

la reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público

juan alfonso SANTAMARÍA PASTOR
josé maría BAÑO LEÓN
avelino BLASCO ESTEVE
tomás CANO CAMPOS
julián VALERO TORRIJOS

4

COL·LECCIÓ DEBATS



Institut d'Estudis Autònomic

la reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público

la reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público

Ponencias de la «Jornada sobre el Régimen Jurídico
y el Procedimiento Administrativo Común»

Palma, 29 de marzo de 2016

juan alfonso SANTAMARÍA PASTOR
josé maría BAÑO LEÓN
avelino BLASCO ESTEVE
tomás CANO CAMPOS
julián VALERO TORRIJOS



Institut d'Estudis Autonòmics

Diseño de la cubierta: © Idea original de Ludmila Rivacoba Wamba

Dirección de la Colección: Lluís J. Segura Ginard

Primera edición: octubre, 2016

© De la presentación: Felio José Bauzá Martorell, 2016

© De los textos: los autores, 2016

© De esta edición:



G CONSELLERIA
O PRESIDÈNCIA
I INSTITUT ESTUDIS
B AUTONÒMICS
/

C/ de Sant Pere, 7, 4t — 07012 Palma
Teléfono 971 17 65 86 — Fax 971 17 60 06
<http://iea.caib.es>

Producción:



LLEONARD MUNTANER
✂ ✂ Editor ✂ ✂

Apartado de Correos, 828 / C/ Joan Bauçà, 33 - 1º
07080 Palma (Mallorca) / 07007 Palma (Mallorca)

Teléfono 971 25 64 05 - Fax 971 25 61 39
editorial@leonardmuntanereditor.cat

ISBN: 978 - 84 - 95904 - 50 - 8
Depósito Legal: PM - 1.424 - 2016

PRESENTACIÓN

FELIO JOSÉ BAUZÁ MARTORELL

Coordinador de las Jornadas

La reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público operada por las Leyes estatales 39 y 40 de 2015 bien merece una serena y profunda reflexión, como la que, el día 29 de marzo de 2016, durante el período de *vacatio legis*, se llevó a cabo en Palma de Mallorca con ocasión de las Jornadas cuyas ponencias aquí se publican, organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares con la colaboración de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

La evolución histórica de la regulación normativa, la oportunidad de la reforma, los aciertos, y los olvidos, del legislador, entre otras, son algunas de las materias que cinco juristas de primer nivel sometieron a debate.

El volumen que el lector tiene en sus manos, y que acoge la «Col·lecció Debats» del Instituto de Estudios Autonómicos, recopila las ponencias una vez revisadas por sus autores, algunas de las voces más autorizadas de la doctrina iusadministrativista actual.

Comienza el libro con *Panorámica general de la reforma del procedimiento administrativo*, tema sobre el que disertó el Dr. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. A continuación le siguen cuatro intervenciones sobre cuestiones fundamentales de la nueva regulación del procedimiento administrativo y el sector público. Se trata, en primer lugar, de *Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015, de 1 de octubre*, ponencia que corrió a cargo del Dr. JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. El Dr. AVELINO BLASCO ESTEVE, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de las Illes Balears, trató del régimen de *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre*. Una mate-

ria especialmente sensible en el seno del procedimiento que no podía dejar de abordarse es el régimen sancionador, objeto de la intervención *Novedades e interrogantes en la nueva regulación de la potestad sancionadora de la Administración*, del Dr. TOMÁS CANO CAMPOS, profesor titular (acreditado catedrático) de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Cabe señalar, por último, que una jornada sobre la reforma de las Leyes de 2015 debía forzosamente dedicar atención a la Administración electrónica, materia de la que se ocupó, con la ponencia *La reforma de la Administración electrónica en relación con el régimen jurídico del sector público y el procedimiento administrativo común*, el Dr. JULIÁN VALERO TORRIJOS, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia.

La reciente entrada en vigor de dichas Leyes el día 2 de octubre de 2016, así como la polémica jurídica que han suscitado entre la doctrina estos textos legales, y que ha sido parcialmente llevada ante el Tribunal Constitucional, constituyen una ocasión magnífica para publicar estas aportaciones de la doctrina científica, tarea que el Instituto de Estudios Autonómicos ha acometido con gran solvencia y acierto.

Palma, octubre de 2016

PANORÁMICA GENERAL DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

I. SORPRESA Y ENFADO

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), han producido en la comunidad jurídica una reacción muy viva; especialmente, en la comunidad académica. Los proyectos fueron elaborados en un selecto grupo de trabajo, compuesto por funcionarios jurídicos de alto nivel destinados en el Ministerio de la Presidencia, sin colaboración externa alguna; fueron aprobados tras una acelerada tramitación parlamentaria en la que no se aceptó prácticamente ninguna enmienda; y, finalmente, publicados, ya como Leyes, en el *Boletín Oficial del Estado* ante el asombro de una buena parte de los juristas españoles, que carecían de toda noticia sobre su preparación.

Las reacciones negativas que estos acontecimientos han producido han sido las que cabía esperar: tras la sorpresa, las críticas han surgido unánimes ante los evidentes e inevitables defectos de que adolecen estos dos textos legales; y permanecerán durante largo tiempo, porque las explicaciones aportadas por las fuentes oficiales no han sido todo lo satisfactorias que debieran. Es cierto que estas leyes venían anunciadas en el conocido como informe CORA, y que los anteproyectos fueron sometidos, durante un mes, a un trámite de información pública en la web; pero también lo es que dicho informe solo fue leído, fuera de la Administración estatal, por algunos que padecemos el feo vicio del conocimiento, y que la inserción de un texto en una página web es, posiblemente, la mejor manera de que nadie se entere de su existencia. Nadie del Gobierno ha defendido públicamente

que los textos fueran aprobados en las Cámaras legislativas sin apenas modificaciones; ello puede ser tildado de escasamente democrático, sin duda, pero debemos felicitarnos secretamente de que sucediera así, porque la inmensa mayoría de las enmiendas propuestas eran técnicamente muy defectuosas, y hubieran llevado a una regulación del procedimiento y del régimen jurídico de las Administraciones incomprensible e inmanejable en muchos puntos. He de decir también que estas críticas han sido capitaneadas por ilustres miembros del colectivo de docentes universitarios, entre los que me cuento: y es cierto que esta reacción tiene bastante de lo que se llama un ataque de celos; pero no lo es menos que, de haberse requerido la colaboración de algunos de ellos, el texto hubiera mejorado sensiblemente, y que este rapto no autoriza a descalificar las críticas que se han formulado, que son absolutamente certeras. Las más precisas de dichas críticas son tres, que analizo a continuación.

