

Reformas incompletas, proyectos de futuro: El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS CRÍTICAS GLOBALES.—2.1. La inconveniencia de la división de textos.—2.2. La focalización *pro administratione*.—III. LAS REFORMAS NO EMPRENDIDAS DE MATERIAS YA REGULADAS.—3.1. El derecho de la organización.—3.2. El régimen del silencio administrativo y de la caducidad.—3.3. El régimen de los actos administrativos.—3.4. La potestad sancionadora.—3.5. La responsabilidad patrimonial.—3.6. El sistema de revisión de los actos administrativos.—3.7. Una reflexión sobre la metodología de una reforma.—IV. CUESTIONES PENDIENTES DE REGULACIÓN.—4.1. Las nuevas modalidades de procedimientos.—4.2. La actividad autorizatoria y de habilitación.—4.3. El régimen de prestación de los servicios públicos.—4.4. Las potestades autoritarias: inspección y empleo de la fuerza.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El trabajo persigue realizar un análisis general de las Leyes 39 y 40/2015 en tres aspectos: primero, describiendo los defectos globales que les afectan (principalmente, la división en dos textos y la intención principal de la reforma, dirigida a reforzar el funcionamiento de las Administraciones). Segundo, examinando las instituciones que, debiendo haber sido reformadas, no han sido objeto de modificaciones. Y tercero, enumerando las nuevas cuestiones que una futura legislación de procedimiento y régimen jurídico debiera emprender.

* Catedrático de Derecho Administrativo.

PALABRAS CLAVE: *Administraciones Públicas; procedimiento administrativo; organización; actos administrativos; sanciones; responsabilidad; recursos administrativos; autorizaciones; servicios públicos.*

ABSTRACT

The paper aims to conduct a general analysis of Acts 39 and 40/2015 in three areas: first, a description of the global defects that affect them (mainly, the division into two texts and the main intention of the reform, aimed at strengthening the functioning of the Administrations); second, an examination of those institutions that, although they should have been reformed, have not been subject to any modifications; and third, a list of new matters that any future procedural legislation and legal regime should undertake.

KEYWORDS: *Public Administrations; administrative procedure; organization; administrative acts; fines and penalties; liability; administrative appeals; authorizations; public services.*

I. INTRODUCCIÓN

Es un fenómeno característico de la cultura española el que la mayor parte de los textos legales que integran los pilares básicos del ordenamiento sean recibidos por la comunidad jurídica con patentes muestras de hostilidad: así ocurrió ya —recordemos solo el ejemplo más señero— con el Código Civil, sometido desde sus primeros pasos a una acerba censura¹. Pero en punto a recibimientos críticos, es muy probable que la regulación del procedimiento administrativo se lleve, de lejos, la palma, en todas las ocasiones en que han visto la luz los sucesivos textos básicos en esta materia. La Ley de Bases de 1889 fue acogida por la doctrina con un silencio que tenía bastante de despreciativo²; la Ley de Procedimiento de 1958 levantó

¹ No solo, como suele decirse en ocasiones, de los foralistas: vid. F DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General*, I, Madrid, 3.ª ed., 1955, p. 229-231.

² Aun teniendo en cuenta los hábitos de la doctrina de aquellos años, más inclinada a la especulación teórica que al análisis de los textos legales (de los que en muchos casos se prescindía olímpicamente), no deja de sorprender la atención prácticamente nula que le prestaron las obras generales. No hay una sola mención a la Ley en las obras de FERNANDO MELLADO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Madrid, 2.ª ed., 1894, en la de VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, 3.ª ed., 1892; solo alusiones fugaces en las de ANTONIO ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, Madrid, 2 vols., 1909-1910, y de JOSÉ GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 2 vols., 1897-1936; únicamente tres páginas en la poco conocida obra de LUIS JORDANA DE POZAS, *Derecho Administrativo (Contestaciones al Cuestionario del Ejercicio teórico de las Oposiciones al Cuerpo de Secretarios de Ayuntamiento)*, Madrid, Librería General de V. Suárez, 1924, p. 178-180, y otras tantas en el manual de RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Barcelona, 2.ª ed., II, 1931, p. 385-387. El único análisis mínimamente completo, aunque muy tardío, se encuentra en la obra de JOSÉ MARÍA VILLAR Y ROMERO, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1944, *passim*.

ampollas en la práctica totalidad de los Departamentos ministeriales, que consiguieron neutralizarla parcialmente con el célebre Decreto de 20 de octubre de 1958, que extrajo de su ámbito de aplicación una buena parte de los procedimientos entonces existentes; la Ley 30/1992 produjo un auténtico escándalo, llevando a la inmensa mayoría de la doctrina a pedir formalmente su inmediata derogación; y las nuevas Leyes 39 y 40/2015 no han merecido, hasta la fecha, más que serias reprobaciones, poniendo en cuestión tanto su oportunidad cuanto muchas de sus novedades.

Este fenómeno puede quizá explicarse teniendo en cuenta que todos estos textos legales tienen como rasgo común el haber sido elaborados por reducidos grupos de servidores públicos, inspirados por muy concretas preferencias personales, y no demasiado proclives a facilitar una amplia participación de otros expertos. La Ley de 1889 fue una iniciativa personal exclusiva, parece, de Don Gumersindo de Azcárate, más conocido en su época por su ideario republicano y krausista que por su dedicación al derecho público o por su experiencia administrativa³; y los proyectos de las sucesivas Leyes de 1958, 1992 y 2015 fueron gestados, todos ellos, por pequeños grupos de juristas dirigidos, respectivamente, por Don Laureano López Rodó en el primer caso, y por los titulares de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, en los dos restantes. Es comprensible, en este marco, que la marginación de que fueron objeto otros colectivos de empleados públicos, provistos de serios conocimientos y experiencia en el funcionamiento de las Administraciones, produjera en ellos una lógica reacción negativa; a lo cual coadyuvó, *a posteriori*, el hecho, igualmente común, de que todos los proyectos fueran objeto de aceleradas tramitaciones parlamentarias en las que las enmiendas aceptadas pudieron contarse con los dedos de la mano.

Es fácil intentar desautorizar las críticas que todo nuevo texto legal suscita, atribuyéndolas a raptos de celos científicos, a decepciones por no haber sido consultados o, de modo más pedestre, a la reacción de pereza que suscitan, al obligar a todos los juristas a un reestudio de las normas, con la seria incomodidad inherente al cambio topográfico de las regulaciones y de la numeración de los artículos. Algo ha habido de todo esto, sin duda: pero ello no justifica las deficiencias objetivas de los textos —que las tuvieron y las tienen—, ni legitima el escaso nivel de participación en la elaboración de los proyectos.

Me refiero ya, específicamente, a las Leyes 39 y 40/2015. Es cierto que estos textos venían anunciados en el informe inicial de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas⁴, y también que los anteproyec-

³ No consta, en efecto, que Azcárate desempeñara cargo alguno en la Administración activa española de aquellos tiempos (salvo su pertenencia transitoria al Cuerpo de Letrados de la Dirección General de los Registros): fue meramente diputado por León desde 1886 hasta su fallecimiento en 1917. Y su dedicación universitaria parece, también, bastante alejada del derecho público, habiendo desempeñado en la entonces Universidad Central las cátedras de Economía Política y Estadística, Historia General del Derecho Español, Instituciones de Derecho Privado y Legislación Comparada.

⁴ Accesible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF, p. 73.

tos fueron sometidos, durante un mes, a un trámite de información pública en la web; pero no lo es menos que el informe CORA solo fue leído, fuera de la Administración estatal, por algunos que padecemos el vicio inconfesable de la curiosidad profesional; que la inserción de un texto en una página web es, posiblemente, la mejor manera de que nadie se entere de su existencia; y que la vía telemática no es, en absoluto, la más idónea para transmitir observaciones de la extensión que exigen textos tan relevantes. La importancia mayúscula de estas iniciativas hubiera exigido un grado de publicidad material mucho mayor; y hubiera sido muy prudente que, antes de someter los textos a información pública, al menos se hubiera confiado la labor de efectuar un análisis crítico completo de los mismos a un corto número de expertos que no hubieran intervenido en su redacción: una intervención más amplia y plural hubiera permitido salvar muchas de aquellas deficiencias.

