

Art. 32 *Recurso administrativo previo*¹⁵³:

- (1) Como regla general el recurso administrativo previo es facultativo. Su interposición interrumpe el plazo para acceder a la jurisdicción administrativa.**
- (2) En los casos en que se exija el recurso administrativo previo, este requisito no será empleado para obstaculizar el acceso a la jurisdicción. La administración pública decidirá con celeridad, en un plazo que no debe exceder de un mes salvo causa justificada debidamente razonada. La ausencia de respuesta dentro de este plazo abre el acceso a la jurisdicción administrativa.**
- (3) El recurso administrativo previo no excluye la solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa.**

1. La norma en comentario propone que, como regla general, el recurso administrativo contra las medidas administrativas constituya una condición opcional para la acción judicial.

Si bien define como regla general la no obligatoriedad del recurso administrativo, la norma establece, sin embargo, la posibilidad de prever hipótesis específicas de obligatoriedad del recurso administrativo a efectos del acceso a la tutela judicial, con la única limitación de que “se exija el recurso administrativo previo, este requisito no será empleado para obstaculizar el acceso a la jurisdicción”.

En todo caso, se establece que la presentación del recurso administrativo interrumpe el plazo de acceso a la jurisdicción administrativa, y que la administración pública está obligada a resolver el recurso administrativo con prontitud, en un plazo no superior a un mes, salvo que represente una causa justificada, debidamente motivada. Tras el vencimiento de este plazo, el silencio permite el acceso directo a la jurisdicción administrativa.

El último párrafo establece que el recurso administrativo puede acumularse a la solicitud de tutela cautelar ante el juez administrativo.

2. La disposición en comentario es una de las que más debate suscitó en el grupo de trabajo. Había quienes se mostraban claramente partidarios de prever el recurso administrativo previo como condición

¹⁵³ Párrs. 1º-3º por D. U. GALETTA; párr. 4º por S. D’ANCONA.

de actuación siempre y en todos los casos –en la línea de lo previsto por el legislador alemán de la VwGO–, y quienes, por el contrario, consideraban que la regla debía ser que el demandante debía ser libre de elegir si seguía o no la vía del recurso administrativo antes de iniciar una acción judicial.

La elección que hace el Código se sitúa, por tanto, en medio de estas dos opciones opuestas. Consiste, en efecto, en prever el supuesto (no especificado por la norma en cuestión, sino dejado a la normativa reglamentaria) en el cual, antes de iniciar la acción judicial, el ciudadano debe haber iniciado un procedimiento de impugnación administrativo de los actos impugnados. En este sentido, dicho procedimiento de impugnación es una condición necesaria y procesal para el recurso ante el juez administrativo.

Además de la obvia disposición, que el recurso administrativo interrumpe el plazo de acceso a la jurisdicción, la disposición del apartado 2º es especialmente destacable. De hecho, con el fin específico de mitigar los posibles efectos negativos de la obligatoriedad de un recurso administrativo previo, se establece que existe un determinado plazo breve (un mes), tras el cual se establece una hipótesis de silencio devolutivo a la jurisdicción.

La apertura a posibles hipótesis de la obligatoriedad de un recurso administrativo previo también se ve mitigada, en el último párrafo, por una disposición que es bastante importante ya que permite al titular del derecho de la acción solicitar, en todo caso, mientras se resuelve el recurso administrativo, la tutela cautelar al juez administrativo.

3. La problemática acerca del recurso administrativo previo sólo se aborda en la legislación de la UE en algunos reglamentos específicos, como el Reglamento sobre la marca comunitaria¹⁵⁴. El Estatuto de los funcionarios de la UE también se ocupa (en el Título VII, *Recursos*) de los litigios relacionados con la función pública. A este respecto, en

¹⁵⁴ Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, del 26-2-2009, sobre la marca de la Unión Europea (versión consolidada), que regula el recurso previo ante las Salas de Recurso en los arts. 58 y ss. y especifica, en el art. 65.c.1, que “Contra las resoluciones de las Salas de Recurso podrá interponerse recurso ante el Tribunal General en materia de recursos”, disponible en <http://www.eurlex.eu>.

la versión actualmente en vigor, dicho Estatuto prevé (art. 91, apartado 2º) que sólo podrá ser admitido un recurso ante el Tribunal de Justicia:

- Si previamente se hubiere presentado reclamación ante la autoridad facultada para proceder a los nombramientos, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 90, y dentro del plazo que en el mismo se prevé;
- si respecto de esta reclamación se hubiere adoptado una decisión denegatoria, ya sea explícita o implícita.

En lo que respecta a los sistemas nacionales europeos de referencia, en particular el artículo 68 de la VwGO alemana, se establece expresamente que, antes de interponer un recurso, es necesario un procedimiento preliminar en el que se reexamine el acto, tanto en lo que respecta a su legitimidad como a su idoneidad. El precepto codifica, por tanto –en sentido contrario a la opción del Código–, que el recurso administrativo previo es la regla, de la que sólo se puede hacer una excepción cuando una ley lo prevea expresamente. Se especifica además que no es necesario el recurso administrativo previo cuando el acto administrativo haya sido dictado por una autoridad superior de los *Länder* o del *Bund*, salvo que una ley lo prevea expresamente. La regla del recurso administrativo previo también se aplica –según el c.2– a la hipótesis de una acción de ejecución en caso de que la solicitud de adopción del acto administrativo haya sido rechazada.