II. LA CRÍTICA A LA DIVISIÓN DE TEXTOS

En primer lugar, haber escindido la regulación de la materia en dos textos legales, lo que es tan innecesario como perturbador. Se ha explicado que la división trae causa de la necesidad de separar dos materias respecto de las cuales el Estado posee títulos competenciales diversos ex art. 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, con independencia de que esta tesis sea correcta, no habría sido nada difícil desglosar el diferente alcance de cada uno de los preceptos en la disposición final de una ley única, como ahora se hace habitualmente.

La escisión es, desde luego, innecesaria, y me parece muy poco afortunado haber pretendido recuperar la división formal que se hizo en los años cincuenta del siglo pasado con la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, de un lado, y la Ley sobre Procedimiento Administrativo de 1958, de otro. No se trata de descalificar esta división por el hecho de que se hiciera en los tiempos oscuros del franquismo, sino de constatar que aquella separación fue puramente accidental, no buscada de propósito, y que carece de cualquier justificación técnica.

Pero, sobre todo, la dualidad de leyes es perturbadora porque impone el inútil 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 res-

ponsabilidad patrimonial se ubiquen en la LRJSP (arts. 25 a 37), mientras que las reglas sobre sus respectivos procedimientos se dispersen por la LPACAP (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 LPACAP (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 LRJSP (arts. 47 a 53). Y la dualidad de textos, por fin, ha dado lugar a un auténtico *big bang* de principios legales de funcionamiento de las Administraciones Públicas, que se enumeran reiterativamente en los arts. 3, 4, 81 y 140 LRJSP, y en los arts. 71.1, 72.1, 75.4 y 129 LPACAP. Igualmente, debe ser objeto de crítica la inserción íntegra del antiguo texto de la LOFAGE en el seno de la Ley de Régimen Jurídico: 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*.

Esta división, por último, supone el abandono definitivo de la pretensión «codificadora» que perseguía la reforma, según la confianza personal de alguno de sus autores más calificados. No hubiera sido imposible abordar —en otras circunstancias políticas y de tiempo— una ambiciosa codificación de la parte general del Derecho Administrativo, ya que sus piezas básicas ya están construidas. Pero, aparte de las dimensiones faraónicas que tendría el producto final de esta codificación —las dos leyes de que tratamos, más las de Contratos, la de Expropiación Forzosa, la de Patrimonio y la de Subvenciones—, no se advierten sus ventajas para el jurista.

III. LA CRÍTICA A 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 39/2015 y 40/2015 son dos textos redactados dentro de la Administración, por miembros de la misma, y cuya preocupación prácticamente única parece haber sido atender a las necesidades de la misma y a favorecer su eficacia. 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.

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 intachable, 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 LPACAP, 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 vaporosos 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, pero conviene recordar la amplísima regulación de los deberes de colaboración e información, de las denuncias, de la adopción de medidas provisionales, y de la ampliación de los supuestos de suspensión del plazo para resolver, entre otros muchos. Estoy

seguro de que esta notoria tendencia «pro Administración» de la Ley no forma parte de ningún perverso plan autoritario, pero el resultado de estos recortes es el mismo: a partir del primero de octubre próximo, los españoles nos encontraremos un poco menos protegidos frente a las Administraciones que antes.

IV. LA CRÍTICA A LAS MICRORREFORMAS

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 del procedimiento administrativo, que han sido sometidas a una profunda revisión por parte de la doctrina desde 1992, pero que el legislador ha decidido dejar prácticamente intactas. Me referiré de inmediato a cuáles son estas instituciones; pero antes me parece necesario formular una advertencia.

Hay que advertir a los aplicadores del Derecho que la apariencia que estas leyes ofrecen de dejar las cosas como están es parcialmente falsa y engañosa. Para quienes hemos llegado a familiarizarnos con el texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, una lectura rápida de los nuevos textos legales es sumamente arriesgada, porque hay en ellos docenas de pequeñas modificaciones y matices —traídos, por lo general, 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. Dos mínimos ejemplos, entre otros muchos que podrían mencionarse: una de las causas que producen la suspensión del cómputo del plazo para resolver y notificar un procedimiento es la solicitud de informes «preceptivos y determinantes» del contenido de la resolución; este segundo adjetivo ha desaparecido del art. 22.1.d) LPACAP, de tal manera que la mera petición de un informe preceptivo suspende el cómputo del plazo —que de esta manera queda automáticamente ampliado—. Y otro: el art. 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 el nuevo art. 117.3 LPACAP, que son bastantes menos días —sobre todo en los meses sembrados de fiestas—.