No es esta la primera vez que expreso mi opinión sobre estos textos legales. Lo hice antes de su aprobación⁵, junto con otros compañeros del mundo universitario, cuando los proyectos acababan de acceder a las Cortes Generales, con la leve esperanza de que algunas de las reflexiones que me suscitaban pudieran ser acogidas en el trámite parlamentario. No me choca, ni me decepciona ya, que tales reflexiones (las mías, y las de todos los demás intervinientes) fueran desoídas. Tampoco es mi pretensión poner ahora remedio a lo que es ya irremediable, por haberse convertido en derecho positivo que debe ser aplicado. Pero la fuerza de las cosas no debe forzarnos a renunciar a futuras reformas más afortunadas; y, para ello, conviene dejar constancia de las críticas globales que las nuevas Leyes merecen, y que ya se expusieron con mayor extensión en la publicación antes citada (II); aludir a los más importantes de los temas que, tratados ya en la Ley 30/1992, hubieran merecido una reforma en estas Leyes (III); y, finalmente, reseñar un puñado de cuestiones que la vigente legislación (ni la anterior) aborda, pero que, a mi entender, sería altamente conveniente fueran objeto de un tratamiento legislativo (IV).

II. LAS CRÍTICAS GLOBALES

2.1. La inconveniencia de la división de textos

Son, a mi entender, tres las críticas generales que se han vertido a las nuevas Leyes 39 y 40/2015. La primera de ellas, haber escindido la regulación en dos textos legales, lo que es tan notoriamente innecesario como perturbador.

⁵ El texto fue publicado en Documentación Administrativa n.º 2 (Nueva Época, Enero-Diciembre 2015).

Se ha dicho que la división de textos parece responder a un intento de recuperar la dualidad formal que se hizo en los años cincuenta del siglo pasado con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, de un lado, y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, de otro. No creo que ese haya sido la razón determinante de la dualidad; entre otros motivos, porque aquella separación fue puramente accidental, no buscada de propósito, y carente de cualquier justificación técnica. Más bien, el motivo parece hallarse en la necesidad de separar físicamente la regulación de dos materias respecto de las cuales el Estado posee títulos competenciales diversos *ex* artículo 149.1.18 CE (el régimen jurídico de las Administraciones Públicas —una competencia exclusiva total— y el procedimiento administrativo, competencia compartida con las comunidades autónomas). Personalmente, no creo que tal diferencia exista; pero, aunque fuera así, no habría sido nada difícil desglosar el distinto alcance de cada uno de los preceptos a través de su enumeración en la disposición final de una ley única, como ahora se hace habitualmente.

Pero, sobre todo, la dualidad de leyes es perturbadora para todos los aplicadores de Derecho, porque impone el estéril esfuerzo de localizar en uno y otro texto la regulación de materias unitarias, ahora artificialmente escindidas. No tiene razón alguna de ser, por ejemplo, que los principios de la potestad sancionadora o de la responsabilidad patrimonial se ubiquen en la Ley de Régimen Jurídico (arts. 25 a 37), mientras que las reglas sobre sus respectivos procedimientos se dispersen por la Ley de Procedimiento Administrativo Común (arts. 63 a 65, 67, 81, 85 y 90 a 92). Es también asistemático que el régimen de los convenios finalizadores de los procedimientos se sitúe en la Ley de Procedimiento (arts. 34 a 52, 86 y 88), mientras que el de los restantes convenios administrativos (ya sean interadministrativos o con sujetos privados) se contenga en la de Régimen Jurídico (arts. 47 a 53).

Pero, además, la dualidad de textos ha dado lugar a reiteraciones innecesarias, que pueden suscitar dudas interpretativas (me refiero, por ejemplo, al artículo 2 de cada una de estas Leyes, entre cuyos textos existen diferencias casi imperceptibles⁶), así como a un desmedido *big bang* de principios legales de funcionamiento de las Administraciones Públicas, que se enumeran reiterativamente en los artículos 3, 4, 81 y 140 LRJSP, y en los artículos 71.1, 72.1, 75.4 y 129 LPAC.

Y, por no dejar nada en el tintero, debo aludir a dos cuestionables “enclaves”. De una parte, la lógica extrañeza que ha suscitado la inserción íntegra del antiguo texto de la LOFAGE en el seno de la LRJSP, un enclave asistemático que carece de cualquier justificación: la regulación de la estructura orgánica de *una Administración*, por importante que sea, no tiene nada que ver con el régimen jurídico de *todas las Administraciones*. Por más que la LOFAGE no sea, precisamente, un prodigio de técnica jurídica, bien

⁶ Así, la omisión de una frase en el apartado 2.b), y la exclusión, en la LRJSP, del apartado 4 del mismo artículo de la LPAC.

podría haberse dejado donde estaba⁷. Si tenemos en cuenta que las dimensiones de este extraño enclave suponen una buena parte del texto de la LRJSP (arts. 54 a 139, de un total de 158), su separación hubiera permitido incorporar el resto del articulado a la LPAC, sin que esta adquiriese un tamaño desorbitado.

Y lo mismo cabe decir de la “refundición”, en el seno de estas dos Leyes, del contenido de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; una Ley que, a juicio de los expertos en informática, quedará manifiestamente obsoleta a la vuelta de muy pocos años (en donde no lo está ya), y que hubiera sido preferible mantener como texto independiente, lo que haría su inevitable reforma más fácil que encontrándose incorporada a normas tan relevantes como las que tratamos.

En todo caso, ha de reconocerse que esta primera censura se apoya en cuestiones de comodidad, principalmente, que no deben ser especialmente relevantes en el trabajo de aplicación práctica de los textos.

2.2. La focalización *pro administratione*

Más seria es la segunda de las críticas dirigidas a las dos Leyes, su focalización exclusiva y excluyente en, desde y para la Administración. Las Leyes 39 y 40 son dos textos redactados dentro de la Administración, por miembros de la misma, y cuya preocupación *prácticamente única*, en las innovaciones que introduce, parece haber sido atender a las necesidades de las Administraciones y favorecer su eficacia; lo que resulta preocupante. Hace muchos años, el profesor Garrido Falla nos enseñó que toda regulación del procedimiento administrativo ha de basarse en un exquisito equilibrio entre las potestades y prerrogativas de la Administración y las garantías de los ciudadanos frente a ella; y es incuestionable que las dos nuevas Leyes atienden casi exclusivamente al primero de los términos de este binomio.

La preocupación por reforzar la eficacia administrativa se manifiesta, sobre todo, en la atención obsesiva que ambas leyes prestan a la implantación de la llamada Administración electrónica, cuya reiteración en todo tipo de instituciones supera, en ocasiones, el límite de lo hilarante: registros electrónicos de apoderamientos, identificación y firma electrónica de los interesados, obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones, registros de entrada electrónicos, archivo electrónico de los documentos, validez de los documentos electrónicos y de sus copias, notificaciones electrónicas y un largo etcétera que sería inútil prolongar ahora.

⁷ Esta inclusión, por lo demás, da lugar a ubicaciones que, como las antes citadas, darán lugar a problemas interpretativos. Me refiero a la regulación, dentro de lo que antiguamente era el texto de la LOFAGE (Capítulo VI del Título I de la LRJSP: arts. 118 a 127), de la figura de los consorcios, cuyo texto parece referirse a los integrados por cualesquiera Administraciones Públicas, pero que, por su localización sistemática, podría entenderse que se refiere solo a aquellos en los que participa la Administración General del Estado.

