra quien pretende ampararse en el silencio administrativo para acceder al proceso, es su formulación legal, recogida en el artículo 672 de la LPCALE:

“Cuando la autoridad administrativa, en cualquiera de los grados de la jerarquía, no resuelva cualquier recurso dentro del plazo legal o, en su defecto, del de cuarenta y cinco días naturales, el interesado podrá considerarlo desestimado al efecto de establecer, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso, o esperar que sea dictada la resolución expresa para establecer el proceso en la forma ordinaria.”

Se refiere la norma únicamente al silencio que se produce ante la no contestación de un *recurso*, tanto para continuar la vía administrativa como para interponer la demanda, y no al que origina cualquier petición del administrado sin que haya alguna actividad formal anterior de la Administración; cuando ni siquiera existe un procedimiento común que establezca un régimen general y uniforme de recursos administrativos, y en aquellas materias donde sí existe un procedimiento específico, muchas veces éste no se inicia con una acción administrativa contra la que interponer el recurso, sino con una petición o reclamación que dirige el particular al órgano administrativo. Petición que, de no ser contestada, si se sigue una interpretación estrictamente literal de este precepto, dejaría impune la omisión administrativa, sin garantías los derechos del particular e inoperante y sin ninguna virtualidad cualquier precepto que obligue a la autoridad administrativa a resolver en algún procedimiento iniciado a instancia del administrado¹⁴ o los plazos que se le hayan establecido para hacerlo.

¹³ GARRIDO FALLA, F. “La llamada doctrina del silencio administrativo”. Ob. cit. pp. 95-97.

¹⁴ Sobre la interpretación del alcance de este precepto, y refiriéndose al caso particular de la devolución de ingresos tributarios pagados en exceso (reconocida expresamente como un derecho subjetivo del contribuyente en el art. 83 del Decreto Ley No. 169 de 10 de enero de 197 “De las Normas Generales y los Procedimientos Tributarios”) iniciados por solicitud del interesado, Yalenni PÉREZ URQUIZA, en términos muy cautelosos, sostiene que: “si, como la doctrina lo reconoce, nos ajustamos a la idea de que la solicitud de devolución de ingresos indebidos o debidos en exceso, genera un proceso en el que sólo cabe el silencio administrativo negativo, pudiera pensarse que es éste otro supuesto en el que se accedería al contencioso ante la inactividad formal de la Administración. Sin embargo, la propia LPCALE, en su art. 672, prevé la posibilidad de interponer demandas en los casos de silencio de la Administración ante cualquier recurso dentro del plazo legal establecido o, en su defecto, cuarenta y cinco días hábiles. Las palabras “cualquier recurso” sientan una idea que no es muy compatible con la solicitud de devolución de ingresos indebidos, pues una solicitud no puede ser entendida como un recurso (aunque cualquier recurso lleve

Sin embargo las cosas pueden ser analizadas de otra manera.

El artículo 63 de la Constitución consagra el derecho ciudadano de quejarse y de pedir a las autoridades y a que su petición sea atendida en plazo razonable¹⁵. Si la respuesta que obtiene es el silencio, su derecho no ha de quedar inerme, pues eso equivaldría a dejar la eficacia del precepto constitucional y de cualquier otra disposición que reconozca cualquier derecho subjetivo, a la voluntad o capricho de la autoridad administrativa.

implícito una solicitud determinada, atendiendo a la voluntad y la situación del recurrente), por lo que puede pensarse que, contrario a lo que la doctrina comparada entiende y contrario también a la práctica foránea, no cabe la interposición de la demanda por silencio negativo ante la solicitud de devolución de ingresos indebidos según la norma cubana. La confusión que genera este enunciado podría afectar a los obligados tributarios enrolados en una solicitud de este tipo.” (*La revisión de los actos de la Administración Tributaria en Cuba*. Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 2011. P. 114)