V. ¿QUÉ INSTITUCIONES HABRÍA QUE RECONSIDERAR A FONDO?

¿Cuáles son las instituciones básicas del procedimiento administrativo que deberían haber sido objeto de una reconsideración en profundidad? Pues prácticamente todas, porque todas están puestas en cuestión, desde hace años, por la generalidad de la doctrina. No puedo más que enumerarlas muy sintéticamente, pero intentaré hacerlo:

- a) Nuestra legislación debería dar una vuelta completa, en primer lugar, a la totalidad de las normas generales del derecho de la organización. Es necesario y urgente que el derecho del Estado establezca una tipología clara y rigurosa de los entes públicos que pueden crearse y del derecho, público o privado, por el que deben regirse; la LRJSP lo ha hecho respecto de la Administración estatal, pero es responsabilidad del Estado establecer dicha tipología, terminando con la inventiva desplegada por comunidades autónomas y ayuntamientos, que no ha creado más que inseguridad jurídica, y con ambigüedades como las relativas a las Universidades —¡que ahora resulta que no son Administraciones!: art. 2.2.c) LPACAP—. Y sería también harto conveniente que se dictara una regulación mucho más moderna y detallada de los órganos administrativos, que hoy es absurdamente escuálida, como lo demuestra la de los órganos colegiados; en este punto, hemos progresado muy poco desde las reglas dispersas e intuitivas que estableció, hace más de medio siglo, la Ley sobre Procedimiento Administrativo de 1958, que se referían, además, a unas Administraciones muy distintas de lo que son en la actualidad.
- b) Es necesario reconsiderar, sin autoengaños, el régimen del silencio administrativo y de la caducidad. No es tolerable que la LPACAP siga proclamando que el silencio positivo es la regla general, cuando todas las leyes que se dictan, regulando un nuevo procedimiento, sientan la regla contraria —salvo las de transposición de la Directiva de Servicios—; no es de recibo que la eficacia del silencio positivo haya sido neutralizada declarando nulos de pleno derecho los actos así producidos cuando el solicitante carezca de los requisitos esenciales —¿y, cuáles son estos?—; no es admisible que la técnica, realmente revolucionaria, del plazo máximo de resolución, esté siendo progresivamente desvirtuada mediante la ampliación sistemática de las circunstancias de hecho que suspenden su cómputo (art. 22 LPACAP); 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.

- c) Es 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. Y las cuestiones a examinar y revisar son diversas: hay que abordar, primero, el tema esencial de la presunción de veracidad —no de legalidad— y de acierto de las actuaciones administrativas; también, la cuestión de la posible retroactividad de los reglamentos, que hoy se mueve en la mayor de las indefiniciones; tercero, la tipología dual de las formas de invalidez —nulidad/anulabilidad—, que hoy ya apenas tiene sentido y utilidad; y, sobre todo, es imprescindible emprender una regulación sencilla 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: no es sencillamente tolerable que la Agencia Estatal de Administración Tributaria pueda aguar-me las vacaciones con el anuncio de un procedimiento sancionador que reciba en mi móvil mientras descanso en alguna de las playas de esta isla maravillosa, por ejemplo).
- d) 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 potestad sancionadora de las Administraciones Públicas posee hoy una extensión y una gravedad equiparables a la de la jurisdicción penal, y exige una regulación mucho más precisa en temas capitales como la culpabilidad —¿es o no sancionable la mera inobservancia?—, en el *non bis in ídem* (cuya interpretación usual lo ha dejado vacío de contenido), las normas sancionadoras en blanco y el concurso de infracciones y sanciones.
- e) Consideraciones semejantes cabe hacer respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Me parece urgente terminar con la vaguedad de los criterios que la determinan, para poder saber, de una vez, cuándo existe responsabilidad por el funcionamiento «normal» de los servicios públicos, cuándo existe deber jurídico de soportar el daño, cuándo este debe reputarse individualizado, cuándo es indemnizable el lucro cesante y la pérdida de la oportunidad y si deben indemnizarse y cómo los daños causados por actos admi-

nistrativos anulados judicialmente. Todos estos criterios, de origen doctrinal bien conocido, son absolutamente insuficientes para conocer *a priori*, con una mínima seguridad, cuándo un particular debe ser indemnizado, lo que lleva a que las decisiones judiciales sean absolutamente impredecibles por intuitivas. Y 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.

- f) Las mayores críticas doctrinales, permanentemente desoídas, han recaído en el sistema de revisión de los actos administrativos, tanto en vía de revisión de oficio como de recursos. El régimen de la revisión de oficio se ha convertido en un auténtico coladero, que encubre una potestad de revocación prácticamente incondicionada de los actos nulos en aquellas comunidades autónomas que disponen de consejos consultivos especialmente complacientes con las iniciativas de las Administraciones que nombran y cesan a sus miembros; debería considerarse seriamente derogar el actual art. 106 LPACAP y remitir todo supuesto de revisión a la vía del recurso de lesividad. Y es una auténtica vergüenza el mantenimiento de una técnica supuestamente de control como son los recursos administrativos, cuyo porcentaje de estimaciones es sencillamente despreciable y que, hoy por hoy, se ha convertido en un simple privilegio que permite a la Administración postergar durante meses el acceso a los tribunales. La experiencia, que se ha revelado feliz, de los recursos y tribunales administrativos de recursos contractuales, debería comenzar a generalizarse resueltamente.

VI. ¿CÓMO HABRÍAN DE ABORDARSE ESTAS REFORMAS?

La mera enumeración —que es abrumadora— de todas estas necesarias reformas constituye una explicación, aunque no una completa justificación, del continuismo de las Leyes 39/2015 y 40/2015. Abordarlas todas, o una parte sustancial de ellas, hubiera sido imposible en el limitado espacio de tiempo que el Gobierno se impuso para redactar los nuevos textos. Revisar a fondo la regulación del procedimiento administrativo, a la vista

de las tareas que habrían de emprenderse, es un trabajo que requerirá años, más de una legislatura normal; y un trabajo, además, que no debería intentarse realizar de una manera global, porque así jamás podrá hacerse y culminarse con éxito.

La magnitud de la tarea que el Estado tiene pendiente en este ámbito es tan considerable que no cabe más alternativa que emprenderla separadamente por instituciones concretas, dedicando, a cada una, una ley independiente, bien meditada, y que refleje 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, de consuno; y que los borradores que se generen habrán de ser sometidos a un debate público amplio y prolongado (no a una simple 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. 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.

VII. Y OTRAS REFORMAS PENDIENTES

El análisis que he intentado exponerles, lamentablemente muy rápido, 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 advertido, también, que el modelo procedimental 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 procesalis-

tas; y ha señalado, 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 cursos llaman 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 para terminar esta intervención.

Comenzaré, para ello, aludiendo a modalidades de procedimiento cuyos presupuestos fácticos no encajan en el modelo consagrado por la LPACAP, 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). Me parece bastante evidente que el principio de igualdad ante la ley no puede exigir tratar estas Administraciones como simples particulares, porque no lo son, porque 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, 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 sobre 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 LPACAP —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.