Esta preocupación es, en primer lugar, innecesaria, porque todo lo que se prescribe minuciosamente en los nuevos textos legales es algo que llegará espontáneamente, nos guste o no, por la fuerza exclusiva de la evolución tecnológica: ninguna norma ha impuesto que en las Administraciones se sustituyan las viejas máquinas de escribir por ordenadores. Es también, en segundo lugar, de una obsolescencia muy rápida, porque el progreso de los medios de comunicación hará pronto que prescripciones absurdas como la firma electrónica sean pronto antediluvianas. Y es, en tercer y último lugar, absurdamente constrictiva y desconocedora de la realidad social española, al imponer *manu militari* el deber de comunicarse electrónicamente con la Administración a colectivos, muchos de cuyos miembros no se han incorporado aún a esta nueva cultura; me refiero, por ejemplo, a las personas que integran múltiples sociedades y comunidades de bienes dispersas por todo el territorio nacional y, por supuesto, fuera de los núcleos urbanos más avanzados.

Pero si la búsqueda de la eficacia es un objetivo difícilmente discutible, deja de serlo cuando su obtención se hace en perjuicio de los límites y garantías que los ciudadanos debemos disfrutar frente a las Administraciones. La LPAC, en efecto, aparenta una intensa preocupación por mejorar la condición de los administrados; pero tal preocupación no va más allá de la enumeración de unos vagorosos principios, como los de servicio objetivo a los ciudadanos, simplicidad, claridad y proximidad; principios que no son, dicho con todo respeto, más que palabrería. Porque cuando se desciende al plano de las técnicas jurídicas concretas y operativas, el incremento de las cargas de los interesados y de los poderes de la Administración que se advierte en ambas Leyes es considerable. No puedo detenerme en cada uno de ellos, por lo que tendré que limitarme a enumerar alguna de las regulaciones más alarmantes.

a) Suscita alarma, en primer lugar, la regulación que el artículo 18 de la LPAC hace de **los deberes de colaboración e información** que se imponen a los ciudadanos, ampliando tales deberes a todos los supuestos no expresamente previstos por las leyes. Y, si es cierto que, en estos casos, este deber se excluye en los casos en que la información solicitada por la Administración “atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales”, no lo es menos que incluso estos límites desaparecen cuando se trate de aplicar la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas. Esta es una cuestión que hubiera merecido una regulación (y un debate público previo) mucho más minuciosa y cuidada, y mucho más respetuosa con la libertad de los ciudadanos que la que ahora se le proporciona, que consagra un poder prácticamente omnímodo de indagación de las Administraciones sobre cualquier tipo de actividad de los ciudadanos⁸ y que incluso se permite convertir esa “colaboración” (un vocablo deliberadamente

⁸ Un poder que tiene su máxima expresión en la normativa tributaria, consagrada y potenciada por una jurisprudencia máximamente complaciente: véase, p. ej., la STS de 3 de noviembre de 2011 (Rec. 2117/2009), de la que traen causa otras muchas posteriores (así, la STS de 20 de noviembre de 2014, Rec. 3073/2012, y las que en una y otra se citan).

elegido por su suavidad) en una obligación jurídica cuyo incumplimiento es sancionable como una infracción autónoma o como una causa determinante de un mayor grado de culpabilidad. Como ya he tenido ocasión de decir en otro lugar, es literalmente intolerable que las normas jurídicas amparen al presunto delincuente en su derecho a mentir paladinamente a la policía o a los jueces, y consideren este derecho como una infracción cuando el ciudadano no delincuente se ve incurso en una actuación administrativa (también sancionadora). Este es uno de los temas capitales de nuestro pretendido Estado de Derecho, que algún día habrá de abordarse con una franqueza hoy excluida por la corrección política.

b) No menores estremecimientos provoca la nueva enumeración de **las medidas provisionales** que realiza el artículo 56.3 de la LPAC. No descarto la posibilidad de que una enumeración de tales medidas se hiciera con afán de limitar la inventiva de las Administraciones, imponiendo medidas provisionales aberrantes o desproporcionadas; pero el resultado, en tal caso, traicionaría tal intención, porque el listado de medidas no solo es literalmente descomunal (y abierto: véase su letra i), sino que comprende decisiones gravísimas, como la suspensión de actividades, el cierre temporal de establecimientos o la consignación previa de las cantidades que se reclamen a un ciudadano. Lo que, en suma, hace este precepto, es atribuir en bloque a las Administraciones decisiones que normalmente solo pueden ser adoptadas por la autoridad judicial (como revela la nada inocente invocación que se hace de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y que pueden ser tomadas en cualquier procedimiento administrativo antes incluso de comenzar a ser tramitado. Como en el anterior caso, el tema es *de una gravedad extrema*, y solo puedo lamentar que no sea esta la ocasión propicia para tratarlo con la profundidad que merece.

c) En el mismo orden de trascendencia y prevención se sitúa la nueva y minuciosa regulación de la figura de **la denuncia** establecida en el artículo 62 de la LPAC, y, dentro de ella, del régimen de clemencia a favor de los denunciantes. Como ya he señalado en otra ocasión, este bárbaro procedimiento es una frívola importación, hecha a través de la normativa sobre defensa de la competencia, proveniente del sistema judicial norteamericano, un sistema de brutalidad puramente medieval que se explica, allí, por la escasez de informaciones que las autoridades públicas poseen de la actividad de los ciudadanos de la Unión y de medios para obtenerlas; una realidad absolutamente alejada de la existente en los países europeos, cuya tradición intervencionista les ha puesto en posesión de un volumen de datos sobre cada uno de los ciudadanos inimaginable en la Unión americana.

Resulta asombroso, y demuestra una apabullante falta de conocimientos históricos, que un Estado europeo intente recuperar, en los albores de este nuevo siglo, un medio de represión que fue forjado como el instrumento favorito de los sistemas penales del Estado absoluto, y empleado sistemáticamente por los regímenes totalitarios del siglo XX. La denuncia y el perdón al delator son una técnica de dominación mediante el terror y la desconfianza recíproca entre los súbditos, un procedimiento primitivo de

represión que, por lo mismo, choca con una larga tradición de repulsa social hacia el mismo: no en balde padecemos por estos pagos, durante más de trescientos años, un espanto llamado Tribunal del Santo Oficio. Y si es comprensible (aunque no justificable) que el Estado intente resucitar esta técnica absolutista como un método expeditivo de suplir su carencia de medios en la investigación de las conductas ilegales, no lo es que cierre los ojos ante la trágica realidad de nuestra sociedad, en la que las denuncias y las acciones públicas no responden a una mentalidad de ejercicio responsable de deberes cívicos, sino un aliviadero de oscuros impulsos de venganza personal y, más recientemente, de guerra económica sucia. El artículo 62 de la LPAC es una auténtica vergüenza nacional, que solo merece su derogación pura y simple, precedida de las excusas procedentes.

d) Destacar estas piezas magistrales, dignas de un museo de los horrores, no debe hacernos olvidar algunas otras innovaciones —desafortunadas y de la misma intención— de gravedad algo menor. Me refiero, en primer lugar, a la paulatina desvirtuación de la más afortunada de las novedades que incorporó a nuestro derecho positivo la Ley 30/1992, **el plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos**. Como ya he dicho en otras ocasiones, fue esta una medida revolucionaria que, por primera vez en la historia, impuso a las Administraciones un régimen de plazos preclusivos que hasta entonces solo pesaba sobre los ciudadanos: una medida que causó una profunda conmoción en todos los servicios de la Administración, habituados hasta entonces a trabajar a un ritmo similar al que se respira en los dicasterios romanos, donde el tiempo no cuenta y se vive *sub specie aeternitatis*. La Administración no ha tenido valor para suprimir de raíz esta conquista, lo que debe celebrarse; pero no ha perdido ocasión para, al menos, extender ampliamente los plazos reales de tramitación y dar así un respiro a los responsables del trámite.