En el Derecho francés, aunque la regla es que la revisión administrativa previa no es obligatoria, se trata de una regla que se encuentra sujeta a numerosas excepciones. Estas excepciones figuran tanto en las cláusulas contractuales relativas a los contratos públicos como en las disposiciones legislativas o reglamentarias. La ley de reforma del contencioso de 31 de diciembre de 1987, con el objetivo de aliviar a la justicia administrativa, también preveía numerosas excepciones. En cualquier caso, para la interpretación del alcance exacto de estas excepciones a la norma y su relevancia, es necesario recurrir a la jurisprudencia administrativa, que se ha pronunciado con frecuencia sobre cuestiones relacionadas con esta cuestión específica¹⁵⁵.

¹⁵⁵ CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif* cit., ps. 403 y ss., y las amplias referencias doctrinales de las ps. 422 y ss. Para una evaluación crítica de la institución

Por último, en el Derecho español, la regla general es que los recursos en la vía administrativa son opcionales. La disciplina específica de los recursos administrativos está contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA al Título VII, Capítulo II, dedicado a los recursos administrativos).

4. Cabe señalar que en Italia el principio del recurso administrativo previo obligatorio estaba en vigor antes de la ley 1034 del 5 de diciembre de 1971, por la que se crearon los tribunales administrativos regionales (TAR). En ese sistema, la revisión jurisdiccional sólo se permitía contra el acto administrativo “definitivo”: es decir, era necesario que el interesado recurriera hasta el último nivel jerárquico antes de acudir al juez administrativo. Se exceptúan, por supuesto, los actos dictados por una autoridad del más alto nivel de la jerarquía administrativa (ministro) y los actos dictados por órganos no sujetos a jerarquía (órganos colegiados)¹⁵⁶.

Posteriormente, el marco jurídico cambió, de modo que en el sistema actual el recurso contra un acto no definitivo no puede encontrarse subordinado a ningún obstáculo y el recurso jerárquico –que es facultativo– sólo es posible para una instancia (*in unica istanza*, véase el art. 1º del decreto presidencial 1199 de 24-11-71)¹⁵⁷.

La superación del sistema de recurso administrativo previo en Italia fue consecuencia de la circunstancia de que este sistema parecía ser de dudosa compatibilidad con el marco constitucional. La obligación impuesta al ciudadano de interponer un recurso jerárquico –con exclusión del recurso directo ante el juez– se aparta, en efecto, de la disposición de la Constitución italiana que establece que la tutela ju-

del recurso administrativo previo, véase BONICHOT, J. C., *Le recours administratif préalable obligatoire: dinosaure juridique ou panacée administrative?*, en *Mélanges Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, ps. 81 y ss.

¹⁵⁶ FOLLIERI, E., *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli, 2011, ps. 283/304.

¹⁵⁷ El recurso jerárquico previo surge, sin embargo, en virtud del artículo 8.c.1 del decreto presidencial 1199/71, como condición para poder interponer el recurso extraordinario ante el jefe del Estado que, en el ordenamiento jurídico italiano, es alternativo al recurso judicial ante el juez administrativo según el dictado del artículo 8.c.2 del citado decreto presidencial (sobre este punto, véase TAR Catania [Sicilia], sec. III, 21-9-2018, N° 1783).

dicial no puede limitarse a determinados medios de recurso o para determinadas categorías de actos –en este caso, los actos definitivos– (art. 113.2 de la Constitución).

En cuanto a la hipótesis del silencio devolutivo de la jurisdicción prevista en el apartado 2º de la norma en comentario, esta solución coincide con lo establecido por la legislación italiana en materia de recursos administrativos. El artículo 6º del decreto presidencial 1199/71 prevé una hipótesis de silencio negativo: en efecto, transcurridos noventa días desde su presentación sin que la administración haya adoptado una decisión, el recurso administrativo debe considerarse tácitamente rechazado¹⁵⁸. En este sentido, la doctrina italiana ha concluido, de forma totalmente compartida, que el silencio producido sobre el recurso jerárquico no da lugar a una decisión tácita ficticia, pero produce efectos meramente procedimentales, en la medida que le permite al recurrente en vía jerárquica interponer inmediatamente un recurso judicial contra el acto inicial y no agota la facultad de la administración de resolver, aunque sea tardíamente, el recurso jerárquico¹⁵⁹.

Sin embargo, según la jurisprudencia más reciente, la resolución tardía del recurso jerárquico no permite al particular que, entretanto, ha interpuesto un recurso contra el acto inicial, presentar motivos adicionales que completen el recurso inicial, ya que la resolución desestimatoria es un acto que se limita a confirmar el acto impugnado ante el tribunal¹⁶⁰.

¹⁵⁸ VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione* cit., p. 32. Sobre el silencio de la administración sobre el recurso jerárquico, véase GARRONE, G. B., *Silenzio della p. a. (Voce) Dig. (Disc. Pubbl.)*, XIV, 1919.

¹⁵⁹ VIRGA, ob. cit., p. 32. Sobre la cuestión de la permanencia del poder de decisión en la alta dirección véase Consejo de Estado italiano, 24-2-2000, N° 983; Comm. Spec. del 5-2-2001, N° 479; TAR Milán (Lombardia), sec. III, del 17-2-2020, N° 311.

¹⁶⁰ TAR Catanzaro (Calabria), sec. I, del 11-3-2021, N° 528. El Consejo de Estado, en sentido uniforme, ha afirmado que en el recurso judicial contra una resolución adoptada a raíz de un recurso jerárquico, son inadmisibles nuevos motivos de impugnación que no hayan sido alegados en el citado foro contencioso-administrativo, salvo que no haya transcurrido el plazo para recurrir el acto original impugnado (Consejo de Estado, sec. VI, 19-11-2018, N° 6491). En términos diferentes, según una orientación ya más antigua, la decisión tardía reabría el plazo para interponer un recurso judicial y, por lo tanto, la no impugnación del acto tras la formación del