Un segundo tipo de procedimientos cuya regulación debería emprenderse en profundidad es el relativo a la actividad autorizatoria: esto es, como dice el sucinto art. 69.1 LPACAP, los procedimientos para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio. La transposición de la Directiva europea 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 me da el trato con inversores me 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 expedición; 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 un momento posterior y le reduzca a la imposibilidad de afrontar los compromisos de financiación que haya asumido, y a la ruina.

Sería muy conveniente, en tercer lugar, que el ordenamiento jurídico español emprendiera una regulación, por escueta que sea, del régimen de prestación de los servicios públicos: no solo estableciendo las obligaciones inherentes a su prestación —tanto directamente por la Administración como por particulares—, que hoy se remiten a reglamentos internos —que no suelen existir— o a los pliegos de condiciones, cada uno de los cuales dispone lo que le viene en gana a su redactor, sino también a los derechos y obligaciones de los usuarios. Cuestiones tan elementales como las consecuencias de no abonar las tasas o prestaciones patrimoniales, o el derecho a obtener una prestación de acuerdo con criterios objetivos de prioridad —por ejemplo, la temporal o régimen de cola, que no es el único—, carecen de reflejo alguno en nuestras normas jurídicas, por más que sean respetados en la práctica por mera costumbre cultural (y no siempre).

Y termino con esta rápida enumeración aludiendo a dos cuestiones particularmente ingratas, porque afectan al núcleo mismo del poder público, y cuya regulación suele ser eludida. 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 crucial 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 art. 104 LPACAP 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.

VIII. CONCLUSIÓN

Los análisis preliminares que se hacen de las nuevas leyes suelen resumirse en censuras y nostalgias por el derecho que quedó atrás. Así ocurrió con la Ley sobre Procedimiento Administrativo de 1958, que fue reci-

bida con abierta hostilidad por la mayor parte de los Ministerios tradicionales y por toda la Administración local, pero de la que ahora no se escuchan más que elogios, 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 grupos cualificados de la doctrina llegaron a pedir enfáticamente su derogación inmediata advirtiendo de los errores que contenía, pero con la que hemos aprendido a convivir, tras el *restyling* de que fue objeto en 1999, incluso con cariño, hasta el punto de echarla de menos hoy.

No debemos caer, pues, en el exceso: sin duda, estas nuevas leyes no son lo mejor que pudieran haber sido, pero tampoco suponen ninguna catástrofe, más allá de la incomodidad de tener que volver a estudiarlas con detenimiento. 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 he intentado proponerles. Tenemos una legislación de procedimiento que no es nada mala, comparativamente hablando, y sabemos ya qué hemos de hacer para mejorarla sustancialmente. Manos a la obra, pues.

LAS GARANTÍAS DE LOS PARTICULARES EN LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE*

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

«Tras todos estos preceptos subyace inconscientemente la manifestación de un talante autoritario en la construcción de las técnicas, producto de un respeto y adhesión fisiológicos a un poder administrativo omnímodo, así como la consagración de toda una compleja estructura de privilegios e impunidades montada por la prepotente burocracia española en beneficio de su propia comodidad laboral...».

[SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pág. 248].

I. LA SOMBRÍA PERMANENCIA DE UNA INERCIA AUTORITARIA

La cita que encabeza estas páginas resume mejor de lo que el autor de estas líneas pudiera hacerlo la opinión general que merece la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP). Acaso pudiera parecer que este juicio radical es incluso injusto, en la medida en que relega aspectos positivos de la nueva legislación. Pero es que es tan magro el arsenal de mejoras de la ley y tan importantes los defectos en una ley de escasísimo impulso innovador que me parece que la frase de JUAN SANTAMARÍA escrita al hilo de la teoría de la nulidad en 1971 sigue teniendo una vigencia indiscutible, pese a que ya sean casi cuarenta los años de régimen democrático.

* Este trabajo forma parte del libro homenaje al profesor TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, con motivo de su jubilación.

La tan citada sentencia de OTTO MAYER aparecida en el periodo de entreguerras del siglo XIX («el derecho constitucional cambia, el derecho administrativo permanece») adquiere a la luz de esta nueva Ley de procedimiento una sombría perspectiva: décadas de democracia, de instauración de la primacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, no han bastado para erradicar la inercia autoritaria de la Administración española, de la que es muestra el modo en que se han abordado en 1992 y en 2015 las dos grandes reformas del procedimiento que ha dejado intacta la estructura de la Ley de 1958 como si la realidad administrativa y social fuera hoy la misma en el 2016 que a mediados del siglo XX.

En otro lugar me he ocupado de los aspectos que las Leyes 39/2015 y 40/2015 no han tratado y deberían haberlo hecho. De modo que ahora me ocuparé, siquiera sea con la brevedad debida en un análisis general de los defectos, que son muchos, y de las virtudes, escasas, de la nueva ley, en punto a las garantías de los particulares.

II. LAS GARANTÍAS AMENAZADAS

1. EL DEBER DE COLABORACIÓN COMO FRUTO DE UNA CONCEPCIÓN ARCAICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL CIUDADANO Y LA ADMINISTRACIÓN

El art. 18 LPACAP sorprende con una declaración inédita en nuestro ordenamiento jurídico: a falta de previsión expresa de una ley, los ciudadanos tienen el deber de colaborar con la Administración. Dice el precepto:

«Artículo 18. Colaboración de las personas

1. Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias, salvo que la revelación de la información solicitada por la Administración atentara contra el honor, la intimidad personal o familiar o supusieran la comunicación de datos confidenciales de terceros de los que tengan conocimiento por la prestación de servicios profesionales de diagnóstico, asesoramiento o defensa, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas.

2. Los interesados en un procedimiento que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados que no hayan comparecido en él tienen el deber de proporcionárselos a la Administración actuante.

3. Cuando las inspecciones requieran la entrada en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran autorización del titular, se estará a lo dispuesto en el artículo 100.»