La LPAC ha perseguido este objetivo en diversos preceptos, no siempre con la deseable transparencia. Comencemos por reseñar el artículo 55.1, con su aparente intento de puntualizar el instituto de la información o actuaciones previas (que ya figuraba en el brevísimo artículo 69.2 de la Ley 30/1992) en el ámbito de los procedimientos sancionadores. Lo que ahora se hace es permitir a la Administración, en esta fase previa al procedimiento, realizar las actuaciones necesarias para “determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros”. Esta precisión mueve a la extrañeza, ya que tales actuaciones son, precisamente, las que deben constituir el núcleo del propio procedimiento sancionador, si no la totalidad del mismo. Pero lo que viene a significar es una habilitación a la Administración sancionadora para realizar la práctica totalidad de los trámites integrantes del procedimiento antes de que este se inicie formalmente; con lo cual, lo que se consigue es una ampliación subrepticia del plazo máximo de duración del mismo; en lugar de ampliar formalmente dicho plazo, se permite a la Administración tramitarlo en su práctica inte-

gridad antes de que el reloj empiece a correr. Y ello no pasaría de ser una picardía infantil si no se diera la inadmisibile consecuencia de que, de esta forma, se eluden fácticamente los principios de publicidad y contradicción inherentes a esta clase de procedimientos, cuyos trámites se consuman a espaldas del imputado.

Otros casos de ampliación de los plazos máximos de resolución se contienen en el nuevo artículo 22 de la LPAC, en el que se recogen y amplían sensiblemente los supuestos de suspensión del cómputo de dichos plazos que establecía el artículo 42.5 de la Ley 30/1992. Son de nuevo cuño los enumerados en las letras c) y g) del apartado 1, así como los tres mencionados en el apartado 2^o. Pero hay algún otro solapado, como el que resulta de la supresión, en el apartado 1.d), del adjetivo “determinantes” que figuraba en la letra c) del precepto antes citado de la Ley 30/1992: de tal supresión (que es objetivamente afortunada, puesto que nadie acertó a precisar el significado de este adjetivo) resulta que durante el plazo de emisión de todo tipo de informes meramente preceptivos se suspende el cómputo del plazo. Y, en tal situación, podríamos preguntarnos qué utilidad tiene fijar un plazo máximo cuando, en la inmensa mayoría de los casos, el único trámite de que consta un procedimiento y que consume tiempo es, aparte el de alegaciones de los interesados, la emisión de informes preceptivos.

e) No puede dejar de aludirse, en último lugar y con la misma brevedad, a la regulación que el artículo 32 de la LRJSP contiene de las instituciones de la **responsabilidad por actos legislativos inconstitucionales o contrarios al derecho de la Unión Europea**; una regulación que, bajo la apariencia de acoger generosamente estas modalidades de responsabilidad (ya consagradas por la jurisprudencia), solo persigue restringir su alcance, imponiendo los requisitos de que el particular (i) haya recurrido previamente la actuación administrativa que ocasionó el daño, (ii) haya alegado en el proceso la inconstitucionalidad posteriormente declarada, y (iii) se haya pronunciado sentencia firme desestimatoria de tal recurso.

Ninguno de estos requisitos tiene el menor fundamento. El primero, porque, además de incrementar gratuitamente el nivel de litigiosidad, aconsejando a todo particular recurrir una actuación dañosa *por si acaso*, desconoce que hay actos normativos *self-executing*, que producen daños sin que medie actuación administrativa alguna. El segundo, porque fuerza a los litigantes a inventarse motivos de inconstitucionalidad, igualmente con carácter preventivo o cautelar (¿y qué ocurre si la imputación de inconstitucionalidad que se alega no es la misma que luego determina la anulación de la norma por el Tribunal Constitucional?). Y el tercero, porque excluye

⁹ Cuyo significado, por cierto, hubiera merecido alguna explicación, porque su texto es difícilmente comprensible. No conozco caso alguno de procedimientos para cuya resolución “sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional” (apartado 1.c) (salvo, quizá, la condena penal para la revisión de un acto administrativo constitutivo de delito); y, modestamente, me confieso por completo incapaz de entender el supuesto de hecho previsto en el apartado 2.a).

los supuestos en que la sentencia haya sido estimatoria del recurso, pero por motivos distintos de la apreciación de la inconstitucionalidad (y, también, cuando el proceso haya finalizado con una declaración de inadmisión o por cualquier otro cauce de los previstos en la legislación procesal).

Cabría mencionar otros diversos preceptos de la LPAC y de la LRJSP en los que se introducen modificaciones *facilitadoras* de la actividad administrativa (en perjuicio de los intereses de los administrados, por supuesto); pero los límites físicos que impone una publicación de esta naturaleza no lo permiten. Consideradas en su conjunto, ofrecen una imagen pésima de un legislador muy escasamente respetuoso con las garantías de los ciudadanos. Y, aunque estoy seguro de que esta tendencia *pro Administración* no forma parte de ningún perverso plan autoritario, el resultado de estos recortes es el mismo: desde el primero de octubre de 2016, los españoles nos encontramos un poco menos protegidos frente a las Administraciones que antes.

III. LAS REFORMAS NO EMPRENDIDAS DE MATERIAS YA REGULADAS

Una tercera característica general de las nuevas Leyes, que también ha sido objeto de crítica, es su extremo conservadurismo en el tratamiento de algunas de las instituciones básicas contenidas en la Ley 30/1992, que han sido sometidas a una profunda revisión por parte de la doctrina desde 1992, pero cuya regulación el legislador ha decidido dejar prácticamente intactas. Me referiré de inmediato a cuáles sean estas instituciones; pero antes parece necesario formular una advertencia.

Es preciso advertir a los aplicadores del Derecho (me refiero solo a quienes hemos llegado a familiarizarnos con el texto de la Ley 30/1992) que la apariencia que estas Leyes ofrecen de dejar las cosas prácticamente como están es parcialmente falsa y engañosa. Una lectura rápida de los nuevos textos legales es sumamente arriesgada, porque hay en ellos docenas de pequeñas modificaciones y matices (traídos, en su mayor parte, de la doctrina de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, que se ha buscado sistemáticamente) que pueden pasar inadvertidos: no se puede dar nada por sabido, suponiendo que el artículo que hemos de aplicar sigue diciendo lo mismo, porque en muchos casos no es así. Un ejemplo, entre otros muchos que podrían mencionarse, lo constituye el nuevo artículo 117.3 de la LPAC: el artículo 111.3 de la aún vigente Ley 30/1992 prevé la suspensión automática de los actos recurridos en vía administrativa por el transcurso de 30 días (hábiles) sin resolver sobre la misma; este plazo se reduce a un mes en la nueva Ley, que son bastantes menos días (sobre todo en los meses sembrados de fiestas).

Mucho más digno de mención es, como antes señalé, la difícilmente comprensible directriz de continuidad estricta en la regulación de las instituciones centrales del procedimiento administrativo y del régimen jurídico de las Administraciones, que han sido sometidas a una rigurosa puesta en

cuestión por la doctrina desde hace años, pero cuya disciplina se mantiene intacta.

3.1. El derecho de la organización

La LRJSP, en primer lugar, debería haber emprendido una renovación completa de las normas generales del derecho de la organización, que apenas han sufrido innovación alguna respecto de las muy esquemáticas que estableciera, hace más de medio siglo, la Ley de Procedimiento de 1958. Y, en este terreno, el campo de trabajo es literalmente inmenso.

a) No es justificable, de una parte, que la LRJSP haya eludido la urgente tarea de establecer una **tipología clara y rigurosa de los entes públicos** que todas las Administraciones pueden crear y del derecho, público o privado, que deben aplicar en cada caso; es responsabilidad del Estado, y competencia exclusiva suya, establecer dicha tipología, terminando con la inventiva desplegada por algunas comunidades autónomas y ayuntamientos, que no ha creado más que inseguridad jurídica. El poder de autoorganización que ostentan las comunidades autónomas y, en menor medida, los entes locales, no alcanza a determinar los modelos abstractos de personas jurídicas a los que deben someterse sus potestades de creación de entidades concretas; esto es lo que sucede en el ámbito del derecho privado, y no hay razón para mantener otro criterio en el de la organización pública.