¹⁵ En sentido me parece inconsecuente lo expuesto por Sirce Díaz Sánchez (Temas de Derecho Administrativo Cubano, Ed. Félix Varela, 2004). La autora parte de considerar la necesidad de “dar importancia y primacía a la respuesta expresa, y que su inobservancia convierta a la Administración en un ente transgresor del ordenamiento jurídico” (p. 276), pero realiza una interpretación, a mi juicio incorrecta de la situación en nuestro ordenamiento jurídico, al referir que “este artículo 63 se refiere a que tendrán derecho a recibir respuesta pertinente y en plazo adecuado conforme a la Ley. No hay nada que obligue de forma general a toda la Administración Pública cubana, a responder expresamente a los administrados... La inactividad formal de la Administración es en principio tan reconocida por la ley, tal como lo es la tácita y la expresa”. (p. 284). El derecho constitucional que le consagra la ley a los ciudadanos de dirigir quejas y peticiones a las autoridades se traduce necesariamente en el deber de éstas de contestarlas. Para todo derecho subjetivo del sujeto activo de una relación jurídica, existe el correlativo deber del sujeto pasivo de satisfacerlo; si no existe el deber, sencillamente no hay derecho que exigir. Al señalar el precepto constitucional el derecho de todo ciudadano “a dirigir quejas y peticiones **a las autoridades y a recibir la atención o respuestas pertinentes** y en plazo adecuado” está claramente fijando la obligación de todas las autoridades (incluyendo obviamente las administrativas) a dar la atención o respuesta pertinente al ciudadano, y así lo ratificó en su momento el artículo 52, inciso r) del Decreto Ley No. 67 de 1983 (ya derogado), al establecer entre los deberes de los Organismos de la Administración Central del Estado el de “prestar atención y dar respuestas pertinentes, dentro de un término de sesenta días, a las quejas y peticiones que le dirijan los ciudadanos,...” y así lo hace el artículo 55, apartado 25 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2007 “Reglamento de las Administraciones Locales del Poder Popular”, que establece como obligación de las Direcciones Administrativas del Poder Popular “prestar atención y dar respuesta a los planteamientos, quejas, denuncias y solicitudes que les dirijan los ciudadanos, o se tramiten por los diputados a la Asamblea Nacional y los delegados a las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular, y cumplir con los términos establecidos” que reproduce los mismos artículo e inciso del Reglamento anterior, contenido en el acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 4 de junio de 2001. Tal obligación se refuerza además con la exigencia de responsabilidad disciplinaria a la autoridad o funcionario por retrasar, dilatar o extender injustificadamente los plazos establecidos para la solución de los asuntos puestos a su consideración (artículo 46, inciso f del Decreto Ley No. 196 “Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado y el Gobierno” y 19, inciso e) del Decreto Ley No. 197 “Sobre las Relaciones Laborales de los Designados para Ocupar Cargos de Dirigentes y Funcionarios”, ambos de 1999) –contrario a lo que afirma la autora de que no se regula esa responsabilidad-. Y claro está que esas respuestas pertinentes necesariamente ha de ser expresas. Hablar de respuesta presunta es una contradicción, precisamente porque la presunción existe ante la falta de respuesta. El silencio es una omisión de la obligación de resolver a la cual la ley le atribuye un significado específico, el de presumir la voluntad, en nuestro caso de negar lo pedido. En otro aspecto, es claro que el principio de legalidad positiva que vincula a la Administración, consiste en que ésta debe hacer lo que la ley ordena, no lo que no le prohíbe, y por ningún lado el ordenamiento reconoce algún derecho de la administración al silencio. Y no puede hacerlo porque precisamente el fin de la Administración Pública es la satisfacción del bienestar social, y muy difícilmente pueda cumplir su cometido desatendiendo las quejas o peticiones de las personas a quienes está obligada a servir.

Al analizar la letra del artículo 677 de la LPCALE, se advierte la posibilidad de establecer demanda contra el *silencio administrativo* en el plazo de 30 días que “comenzará a decursar al siguiente día de aquel en que deba considerarse recaída la resolución presunta que agote la vía administrativa”. Sin embargo no define la ley qué se entiende por *silencio administrativo*. Aún cuando recoge una de sus modalidades en el ya analizado artículo 672, no utiliza en él dicho concepto, como si lo hace en el 677, aquí de manera indeterminada y sin remitirse ni aludir expresamente al 672; por lo que ante esta indeterminación puede completarse el concepto en el más amplio sentido que recoge la doctrina, esto es, como una institución aplicable a cualquier cuestión planteada por un particular a la Administración, bien por la vía de la petición o reclamación, o bien por la vía del recurso y por tanto, en cualquier caso, el interesado podrá establecer la impugnación que corresponda en la instancia gubernativa, o presentar la demanda judicial en el plazo previsto en este precepto si ha culminado aquélla.