El precepto es inédito y además peligroso. Interpretado literalmente es, además, inconstitucional.

Es inédito porque hasta ahora solo cuando una ley lo preveía podía exigirse a un ciudadano que colaborara con el poder. La previsión genérica de un deber de colaboración de este porte carece de antecedente conocido en un Estado democrático. Los ciudadanos no constituyen el elemento personal de un Estado al que sirven para alcanzar una objetividad superior en términos ideales hegelianos. El Estado es, simplemente, en términos kelsenianos, la forma territorial de organización del derecho. El ciudadano no está atado a una divinidad superior en forma de Estado. Lo que quiere decir: el ciudadano debe ser libre en todo aquello que la ley no le obligue. El deber de colaboración solo puede transformarse en obligación si una ley lo permite.

Es un precepto peligroso, aunque la intención del legislador no haya sido esa, porque permite que la Administración dicte actos obligando al particular a colaborar con ella, aunque la ley no lo disponga. Lo cual, en manos de ciertas autoridades, puede ser un poderoso y peligroso instrumento de poder.

Es, en fin, interpretado literalmente, un precepto inconstitucional, puesto que la ley no puede remitir de forma genérica a la Administración la competencia para obligar al ciudadano a colaborar con la Administración. La reserva de ley que exige el art. 53 de la Constitución no es simplemente formal; hace falta que respecto a cada materia concreta la ley regule lo esencial de las obligaciones que impone, de modo que exista cierto mínimo de previsibilidad sobre las conductas, es decir, de seguridad jurídica. Interpretado literalmente el precepto contraviene la reserva de ley del art. 53 CE y el principio general de libertad. Si tempranamente el Tribunal Constitucional pudo decir que la ley no puede conferir a la Administración mediante la potestad reglamentaria una potestad enteramente independiente o desligada de la ley, mucho menos podrá habilitar *in genere* a la Administración para que, mediante actos administrativos, obligue a colaborar a los particulares en ausencia de una ley que así lo prevea.

2. LAS MEDIDAS PROVISIONALES: UNA REGULACIÓN INSUFICIENTE E IMPROPIA DE UN RÉGIMEN BASADO EN EL IMPERIO DE UNA LEY

En otro lugar he señalado que la LPACAP excede con mucho del ámbito propio de una ley de procedimiento que debe proclamar los principios comunes a todo procedimiento. Se comprende bien que cuando se trata de medidas provisionales que puede adoptar la Administración antes o en el transcurso del procedimiento se deban extremar las precauciones, pues conceder a la Administración el poder de adoptar medidas —incluso inaudita parte— solo es posible de manera excepcional para no afectar gravemente a los derechos de defensa de los ciudadanos.

Cuando hablamos de medidas provisionales, no hablamos naturalmente de las medidas de policía que pueden adoptarse para el restablecimiento del orden perturbado y que se limitan a lo específicamente necesario para tal finalidad, sino a aquellas otras medidas que en el procedimiento sancionador o en cualquier otro procedimiento de intervención puede adoptar la Administración.

Por las razones que ya he expuesto al analizar el deber de colaboración, tales medidas no pueden estar previstas en una ley general de procedimiento de una manera genérica y mucho menos equiparándolas a las que puede adoptar el juez civil. Véase lo que dice el precepto:

«Artículo 56. Medidas provisionales

1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. De acuerdo con lo previsto en los dos apartados anteriores, podrán acordarse las siguientes medidas provisionales, en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

- a) Suspensión temporal de actividades.
- b) Prestación de fianzas.
- c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.
- d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
- e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
- f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
- g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
- h) La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.
- i) Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

4. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

5. Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.»

La atribución a la Administración —de manera genérica, en una ley— de la posibilidad de adoptar, tanto antes del procedimiento como en el seno del mismo, medidas provisionales que tienen una grave incidencia en el ámbito privado y patrimonial de los particulares va en contra de la reserva de ley, pues no es lícito, constitucionalmente, que el Parlamento apodere a la Administración para cualesquiera fines y sin restricción material alguna para tomar medidas provisionales de ese porte. Constituye jurídicamente un cheque en blanco a cualquier Administración impropio de una ley contemporánea de procedimiento administrativo.

La invocación de la Ley al principio de proporcionalidad o la prohibición de que la Administración adopte medidas que tengan carácter irreversible no constituyen garantía alguna, pues estos mandatos legales deben ser siempre objeto de interpretación y, por tanto, no previenen contra una decisión arbitraria o simplemente desproporcionada.

Ante este tipo de potestades extraordinarias solo cabe jurídicamente que sea cada ley especial, en atención a los fines que quiera proteger el legislador, la que fije las medidas cautelares que la Administración pueda adoptar.

Con la ley anterior y la jurisprudencia que la interpretó, las medidas provisionales requerían de la previsión en una ley concreta. Ciertamente, el art. 72.1 LRJPAC literalmente permitía una interpretación menos garantista, pero esta corriente¹ no se impuso en la práctica con buen sentido.

En efecto, el actual art. 72.1 LRJPAC dice que, iniciado el procedimiento, el órgano competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución.

Mientras que el art. 72.2 dice que antes de incoar el procedimiento solo se pueden ordenar las medidas provisionales cuando una ley así lo establezca. Esta diferencia de régimen jurídico no tiene una explicación sencilla, pues tan restrictiva puede ser una medida provisional adoptada una vez iniciado el procedimiento como la que se acuerda antes de que aquel se haya incoado.