No es bastante, por ello, que el Estado se haya limitado a establecer esta tipología para sí mismo (como hoy se hace en el artículo 84 de la LRJSP y, de modo más limitado, en el artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local): no solo porque esta tipología no es vinculante (solo orientativa) para las comunidades autónomas, sino porque incluso en el ámbito del Estado es claramente insuficiente, como demuestra el elevado número de entes de régimen especial que aún subsisten¹⁰ por haber resultado imposible su encaje en ninguno de los tipos hoy establecidos.

b) En el seno de cada una de las organizaciones personificadas, sería muy necesario que la legislación abordara la definición de algunas de **las relaciones interorgánicas**: a mero título de ejemplo, si la jerarquía sigue

¹⁰ Nada menos que cuarenta y cinco, según los datos del Inventario de Entes del Sector Público Estatal a fecha de hoy (6 de mayo de 2016): la Agencia Española de Protección de Datos, Puertos del Estado y las 16 Autoridades Portuarias, el Banco de España, el Centro Nacional de Inteligencia, los Centros Universitarios de la Defensa y de la Guardia Civil, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Consejo Económico y Social, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, los Consorcios de las Zonas Francas de Barcelona, Cádiz, Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla y Vigo, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, el Instituto Cervantes, el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, el Museo del Prado, la Obra Pía de los Santos Lugares de Jerusalén, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo y la Universidad Nacional de Educación a Distancia. A todos ellos habrían de sumarse las aún existentes Agencias Estatales, cuya reconversión a alguno de los modelos actuales es, en algunos casos, problemática.

existiendo y cuáles son las potestades inherentes a la misma (porque el ejercicio de los poderes de mando no puede apoyarse exclusivamente en la amenaza de cese), los límites del deber de obediencia y el efecto exculpatorio de esta; en qué consista el poder de dirección, tanto en las relaciones entre cargos de confianza como en las que existen entre los miembros de la clase política y el funcionariado profesional; y cuál sea el contenido del deber constitucional de imparcialidad de la función pública y la forma de co-honestarlo con el deber de obediencia a los agentes del partido o partidos gobernantes en cada Administración. Y, en el mismo ámbito, sería urgente una regulación detallada de la mecánica de funcionamiento de **los órganos colegiados**, que continúa siendo absurdamente escuálida y fijada en la reglamentación de cuestiones secundarias, como el contenido de las actas.

c) Por fin, y sin pretensión alguna de agotar el tema, sería también muy necesario determinar las relaciones de cada Administración matriz con sus entes instrumentales: en concreto, los poderes que la primera puede ejercer sobre los segundos y sus límites. Al igual que decíamos antes respecto de la jerarquía, tales relaciones de subordinación no pueden basarse ya, exclusivamente, en la dinámica informal de los poderes de cese de los titulares de los máximos órganos ejecutivos de dichos entes instrumentales.

3.2. El régimen del silencio administrativo y de la caducidad

Es necesario someter a un profundo reexamen, sin autoengaños, el régimen del silencio administrativo y de la caducidad. Los puntos a reconsiderar, en este orden de cosas, son innumerables, por lo que habré de conformarme con enumerar alguno de ellos:

— no es admisible la ficción que la LPAC sigue admitiendo, al proclamar (en la línea de la Ley 30/1992) que el silencio positivo es, en nuestro ordenamiento, la regla general, cuando todas las leyes que se dictan regulando un nuevo procedimiento (salvo las de transposición de la Directiva de Servicios) sientan la regla contraria;

— no es de recibo, tampoco, que la eficacia constitutiva del silencio positivo haya sido prácticamente neutralizada declarando nulos de pleno derecho los actos así producidos cuando el solicitante carezca de los requisitos esenciales [art. 47.1.f)], sin indicar en modo alguno algún criterio que permita identificar cuáles sean tales requisitos esenciales, y cuáles no;

— como ya advertimos antes, no es admisible que la técnica del plazo máximo de resolución, esté siendo progresivamente desvirtuada mediante la ampliación sistemática de las circunstancias de hecho que suspenden su cómputo (art. 22 LPAC);

— y no es presentable que el vigente régimen de la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio permita (con refrendo jurisprudencial) tramitar sucesivamente un procedimiento tras otro, sometiendo a los interesados a una pena de banquillo permanente. En tanto permanezcan entre

nosotros las figuras de los plazos preclusivos para recurrir y para el ejercicio de derechos, y del acto consentido, parece obligado aplicar también a la Administración la figura del *one shoot*, sin la limitación derivada de la no expiración del plazo de prescripción que la jurisprudencia tributaria ha establecido respecto de las liquidaciones anuladas por razones de forma o fondo¹¹; si ha de aplicarse la técnica del tiro único, que sea para todos.

3.3. El régimen de los actos administrativos

Es igualmente urgente reconsiderar todo el tratamiento de la validez y eficacia de los actos administrativos, que todavía sigue inspirada en las simplezas que nuestros antecesores copiaron de la doctrina italiana en los años cincuenta del siglo pasado. Las cuestiones a examinar y revisar son diversas y, como en los casos anteriores, no podemos ir más allá de enumerarlas:

— hay que abordar, primero, el tema esencial de la presunción de veracidad (no de legalidad) y de acierto de las actuaciones administrativas, hoy limitada al otorgamiento de un (incierto) plus de credibilidad a las afirmaciones o valoraciones contenidas en los actos administrativos, pero que puede anularse mediante la realización de una simple prueba pericial judicial (hecha, por cierto, por un profesional del que solo puede presumirse su imparcialidad, pero no mayores conocimientos en la materia), como admite la jurisprudencia a propósito de los acuerdos de los Jurados de Expropiación;

— sería igualmente muy conveniente tratar de precisar la cuestión de la posible retroactividad (o no) de los reglamentos; al menos, en la medida en que ello sea posible, habida cuenta de la soberana imprecisión que existe en toda la materia de retroactividad de las normas y sus diversas modalidades (de grado máximo, medio o mínimo¹²);

— y, sobre todo, es imprescindible emprender una regulación del régimen de las notificaciones que salvaguarde la eficacia de la Administración y los derechos y la tranquilidad de los particulares que se relacionan con ella (estableciendo, por ejemplo, períodos de inhabilidad para practicarlas), y que precise los supuestos en los que han de tenerse por válidamente efectuadas. La disciplina vigente de esta institución es de una pobreza abrumadora, habiendo obligado a la doctrina jurisprudencial a emitir una innumerable cantidad de fallos para cubrir las carencias de la legislación en la materia¹³.

¹¹ Véanse, por ejemplo, las SSTs de 15 y 29 de septiembre de 2014 (Rec. 3948/2012 y 1014/2013) y de 15 de junio de 2015 (Rec. 1551/2014).

¹² Véanse, a título de mero ejemplo, las SSTC 42/1986, 99/1987, 70/1988, 97/1990 y 112/2006.

¹³ Así, véanse los exhaustivos resúmenes de dicha jurisprudencia que se contienen, por ejemplo, en la STS de 26 de mayo de 2011 (Rec. 308/2008); y, más recientemente, en la STS de 27 de noviembre de 2014 (Rec. 4484/2012).

3.4. La potestad sancionadora

Lo mismo debe decirse del régimen de la potestad sancionadora. Ya se ha dicho todo del absurdo esquematismo de que adolece su regulación, heredado de la Ley 30/1992 y de un erróneo entendimiento de los títulos constitucionales de los que dispone el Estado. La lectura de cualquiera de las monografías dedicadas al tema acredita la multiplicidad de cuestiones que requerirían una respuesta legislativa, que no puede ni debe intentar traerse del mundo del proceso y de la jurisdicción penal, cuya finalidad institucional poco o nada tiene que ver con el ejercicio de los poderes represivos que la Administración debe ejercer. No comparto, ni nunca he compartido, la celebrada tesis de la unidad del *jus puniendi* del Estado, una propuesta que prestó un cierto servicio en la etapa histórica en la que la potestad sancionadora carecía de toda regulación y se hallaba anclada en presupuestos anteriores al Estado constitucional, pero que hoy contamina gravemente su regulación y su ejercicio. Sin renunciar a algunas de sus garantías, creo preciso desvincular definitivamente el régimen de los poderes penales y sancionadores administrativos del Estado, y dotar a estos últimos de una disciplina propia.