El silencio administrativo por vía de recurso persigue agotar la vía administrativa y lograr la presunción que “causa estado” y pueda ser impugnado el acto ante la jurisdicción. En este caso existe ya un acto administrativo, aquél que se pretende invalidar con la interposición del recurso. Aquí se aplica el silencio administrativo sólo a los efectos de considerar que ha sido desestimado dicho recurso.

En cambio, el silencio en vía de petición o reclamación pretende crear la presunción de la existencia de un acto administrativo donde nunca hubo pronunciamiento de la Administración. No se pretende agotar la vía administrativa, sino al menos iniciarla.

Sí hay destacar que, aún con la confusión que puede generar el término “resolución presunta”, el precepto regula la cuestión del silencio negativo desde su propia naturaleza: la exclusivamente procesal, como presunción para favorecer el acceso al proceso y no como acto administrativo denegatorio.

El silencio negativo no es un acto administrativo,

“...no es ni puede ser una declaración de voluntad de la Administración, sino, precisamente, la ausencia de toda actividad volitiva, ante la cual no son admisibles procesos interpretativos destinados a averiguar el sentido de una voluntad que no existe. El silencio negativo es un puro hecho al que la Ley reconoce ciertos efectos jurídicos...”¹⁶.

Efectos que se limitan a impedir que la ausencia de un acto administrativo previo que pueda ser revisable por la jurisdicción determine el desamparo de los administrados para la defensa de sus derechos ante la pasividad de la Administración.

“... el transcurso del plazo del silencio no significa resolución del expediente, sino simplemente la posibilidad de que el particular, en vez de esperar indefinidamente una resolución expresa de su asunto, plantee la cuestión ante la jurisdicción revisora. Si el particular renuncia a este planteamiento, lo único que ha hecho es prescindir del arbitrio (ideado, por supuesto, a su favor) del silencio, para dejar que las cosas

¹⁶ FERNÁNDEZ, T. R. “Silencio negativo, actos consentidos y actos confirmatorios”. *Revista de Administración Pública*. no. 53. Madrid, 1967. pp. 282.

transcurran como si éste no existiese; es decir, que entonces esperará a que la Administración resuelva, y, a partir de la resolución, deberá disponer de los reglamentarios plazos para impugnar la decisión administrativa. No hay más remedio que admitir que, si no se quiere bastardear la institución, el silencio administrativo supone, por definición, una posibilidad de recurso para el particular, que, si no se utiliza, deja las cosas en el mismo punto en que se encontraban si el silencio no hubiese sido consagrado por la Ley.”¹⁷

El silencio negativo, por tanto, podrá equipararse al acto administrativo, pero sólo en la medida en que determina la competencia revisora de la jurisdicción. No puede ni debe derivarse de él ningún efecto jurídico material,

“porque no existe voluntad alguna de la Administración que el silencio pueda expresar, sino precisamente ausencia de actividad volitiva alguna. Solamente puede derivar del silencio negativo de la Administración efectos procesales, y de entre éstos únicamente los relativos a la apertura de la vía contenciosa. Cualesquiera otras consecuencias son ajenas a la institución, construida como una ficción legal, una presunción de interpretación restrictiva”¹⁸.

Es por ello que la demanda judicial ante el silencio no hace perder la facultad resolutoria de la Administración, si así fuera la decisión expresa tardía tendría el carácter de reproductora de una anterior firme (la producida por el silencio) y no pudiera contra ella interponerse reclamación.

Jurisdicción y vía de hecho

Constituye *vía de hecho* □según GARRIDO FALLA□, toda actuación material de la Administración Pública carente de un título jurídico que la justifique. Como regla, dicho título jurídico será el acto administrativo previo a la ejecución¹⁹.

Como ya se ha visto anteriormente, la naturaleza revisora del proceso y los criterios que sobre la misma ha dejado establecidos la jurisprudencia, impiden reaccionar directamente contra la actividad material constitutiva de la vía de hecho, por lo que al ciudadano que se haya visto afectado por la misma no le quedaría otro remedio que reclamar la emisión *a posteriori* del acto administrativo que legitime dicha actuación o eventualmente valerse de la técnica del silencio administrativo para acudir al proceso. La única posibilidad de atacar la *vía de hecho* administrativa se encuentra dentro de la jurisdicción civil, en el proceso de amparo contra actos provenientes de autoridades administrativas, regulado en los artículos 401 y siguientes de la LPCALE.