La jurisprudencia en el caso de medidas provisionales restrictivas ha venido exigiendo la previsión de una ley formal, cuando se trataba de nor-

¹ REBOLLO PUIG, M. «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.). *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*. Vol. I. Madrid: Civitas, 1993, pág. 667, después de sostener que las medidas que incidan negativamente en la libertad de los particulares requiere de habilitación legal dice lo siguiente: «Para este supuesto, lo que ocurre es que, por lo general, esa habilitación legal la presta el artículo 72 LPA. Si tal precepto —o alguno especial de significado equivalente— no existiera, no cabría adoptar tales medidas. Es ese artículo con rango de Ley el que las autoriza y justifica, satisfaciendo así las exigencias del principio de legalidad. Lo que no rige, en principio, es una reserva de Ley que excluya la regulación reglamentaria y, menos aún, un principio de tipicidad que obligue a una enumeración precisa de las medidas posibles. Por ello es perfectamente admisible una base legal tan genérica como la del artículo 72 LPA». A nosotros nos parece que dicho precepto, y mucho menos el actual art. 56 LPACAP, no satisfacen la reserva de ley, que impide que la ley pueda habilitar con carácter genérico medidas restrictivas de la libertad, sin justificación alguna, porque esa interpretación termina por habilitar a la Administración para adoptar cualesquiera medidas, mucho más allá de lo que la cláusula general de orden público autoriza a la Administración. *Vid.*, también, MARINA JALVO, B. *Medidas provisionales en la actividad administrativa*. Valladolid: Lex Nova, 2007.

mas posteriores a la Constitución.² Y en el caso de procedimientos sancionadores así está establecido en el art. 136 LRJPAC.

Las medidas provisionales no pueden interpretarse como una suerte de cláusula general de policía que habilita a la Administración a adoptarlas siempre que sea necesario para asegurar la eficacia de la resolución que se dicte sin vulnerar la reserva de ley que exige la ponderación del legislador sectorial y así lo recoge el art. 136 LRJPAC en materia sancionadora: «Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer». Salvo que la medida provisional sea beneficiosa para el interesado, cualquier medida restrictiva exige que la norma de procedimiento sancionador, que debe tener rango de ley por lo ya dicho, lo prevea.

Ninguna razón hay para que no ocurra lo propio respecto de otros procedimientos limitativos de derechos que no tienen carácter sancionador, puesto que es la naturaleza restrictiva de la medida provisional, y no el tipo de procedimiento en que se adopta, lo decisivo a efectos de la libertad de los particulares.

Mucho más cuando el elenco de medidas que a título enumerativo contiene la ley—similares a los del juez civil como si la Administración pudiera asimilarse al juez— es amplísimo y de una onerosidad notable.

La idea de que una ley general de procedimiento puede establecer sin limitación alguna la potestad de la Administración de imponer cualesquiera de las medidas establecidas en la norma interfiriendo en los derechos y libertades de los ciudadanos, sin intermediación de una ley especial, con la sola cautela de que sea idónea para asegurar el resultado del procedimiento y que sea proporcionada, no tiene respaldo ni en la Constitución, al remitir en blanco a la Administración el ejercicio de la potestad, ni en el Derecho comparado donde, en lo que me consta, no existe un precepto comparable. Como es lógico, por lo demás, pues tratándose de una norma excepcional (la Administración no está en la posición imparcial del Juez) debe ser interpretada en el sentido restrictivo que se impone; del mismo modo que debe ser cada ley la que establezca el elenco de medidas que pueden aplicarse, es decir, que la medida provisional tiene que requerir un mínimo de tipicidad. Todo ello en el entendimiento de que la Administración, mientras no termina el procedimiento con todas las garantías, no puede irrogarse *ex ante* una potestad de autotutela propia del derecho del Antiguo Régimen. Solo en los

² Vid. la STS de 28 de mayo de 1989 [RJ 1989/4491], que reconoce la habilitación para adoptar medidas cautelares por Orden Ministerial, se refiere a normas preconstitucionales.

supuestos excepcionales previstos en la ley para concretos procedimientos, y por exigencias de fines públicos superiores, puede atribuirse a la Administración una potestad tan excepcional.

Por lo demás, conferir a la ley general de procedimiento el papel de atribuir potestades genéricas a la Administración pugna con el sentido propio del art. 149.1.18ª CE, tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, pues se trata de establecer principios generales y garantías comunes en todos los procedimientos, y no diseñar para cada procedimiento concreto lo que la Administración puede o no hacer, que es asunto propio del legislador competente para cada procedimiento. Y es que si una medida provisional restringe derechos tiene necesariamente que estar prevista en la norma que regule el procedimiento concreto, en atención precisamente a los fines a que ese procedimiento sirve. Pues si la protección de la salud pública, la estabilidad del sistema bancario, la contaminación ambiental, puede exigir en el caso concreto la adopción principal de alguna medida que proteja ese interés público que afecta por definición a terceros, la invocación genérica del interés público para cualquier procedimiento no lo justifica en absoluto.

III. NOVEDADES DE LA LEY EN LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO

1. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO. LA POSICIÓN DEL DENUNCIANTE Y SU DISTINCIÓN DEL INTERESADO

El art. 62 LPACAP introduce la novedad formal de definir lo que se entiende por denuncia, elevando de rango y generalizando lo que prevé el art. 11.1.a del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Decimos que generaliza el concepto, ya que no se refiere, como en la norma reglamentaria, exclusivamente al procedimiento sancionador sino a toda clase de procedimiento.

Sin embargo, es decepcionante que el legislador no se haya molestado en absoluto en distinguir la posición del denunciante y del interesado, según resulta de las aportaciones de la jurisprudencia y del trabajo doctrinal.

El gran problema teórico-práctico no es otro, en efecto, que la distinción entre el *status* del interesado y el del denunciante, puesto que mientras aquel tiene derecho a ser parte en el procedimiento administrativo, este carece de regulación alguna, de lo que puede deducirse que no tiene derecho ni a participar en el procedimiento ni a ser notificado del resulta-

do de la denuncia. Nótese que el art. 62.3 LPACAP expresamente dice que «Cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento».

Lo cual parece querer decir, en sentido contrario, que el denunciante en el resto de procedimientos, es decir, en los no patrimoniales, en los que no está en juego la protección del patrimonio de las Administraciones Públicas, en el sentido que define la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el denunciante no tiene derecho a conocer el resultado de su denuncia, lo que puede llegar a ser lógico, más allá de la falta de legitimación del denunciante para impugnar el acto administrativo, si efectivamente se afectaran derechos como la intimidad personal del denunciado.