Los ámbitos en los que dicha disciplina debe ahondar son prácticamente todos los que constituyen hoy los pilares de su régimen jurídico. Es imprescindible redefinir el alcance del principio de tipicidad, que solo puede ser aplicado estrictamente cuando las conductas infractoras son fácilmente identificables por su reducido número (como sucede en materia penal), no cuando se trata de reprimir los incumplimientos de los centenares de miles de obligaciones y deberes que la legislación administrativa impone a los ciudadanos. Es también necesario repensar el ámbito del principio de culpabilidad y la posibilidad de sancionar las simples inobservancias cuando se trata de infracciones y sanciones leves cometidas en masa. Es urgente dar un cierto sentido y utilidad a reglas como el *ne bis in ídem*, prácticamente inutilizado por la jurisprudencia (no hay dos infracciones y sanciones que tengan el mismo fundamento jurídico, si no quiere apreciarse). Y es necesario regular con cuidado el régimen del concurso de infracciones y sanciones. Todos estos temas exigirían un conjunto de precisiones que, desgraciadamente, no tienen cabida en una publicación como esta.

3.5. La responsabilidad patrimonial

Consideraciones semejantes cabe hacer respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuyo régimen es, hoy, el paradigma de la más absoluta inseguridad jurídica. Por más que se hayan expuesto ya, en muchas ocasiones, no es impertinente censar brevemente sus desfallecimientos.

a) Es absurdo seguir manteniendo **el mito de la responsabilidad objetiva y universal** de las Administraciones y de la indemnizabilidad

de los daños causados por el funcionamiento normal de los servicios públicos, que en la práctica, y salvo excepciones de equidad contadas, ningún tribunal aplica, pese a proclamarlo enfáticamente. En la misma línea, es necesario reconsiderar el reconocimiento genérico de una responsabilidad general por riesgo de las Administraciones, responsabilidad que no es financieramente asumible en términos similares a los que pueden ocasionar los sujetos privados; sencillamente porque no hay entidad capaz de crear mayor número de riesgos y más graves que los entes públicos. Uno y otro parámetro son simplemente irreales, y solo concebibles en el marco de un Estado mínimo: es una fantasía pretender la indemnizabilidad de todos los actos causados por el funcionamiento de un Estado esencialmente prestacional.

b) Es imprescindible tratar de precisar, en la medida de lo posible, **los criterios configuradores de la lesión indemnizable**, que son la suma misma de la vaguedad y de la indeterminación. Nadie ha acertado a definir, de forma mínimamente comprensible, en qué consiste el deber jurídico de soportar el daño; ni a proporcionar un criterio aproximativo para separar los daños individualizados de los generales; ni a distinguir los bienes futuros indemnizables a título de lucro cesante de lo que se denominan despectivamente meras expectativas. Y nadie ha acertado a hacerlo porque muy probablemente es imposible; lo que lleva a que, en la actualidad, todas estas nociones sean objeto de una aplicación casuística, intuitiva y voluntarista —forzosamente— por parte de los jueces y tribunales contenciosos, haciendo radicalmente impredecible, para las partes, cuál será la solución que se adopte.

c) Y lo mismo cabe decir del **importe de la indemnización** a abonar, cuyos conceptos (al menos, los más importantes y comunes) debieran ser precisados, así como su cuantía. Si la regulación vigente no proporciona seguridad alguna a los sujetos dañados, la inseguridad para la Administración es aún mucho mayor, por la absoluta ausencia de criterios para fijar el importe de las indemnizaciones; de manera que, como ya se ha dicho, las Administraciones españolas son las únicas aseguradoras de riesgos del mundo que no pueden calcular la cuantía de las indemnizaciones a que habrán de hacer frente ni, por tanto, establecer reservas matemáticas para ello.

3.6. El sistema de revisión de los actos administrativos

Las más generales e intensas críticas doctrinales que se han hecho a las materias reguladas en las sucesivas leyes de procedimiento —y que han sido permanentemente desoídas— han recaído sobre el sistema de revisión de los actos administrativos, tanto en vía de revisión de oficio como de recursos; cuestión que la LPAC ha dejado prácticamente intacto.

a) Estas críticas no han sido especialmente intensas en relación con el régimen de **la revisión de oficio**, cuyo espíritu inequívocamente ga-

rantista ha experimentado un fuerte deterioro en virtud de circunstancias colaterales, pero determinantes.

La Ley 30/1992 (sobre todo, tras la reforma de que fue objeto por la Ley 4/1999) restringió seriamente las posibilidades de utilización de esta técnica de revocación de actos favorables, limitándola a los supuestos estrictos de nulidad de pleno derecho (y eliminando la anterior posibilidad de revocación, por el mismo procedimiento, de los actos manifiestamente ilegales) y aludiendo a la necesidad de indemnizar los daños que se causaren al destinatario del acto revocado.

Este régimen de garantía se apoyaba, no obstante, en el presupuesto tácito de la reconocida imparcialidad del Consejo de Estado, cuyo rigor en la apreciación de efectivos vicios de nulidad era un dato incuestionable; un presupuesto que se puso en trance de desaparecer desde el momento de la instauración de los órganos consultivos autonómicos equivalentes, en el cual, y por duro que sea reconocerlo, ha hecho que la revisión de oficio se haya convertido en un auténtico coladero, que encubre una potestad de revocación prácticamente incondicionada de los actos nulos (o no) en aquellas comunidades autónomas que disponen de consejos especialmente complacientes con las iniciativas de las Administraciones que nombran y cesan a sus miembros, pese a la independencia que formalmente les reconocen sus normas constitutivas. Es también obligado reconocer que, felizmente, los supuestos en que esto ocurre son contados; pero no es menos cierto que los malos ejemplos cunden con facilidad, y que no es fácil resistirse a la presión de una Administración activa que pretende revocar un acto dudosamente ilegal invocando a su favor la doctrina sentada por órganos consultivos de otras comunidades en supuestos similares.

En tal situación, y en la nada aventurada hipótesis de un deterioro general del sistema, debería considerarse seriamente la posibilidad de derogar el actual artículo 106 LPAC y remitir todo supuesto de revisión a la vía del recurso de lesividad; si se quiere, y con objeto de proporcionar mayor garantía a la actuación administrativa, exigiendo el dictamen previo del órgano consultivo como requisito para el ejercicio de dicha acción.

b) Las mayores censuras al régimen de revisión de la legalidad de los actos han recaído, desde hace cerca de medio siglo, sobre **el sistema de recursos administrativos**, que la LPAC mantiene sin más alteraciones que la mínima mencionada páginas atrás. Sería ocioso que tratara de reiterar o resumir ahora sus defectos estructurales, que la doctrina ha expuesto, sin solución de continuidad, durante cerca de medio siglo, hasta convertirse en un lugar común: como técnica de control, los recursos administrativos son virtualmente inútiles, por el insignificante porcentaje de estimaciones a que dan lugar, habiéndose convertido, simplemente, en un puro privilegio que permite a la Administración postergar durante meses el acceso a los tribunales.