Consideraciones finales

La concepción de la jurisdicción contencioso administrativa, que sigue pivotando en torno a la regla de la decisión previa y al de acto administrativo formal como el elemento central del proceso, es el elemento en el cual radica la crisis actual del derecho procesal administrativo y se

¹⁷ GARRIDO FALLA, F. “La llamada doctrina del silencio administrativo”. Ob. cit. pp. 114.

¹⁸ FERNÁNDEZ, T. R. “Silencio negativo, actos consentidos y actos confirmatorios”. Ob. Cit. p. 282.

¹⁹ GARRIDO FALLA, F. “Ámbito de la jurisdicción contencioso- administrativa en España”. *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Ediciones Funeda, Caracas, 1995. p. 119

ha convertido, – como dijera NIETO, en el fantasma tradicional cuya misión parece ser la de impedir el acceso a la justicia aun en las situaciones más sangrantes.²⁰ □

La justicia administrativa cubana hoy no ofrece verdaderas garantías de tutela de los derechos o situaciones jurídicas de los individuos ni posibilita asegurar el buen funcionamiento de la Administración Pública, precisamente porque tradicionalmente se ha constreñido a resolver las controversias que origina el acto administrativo formal, razón por la cual debe propugnarse la ruptura de esa concepción de proceso al acto y la plenitud y el desarrollo de la justiciabilidad plena, “sin inmunidades del poder”, del proceso contencioso-administrativo.²¹ En ese orden resulta insoslayable reformular el objeto del proceso administrativo, o sea, el alcance de las pretensiones que se ventilan en él que procuren un control pleno de la *actividad administrativa*, término mucho más abarcador que comprende todas las formas de exteriorización de la voluntad de la Administración

La consideración de lo injustificado que resulta la imposibilidad legal de someter a control en sede judicial todas las otras manifestaciones de la actividad administrativa distintas al acto formal, en virtud de la crecida importancia que en lo cuantitativo y en lo cualitativo ellas revisten, es lo que ha llevado a la doctrina y unas cuantas legislaciones²² a preconizar que la

²⁰ NIETO, A. *La inactividad...* Ob.cit. p. 81

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas....” *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 79, 1993, p. 488.

²² El destacado procesalista GONZÁLEZ PÉREZ, en la conferencia que pronunciara en ocasión del Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo, en ciudad de México, 2000, da cuenta de las transformaciones que se han producido en las legislaciones distintos países latinoamericanos con respecto a la naturaleza de lo contencioso administrativo como proceso revisor del acto administrativo: “Todavía existen legislaciones en que aparece el acto administrativo como objeto central del contencioso-administrativo. Pero en la mayoría de los Estados una jurisprudencia progresiva ha ido abandonando la vieja concepción heredada del contencioso francés. Y hace bastantes años, en muchas leyes reguladoras del proceso administrativo, ya ha desaparecido el acto administrativo como objeto del proceso. Y se nos dice que la jurisdicción contencioso-administrativa esta instituida “para juzgar las controversias y litigios administrativos”, como el Código colombiano (artículo 1o.) y la mayoría de las leyes reguladoras de los Tribunales contencioso- administrativos que han ido apareciendo en los estados mexicanos. La Ley de justicia administrativa del estado de Jalisco de diciembre de 1999 empieza diciendo que “el juicio en materia administrativa tiene por objeto resolver las controversias de carácter administrativo y fiscal”. En otras legislaciones será la pretensión la que constituye el objeto del proceso. Tal es el caso de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de Costa Rica de 1961, que se ha mantenido en las distintas versiones del Código procesal contencioso-administrativo que han ido apareciendo, con una diferencia significativa: la Ley de 1961 habla de “las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo”. Mientras que en el anteproyecto de Código, versión de mayo de 2000, última que ha llegado a mi conocimiento, se habla de “las pretensiones que se deduzcan en relación con la conducta activa u omisiva de la Administración Pública, así como de cualquier relación jurídica, todas sujetas al Ordenamiento jurídico administrativo”. Pero es, sin duda alguna, el Código contencioso-administrativo de la provincia de Buenos Aires de 1997, el que ha acogido con mas fidelidad la concepción de la pretensión como objeto del proceso. Su artículo 1o.1 empieza diciendo que “corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas”, y a lo largo de su articulado aparecerá la pretensión procesal en su más correcta concepción”. *Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 8. Por otra parte, afirma GARCÍA DE ENTERRÍA: El contencioso-administrativo, de ser un medio de orden público de protección de la legalidad de la Administración, está pasando a ser en este fin de siglo, en varios países de