En todo caso, la Ley debiera haber distinguido con más nitidez entre denunciante e interesado y establecer claramente el régimen que debe darse en uno y otro; e incluso pudiera haberse establecido una presunción legal en el sentido de que si el denunciante no invoca un interés legítimo la denuncia no dará derecho al conocimiento de las actuaciones de la Administración. Porque, como en su momento destacó la doctrina,³ puede haber denunciantes que sean interesados, y a los que no puede tratarse como un tercero ajeno a la relación jurídica que se trabe entre la Administración y el afectado cuando aquella inicia el procedimiento de oficio, a raíz de una denuncia.

Ciertamente, el art. 62.5 LPACAP innovadoramente dice que la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento, lo que es completamente correcto. Pero deja en el albur la cuestión jurídica de cómo se trata al denunciante interesado y la posición misma del denunciante no interesado.

En el ámbito sancionador, la LPACAP novedosamente (art. 64.1) dice que la incoación del procedimiento se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean. De donde cabe extraer dos conclusiones. Primera, que en una cuestión esencial, la nor-

3 Vid. REBOLLO PUIG, M. «Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador», en BARNÉS VÁZQUEZ, J. (Coord.). *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1993, pp. 227 y ss. Más recientemente, «Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora», en GUILLÉN CARAMÉS, J. y CUERDO MIR, M. (Dir.). *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2015, pp. 450-452.

ma general se remite al legislador sectorial, en contraste con la regulación de cuestiones de detalle impropias de una ley general. Segunda, que se refuerza la tesis de que en los procedimientos no sancionadores el denunciante no tiene derecho a conocer nada.

2. LA CLEMENCIA CON EL INFRACTOR DENUNCIANTE: UN DEFECTO DE REGULACIÓN

Sorprendente es el art. 62.4 que introduce en la LPACAP lo que en el ámbito de la defensa de la competencia se ha llamado clemencia, es decir, la exención total o parcial de la multa a quien denuncia el cártel y colabora con la Administración para la mayor efectividad de la investigación.

En principio el precepto parece consagrar una generalización del programa de clemencia que convierte la delación en una institución general del procedimiento administrativo, lo que resulta injustificado y peligroso, como ha advertido SANTAMARÍA PASTOR. Un examen más atento del precepto parece revelar que solo se aplica a los procedimientos donde exista un perjuicio para el patrimonio de las Administraciones Públicas, lo cual resulta desconcertante, no tanto porque se introduzca esta figura para la legislación patrimonial sino por el hecho de que se incluya en una ley general de procedimiento. No se alcanza a ver la razón de que una ley, que debería ser principal, incorpore esta excepción al principio de legalidad sancionadora, mientras quedan de la ley general otros supuestos, como el ya dicho de la legislación de defensa de la competencia, o el que prevé en la legislación fiscal la Ley 7/2012, de 29 de octubre —de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude—, respecto de operaciones en metálico.

Es impropio de una ley general de procedimiento establecer reglas que afecten a procedimientos administrativos sectoriales, máxime si la excepción no tiene voluntad omnicomprensiva, puesto que una ley de procedimiento no abarca todas las excepciones posibles, salvo que se interprete que, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, han quedado derogadas las normas pertinentes de la legislación de defensa de la competencia y de la legislación tributaria, conclusión que, desde luego, no ha estado en el ánimo del legislador, pero que bien pudiera defenderse si se partiera de la base de que la LPACAP ha querido congruentemente establecer en la norma general la única excepción posible.

Respecto de la legislación fiscal podría decirse, desde luego, que no queda derogada por la Ley 39/2015 habida cuenta de que su disposición

adicional quinta dice que los procedimientos tributarios se rigen por su legislación especial. Sin embargo, no hay previsión alguna respecto de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, pues la disposición adicional primera LPACAP, solo excluye a las leyes sectoriales en cuanto a regular trámites adicionales o distintos.

La mala técnica de la LPACAP plantea, pues, un problema donde no lo había; simplemente porque en el afán protector de todo lo que atañe al patrimonio o a la hacienda pública ha olvidado la función institucional de una ley de procedimiento administrativo.

3. LA FASE DE INSTRUCCIÓN. LA DESAPARICIÓN DE LOS INFORMES DETERMINANTES

La reforma de la LRJPAC llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, introdujo la figura de los informes determinantes, anudada al cómputo de los plazos y que tenía muy en cuenta la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Lo que se pretendía era, por otra parte, remarcar que podía haber informes relevantes para la resolución final que no tuvieran carácter vinculante. Tal es el caso prototípico de los informes de la Administración del Estado en el seno del procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos (informe de costas, de aguas, de carreteras, etc.).

El concepto de informe determinante plantea problemas de muy difícil resolución. El principal, desde un punto de vista dogmático, es que si el informe determinante, no vinculante, se caracteriza por su importancia, había que convenir que los informes no vinculantes y no determinantes son informes irrelevantes, lo cual conducía al absurdo de que la propia ley previera la emisión de informes irrelevantes o inútiles, en pugna con el principio de buena administración y del sentido común.

Felizmente la nueva Ley 39/2015 suprime esta distinción y vuelve al régimen tradicional de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958: solo existen informes vinculantes y no vinculantes y la regla general es que si la ley nada prevé los informes sean facultativos y no vinculantes.

Ahora bien, al suprimirse de un plumazo la distinción y no preverse régimen transitorio, cabe plantearse qué ocurre con las leyes especiales que establecen expresamente que determinados informes tienen carácter determinante. ¿Quiere decirse, entonces, que los informes determinantes son vinculantes o no vinculantes?

La cuestión afecta de lleno, como ya se adelantó, a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ya la juris-

prudencia del Tribunal Supremo, sin apoyo alguno en la ley, tradujo el término «informe determinante» de la legislación urbanística del Estado como informe vinculante para el caso de los emitidos por la Confederaciones Hidrográficas,⁴ alterando a golpe de sentencia el trabajoso andamio de equilibrio que había hecho la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y el Texto refundido de 2008 (actualmente RDLEG 7/2015, de 30 de octubre). Ahora la nueva LPACAP, al no prever nada, deja abierta esta interesante cuestión, de indudables consecuencias prácticas, que hubiera requerido una respuesta clara del legislador.