Es menos común, pero digna de consideración, la tesis de quienes aún defendemos la posibilidad y la conveniencia de una revitalización parcial de esta técnica utilizando alguna de las fórmulas que, sin éxito alguno, insinuó

el artículo 107.2 de la Ley 30/1992¹⁴, que evitarían a los recurrentes de menor poder económico eludir los gastos inherentes a un proceso contencioso. Creo que es ocioso continuar insistiendo en fórmulas como la conciliación, la mediación y el arbitraje, hacia las que las Administraciones españolas se han mostrado siempre particularmente alérgicas; no parece que reste otra posibilidad real que una generalización paulatina de la experiencia de los recursos y tribunales administrativos de recursos contractuales, sin duda uno de los mayores éxitos organizativos de los últimos años¹⁵.

3.7. Una reflexión sobre la metodología de una reforma

La simple enumeración de todas las reformas que exigiría nuestra legislación de procedimiento y régimen jurídico de las Administraciones puede constituir una explicación, aunque no una justificación, del continuismo que muestran las Leyes 39 y 40/2015 en el tratamiento de las instituciones básicas de esta materia; porque abordarlas todas, o una parte sustancial de ellas, hubiera sido literalmente imposible en el limitado espacio de tiempo que el Gobierno se impuso para redactar y aprobar los nuevos textos.

Quiero decir que revisar a fondo la regulación del procedimiento administrativo, a la vista de las tareas que habrían de emprenderse, es un trabajo que requerirá varios años, más de los que comprende una legislatura de normal duración; y un trabajo, sobre todo, que no deberá nunca intentarse realizar de una manera global, porque así jamás podrá hacerse y culminarse con éxito. A mi entender, la magnitud de la tarea es tan considerable que no cabe más alternativa que emprenderla con un método de trabajo exactamente opuesto al que se ha empleado para la elaboración de las dos nuevas Leyes; un método apoyado sobre dos pilares.

Primero y fundamental, una reforma por partes, que aborde sucesivamente el análisis de cada una de las instituciones, y que se concrete en un texto legal independiente. Y segundo, una reforma de origen plural, que refleje, en la medida de lo posible, el parecer común de todos los colectivos interesados en esta regulación: quiero decir que una nueva disciplina del procedimiento administrativo no puede ser confeccionada solo por funcionarios, ni solo por jueces, ni solo por abogados, ni mucho menos solo por profesores universitarios, sino por representaciones cualificadas de todos estos colectivos, actuando de consuno; y que los borradores que se generen habrán de ser sometidos a un debate público amplio y prolongado (no a una simple y fugaz información pública), y después reconsiderados por los mismos colegios que los redactaron a la vista de las observaciones y críticas a que hayan podido dar lugar.

¹⁴ Y que, incomprensiblemente, vuelve a repetir el artículo 112.2 de la LPAC: si en veintitrés años no se ha hecho uso de las vías alternativas de control que se previeron en 1992, ignoro la utilidad que tiene reiterar una insinuación que nadie parece tener interés en acoger.

¹⁵ Sobre los cuales me permito remitir a mi libro *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 41 y ss.

Sin duda, lo que acaba de decirse constituye una obviedad, pero la conveniencia de repetirlo es incuestionable. La inmensa mayoría de las normas jurídicas aprobadas en los últimos decenios han sido objeto de elaboraciones confiadas a una sola persona o a un reducido grupo de trabajo, sobre cuyos borradores se insertan ocurrencias de todo tipo y origen. Y la experiencia que personalmente poseo en el trabajo de redactar borradores de normas jurídicas me dice que todo proyecto elaborado por una sola persona o por un pequeño colectivo homogéneo incurre sistemáticamente en errores e incoherencias que solo pueden detectar quienes han sido ajenos por completo a la redacción del borrador; y ello con independencia de la honestidad y dedicación que se haya puesto en ello. Este es el principal reproche que puede hacerse a las dos nuevas Leyes: es admirable el empeño y la dedicación que se ha puesto en la labor de confeccionar los proyectos, que ha de reconocerse sin ambages; pero un proyecto surgido del trabajo de un gabinete, por competentes que sean sus miembros, nunca puede resultar satisfactorio, como este trabajo ha pretendido demostrar.

IV. CUESTIONES PENDIENTES DE REGULACIÓN

La descripción de las reformas hechas y no hechas en la vigente regulación del procedimiento administrativo no agota el elenco de cuestiones que habrían de abordarse. La doctrina ha llamado la atención, también, sobre muchas cuestiones y materias que la legislación de procedimiento ha venido ignorando sistemáticamente, pero que con el tiempo han devenido capitales. De una parte, ha señalado, con acierto, que el modelo que se plasmó en la Ley de 1958, y que hemos heredado en sustancia, responde a un tipo de procedimiento bilateral, trabado entre un órgano administrativo y un particular, relativo al ejercicio de potestades de intervención sobre la actividad privada, con fuertes connotaciones procesalistas; y ha advertido, también, que hay otros muchos tipos de procedimientos y de modalidades de los mismos que la legislación no contempla y cuya regulación, hecha con perspectivas muy distintas a las que inspiran el modelo único hoy existente, sería necesaria. Aquí se sitúa lo que algunos autores llaman, con cierta pretenciosidad, la “nueva frontera” de la reforma del procedimiento administrativo, que no puede limitarse a perfeccionar las instituciones que la legislación vigente contempla, sino a regular, prácticamente *ex novo*, muchas cuestiones de nuevo cuño. Como antes hice respecto de las ya existentes, me limitaré a mencionarlas con brevedad, dejando para otras ocasiones un mayor desarrollo.

4.1. Las nuevas modalidades de procedimientos

Comenzaré, para ello, aludiendo a modalidades de procedimiento cuyos presupuestos fácticos no encajan en el modelo consagrado por la LPAC,

pero que actualmente se tramitan de acuerdo con sus reglas; con las disfunciones consiguientes.

Me refiero, en primer lugar, a los procedimientos que podríamos llamar interadministrativos, en los que una Administración asume la posición clásica de interesado (p. ej., solicitando una licencia o siendo objeto de una liquidación tributaria o de una sanción). Parece bastante evidente que el principio de igualdad ante la ley no puede exigir tratar estas Administraciones como simples particulares; no lo son, y defienden intereses y competencias públicas, lo que desaconseja que los procedimientos respectivos sean en todo caso resueltos mediante la decisión unilateral y autoritaria de una de las Administraciones; es necesario buscar otro tipo de soluciones procedimentales, con elementos de negociación y consenso, dentro del respeto a la Ley.

Hablo, también, de los procedimientos complejos o multi-Administración, en los que la realización de una actividad por parte de un particular requiere la intervención decisoria de varias Administraciones u órganos administrativos dotados de competencia concurrentes, que es normal que lleven a situaciones de bloqueo de un ente público por otro: quizá sea necesario retornar sin escrúpulos a la antigua técnica que consagró el artículo 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, atribuyendo la tramitación y la decisión final a una única Administración u órgano, sin perjuicio de asegurar una intervención cualificada en el procedimiento a las restantes Administraciones u órganos competentes.

Y aludo también, por último, a los procedimientos que la doctrina ha dado en llamar triangulares, en los que intervienen, además del interesado directo, otras personas o colectivos que pueden preconizar soluciones concurrentes, coadyuvantes o contradictorias con las que se pretenden. La intervención de estas personas ya está prevista en la LPAC (y desde antiguo); pero no se encuentra bien definida la posición que dichos terceros pueden desempeñar en el procedimiento, la forma en que ha de tener lugar su intervención, hoy reducida a la presentación de escritos de alegaciones y, sobre todo, la posibilidad de actuación de entidades representativas de intereses colectivos, que suele resultar harto polémica por las connotaciones políticas que muchas de tales entidades poseen.