relación jurídico-administrativa desplace al acto como centro del derecho procesal administrativo. De esa forma, el acto administrativo deja de “constituir el fin del procedimiento y el principio de la tutela jurídica procesal”²³

El objeto del proceso administrativo —como de todo proceso— es la pretensión que se deduce ante un órgano jurisdiccional en demanda de justicia. En éste lo que dará lugar a la reacción que determinará la iniciación del proceso será una actuación — no sólo acto — o inactividad imputable a una Administración Pública o a un órgano del Estado o de otro ente público en ejercicio de actividad administrativa²⁴. La exigencia del acto previo no es una exigencia que viene impuesta por la esencia del proceso administrativo y, mucho menos, por una correcta configuración de un sistema de justicia administrativa²⁵, es un mero requisito cuya función lógica dentro del proceso estriba justamente en precisar la actitud de la Administración ante una situación concreta. (...) ya que en otro caso la intervención jurisdiccional se enfrentaría ante una actitud incógnita de la Administración, cuyos motivos y finalidades aparecerían velados por su carácter pasivo o negativo.²⁶

Sin embargo, ante el actuar activo de la Administración que resulta invasivo de la esfera jurídica del administrado que no haya sido producto de un pronunciamiento expreso, no tiene sentido exigirlo como presupuesto de admisión de la demanda, pues aquí no se está ante una actitud incógnita de la Administración, sino que se trata de una voluntad manifestada a través de una actuación material y es precisamente el cese de esa actuación material perturbadora, o sus efectos, el objeto de la reclamación.

El requisito del acto previo puede mantenerse, pero estrictamente en lo necesario y siempre y cuando no supongan un freno o menoscabo a la garantía de una justicia efectiva, excluyéndose por tanto, todos aquellos supuestos en que la ley no lo exija expresamente o en que el obligar a esperar por la decisión de la Administración (aún en los casos de presunción por silencio), hagan ya inútil la ulterior reclamación al órgano jurisdiccional o muy limitada la eficacia de su intervención. Aun cuando hay que reconocer que, si se elimina el requisito respecto de los actos no manifestados por escrito, los supuestos en que la regulación del proceso administrativo puede

la Unión Europea y aun, con todas las prevenciones que se quieran, incoativamente al menos, en Francia misma, país que forjó brillantemente el modelo, un sistema de tutela o protección de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. El siglo que se anuncia nos hará ver si esta tendencia, ya claramente discernible, como me he esforzado en exponer, se confirma definitivamente y nos hace entrar en un nuevo período, período en consonancia con el de primacía de los derechos fundamentales que caracteriza el sistema de Estado de Derecho de nuestro tiempo. ²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo xx. Una visión histórica y comparatista” *Revista de Administración Pública*. No. 152, 2000, p. 102.

²³ JINESTA LOBO, E. “El ámbito y las pretensiones de la jurisdicción contencioso administrativa. La necesidad urgente de su reforma”. *Versión digital del publicado en Revista Ivsitia*. Año 12. N° 141-142. Setiembre-Octubre. 1998, p.2

²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La Justicia Administrativa*. p.246

²⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J. “El proceso administrativo y la Constitución”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 14, Madrid, 1977. p. 367.

²⁶ NIETO, A., La inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso- Administrativo. *Revista de Administración Pública*. No. 37. p. 82. Madrid, 1962.

hacer ineficaz -por tardía- la actuación del Tribunal, no será por el requisito del acto previo, sino por el de agotar la vía administrativa, obligando al demandante a deducir los recursos administrativos ordinarios.²⁷

²⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J. “El proceso administrativo y la Constitución”. Revista Española de Derecho Administrativo No. 14, Madrid, 1977. p. 367.