4.2. La actividad autorizatoria y de habilitación

Un segundo tipo de procedimientos cuya regulación debería emprenderse en profundidad es el relativo a la actividad autorizatoria: esto es, como dice el sucinto artículo 69.1 LPAC, los procedimientos para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio. La transposición de la Directiva de Servicios ha llevado a una supresión, algunas veces excesiva, del trámite autorizatorio, con grave riesgo para los intereses generales, y, sobre todo, ha abierto entusiásticamente la puerta a las nuevas técnicas de la declaración responsable y de la comunicación. La puesta en práctica de estas técnicas, muy características de la nueva actividad administrativa de

regulación, está poniendo de manifiesto que son procedimientos mucho más incisivos, limitativos y peligrosos para los particulares que hacen uso de ellos, porque no se determina cómo, por qué y hasta cuándo puede la Administración receptora de la declaración o comunicación intervenir *a posteriori* en la actividad privada, impidiéndola si la estima ilegal o sujetándola a requisitos gravosos inicialmente no previstos. La experiencia que da el trato con inversores permite decir que ninguno de ellos está dispuesto a asumir el riesgo de una inversión elevada sin disponer de una autorización clásica, por mucho tiempo que se emplee en su otorgamiento; nadie quiere quedar al albur de decisiones posteriores de la Administración que, en base a cualquier interpretación de los requisitos legales, frustre su proyecto en una fase avanzada o culminada de realización y le reduzca a la imposibilidad de afrontar los compromisos de financiación que haya asumido; y a la ruina, en muchos casos.

4.3. El régimen de prestación de los servicios públicos

Se ha dicho, también, que la legislación de procedimiento administrativo parece confeccionada para el funcionamiento de una Administración de autoridad, que realiza casi exclusivamente actividades de las tradicionalmente llamadas de policía. Esta apreciación es exacta, y tan evidente como la patente ausencia, en dicha regulación, de cualquier atisbo de un régimen general de prestación de servicios y actividades públicas, implícitamente remitido a normas internas; a los que la legislación local continúa llamando reglamentos del servicio.

Como en algún otro lugar he señalado, el desinteresamiento de la Ley por esta cuestión tiene una causa fácilmente identificable. El que las unidades estatales prestaran servicios a sus súbditos o ciudadanos es un fenómeno históricamente muy reciente, que se desarrolló, en cierta forma, al margen del Derecho. El que el Estado se preocupara del bienestar de los ciudadanos prestándoles nuevos servicios debió ser una sorpresa tan grata (para unos ciudadanos para los que los poderes públicos no habían sido otra cosa, desde los orígenes de la historia, que un sistema institucional de rapiña), que es comprensible que nadie se preocupara de poner límites y requisitos a iniciativas tan benéficas como inusuales. Pero esta mentalidad no es sostenible en nuestros días, en los que el Estado social, sin mengua alguna de sus poderes de autoridad, se ha convertido en una organización básicamente destinada a proporcionar prestaciones de toda naturaleza, en cantidad y calidad impensables hace solo doscientos años. Y tales prestaciones han terminado asumiéndose por los ciudadanos como una parte tan natural de su existencia cotidiana que cualquier irregularidad o anomalía en su desempeño es susceptible de causar daños y trastornos considerables.

La necesidad de que el Derecho, y las normas, entren a disciplinar esta actividad, se debe, en primer lugar, a que la prestación de los servicios lleva anejo, en no pocos casos, el ejercicio de poderes de autoridad; poderes que,

también en muchos casos, son ejercidos *de facto* por personas o empresas privadas a las que las Administraciones confían la ejecución material de la actividad, pero que, al no ser Administración, no se consideran sujetos a los requisitos formales y a los límites materiales que embridan la actividad directamente prestada por los entes públicos; ni sus decisiones, adoptadas sin procedimiento alguno, resultan ser fiscalizables por ninguna Administración ni tribunal.

Pero la necesidad de una regulación se refiere también al ámbito de los usuarios de los servicios, cuyo estatuto se encuentra, por lo general, en un estado de absoluta indefinición. Cuestiones tan elementales como las consecuencias de no abonar las tasas o prestaciones patrimoniales, las condiciones o limitaciones en el uso del servicio, o el derecho a obtener una prestación de acuerdo con determinados criterios objetivos de prioridad carecen de reflejo alguno en nuestras normas jurídicas.

4.4. Las potestades autoritarias: inspección y empleo de la fuerza

Y termino esta enumeración aludiendo a dos cuestiones particularmente ingratas, porque afectan al núcleo mismo del poder público, y cuya regulación suele ser eludida por las leyes. La primera, el ejercicio de las potestades de inspección, que en los últimos años han recibido una atención doctrinal muy intensa. Salvo en el ámbito de la inspección tributaria, el desarrollo de esta potestad por los restantes órganos administrativos carece de disciplina alguna, lo que determina que tienda a ejercerse de manera frecuentemente arbitraria. Nadie consideraría ociosos unos cuantos preceptos que establecieran el ámbito y los límites de las facultades del personal inspector, y los derechos y las obligaciones de las personas inspeccionadas, que pueden afectar al derecho a no declarar contra sí mismo; y es necesario reconsiderar muy seriamente la constitucionalidad de los preceptos legales que tipifican como sanción la negativa o resistencia a la actividad inspectora, con abstracción de los motivos que pueden justificarla.

La última de las cuestiones que debería abordar una regulación completa del procedimiento es la extremadamente delicada del empleo de la fuerza física por los agentes de la Administración para asegurar el cumplimiento de la ley o la ejecución de los actos administrativos. No se trata solo de la cuestión capital del empleo de las armas de fuego, sino de la forma en que hayan de llevarse a cabo los supuestos de ejecución forzosa y de lo que el artículo 104 LPAC continúa llamando compulsión sobre las personas: decir que en tales casos han de respetarse la dignidad de las personas y los derechos reconocidos en la Constitución está muy bien, pero es claramente insuficiente. ¿Cómo ha de materializarse el desalojo de un inmueble, en caso de oposición violenta y activa de sus ocupantes? ¿O la entrada en un domicilio, cuando los agentes están provistos de una autorización judicial? ¿O la represión de una manifestación ilegal, si los agentes son agredidos

por los manifestantes? ¿O la desobediencia abierta de la orden de detenerse impartida por un agente de tráfico? ¿Cuánto tiempo pueden detenerme y qué exigencias pueden formularme? Nada de esto se regula en nuestras leyes, que huyen espantadas de toda referencia al empleo de la fuerza; lo cual neutraliza la actuación de los agentes prudentes, y somete a cualquier tipo de arbitrariedad ejercida por quienes carecen de esta virtud.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los análisis preliminares que se hacen de las nuevas leyes suelen resumirse, como dije al principio, en censuras a las mismas y en expresiones de nostalgia por el derecho que quedó atrás. No debe omitirse el hecho de que esta actitud se diluye tempranamente, mutándose en otra de aceptación, a medida que las dificultades de aprendizaje se van superando lentamente, para terminar con frecuencia en la pura y simple adhesión. Así ocurrió con la Ley de Procedimiento de 1958, tras la agria recepción con que fue saludada, pero de la que ahora no se escuchan más que elogios técnicos, aun tratándose de una norma dictada en el seno de un régimen político que nadie quiere siquiera recordar. Y así sucedió también, con más intensidad aún, con la Ley 30/1992, de la que se llegó a exigir su inmediata derogación, pero con la que hemos aprendido a convivir, tras el *restyling* de que fue objeto en 1999; incluso con cariño, hasta el punto de que muchos la echan hoy de menos.

No creo que debamos caer, pues, en el exceso: sin duda, estas nuevas leyes no son lo mejor que pudieran haber sido, pero tampoco suponen ninguna catástrofe, salvo algunas excepciones, antes mencionadas, que es de esperar se administren con prudencia. Han sido, qué duda cabe, una oportunidad perdida para rectificar algunos de los aspectos menos acertados de nuestro ordenamiento y, por ello, no pasarán a la historia como hitos relevantes de nuestro derecho positivo. Quizá su única virtud consista en la oportunidad que proporcionan para reabrir el debate sobre sus contenidos más importantes y para estimular reformas más en profundidad, más valientes y menos improvisadas, como las que se han intentado exponer en estas páginas. Tenemos una legislación de procedimiento que no es nada mala, comparativamente hablando, y sabemos ya dónde hemos de actuar para mejorarla sustancialmente. Manos a la obra, pues.