Desde otra perspectiva, debe notarse la importante diferencia, en perjuicio de los particulares, que introduce el art. 22.1.d) LPACAP al suspender cualquier procedimiento cuando se requiere un informe preceptivo por el plazo máximo de tres meses, lo que en la Ley anterior solo estaba previsto para los informes preceptivos y determinantes, como ya se dijo. Esta suspensión general permite en efecto que el plazo máximo de los procedimientos sea de hecho muy superior al previsto para cada uno de ellos, siempre que exista un informe preceptivo.

4. LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Nada hay que oponer al propósito del legislador de extender, incluso generalizar, la Administración electrónica, pues los medios contemporáneos de comunicación son ineluctables y del mismo modo que la imprenta arruinó los manuscritos, la máquina de escribir las cartas amanuenses, la comunicación digital dejará en el olvido en muy pocos años, o al menos tendrá un papel muy marginal, el correo físico. De modo que es muy natural que la Administración se acomode a la nueva realidad, máxime si ello conlleva un importante ahorro de costes.

⁴ Véanse las Sentencias de la Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de abril y 25 de septiembre de 2012, así como las de 9, 22 y 23 de marzo de 2011. La reciente STS de 1 de junio de 2016 (Sección 5ª, recurso de casación 1003/2015) va incluso más lejos al señalar que, si lo que se cuestiona en el recurso es la suficiencia de recursos hídricos, es necesario que el recurrente despliegue la actividad procesal para que la Administración del Estado pueda comparecer en defensa de sus intereses. La sentencia reconoce incluso (lo que es una rigurosa novedad) que, de acuerdo con el art. 121 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el informe de la Confederación es susceptible de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso y que, en el supuesto que analiza, a pesar de que se cuestionó la suficiencia de recursos hídricos, el informe de la Confederación no había sido objeto de impugnación de manera directa o indirecta.

Sin embargo, no hay razón alguna para que esta Administración electrónica dé lugar a una minoración de garantías por pereza o interés mal-sano del legislador. La Administración electrónica no deja de ser Administración y para no convertirse en un Leviatán mucho más perezoso que el que teorizó HOBbes es imprescindible establecer cautelas básicas que pueden reducirse a las siguientes:

- 1.^aLa Administración electrónica debe tener un estándar de garantías igual o superior a la Administración tradicional.
- 2.^aEl acceso a la información disponible para el particular debe ser inteligible.
- 3.^aLa Administración electrónica no debe incrementar el grado de onerosidad de las cargas administrativas.

Pues bien, en el ámbito de la notificación electrónica, la regulación es muy deficiente en claro perjuicio de la seguridad jurídica de los particulares sin que se atisbe razón técnica alguna que justifique esta merma de los derechos individuales, máxime cuando ya existía una norma (Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en adelante, LAECSP) que contenía un regulación mucho más equilibrada. Prueba lo anterior la simple comparación entre el art. 28 LAECSP y el nuevo art. 41 LPACAP, pues mientras el art. 28.3 exige la constancia de la puesta a disposición, y los efectos jurídicos de la notificación solo se producen si no se comprueba la imposibilidad técnica o natural del acceso, en el art. 41 ha desaparecido esta última cautela, transformando la notificación electrónica en un auténtico laberinto para el ciudadano corriente, en el que parece haber predominado la mentalidad hacendística que luce actualmente en el Impuesto de Sociedades.

La práctica hacendística consiste en lo siguiente: las sociedades están obligadas a acceder al portal de notificaciones de la Agencia Tributaria, salvo el mes que libremente designe. La Administración no tiene obligación alguna de aviso y es una carga de la sociedad acceder periódicamente (al menos una vez cada diez días) para ver si la Hacienda pública tiene algo que comunicarle.

La LPACAP (art. 41.6) con buen criterio obliga a la Administración pública a enviar al interesado un aviso a su correo o dispositivo electrónico para comunicarle que tiene a su disposición una notificación en la sede o dirección electrónica legalmente previstas. Pero incomprensiblemente el mismo precepto excluye cualquier valor jurídico a esta comunicación, que parece revestir los caracteres de un acto de cortesía. «La falta de

práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida», dice el texto legal, transformando la notificación en una carga desproporcionada para el interesado que deberá consultar, al menos cada 10 días, la sede electrónica para ver si se ha producido o no la notificación. Carga desproporcionada e injustificada, pues hay medios técnicos suficientes para acreditar y exigir que la Administración avise al particular de la puesta a disposición de la notificación.

Lo lógico, desde una perspectiva de garantía de los derechos de los interesados y de eliminación de cargas burocráticas injustificadas, es que la Administración tenga la obligación de enviar el aviso al interesado al correo o dispositivo previamente acreditado y que sea la Administración, en caso de que el interesado alegue que no la ha recibido, quien pruebe que sí la envió. Convertir al ciudadano, como ya hace la norma tributaria respecto a las sociedades, en un colaborador forzoso de la Administración solo puede explicarse por la pervivencia de esa mentalidad autoritaria, para mayor incentivo a la comunidad de la organización administrativa.

En un país como Alemania, con una rancia tradición de Administración autoritaria, no se les ha ocurrido algo semejante. En materia tributaria (§122, 2a, Abgabeordnung) la norma establece que el acto administrativo electrónico produce efectos a partir del tercer día de la recepción del aviso electrónico; en caso de duda, la Administración tiene que probar el envío del aviso.

Como se ve, en Alemania la presunción de notificación solo es válida si la Administración prueba la fecha en que remitió el aviso al interesado. En España la presunción de notificación se produce con independencia del aviso, ya que esta no tiene efectos jurídicos. Lo cual quiere decir que, para enervar los efectos de la notificación que se produce por el simple transcurso del plazo de diez días, es el administrado quien debe probar que no ha estado en disposición de acceder al portal, a la dirección electrónica correspondiente. Prueba diabólica por las dificultades que entraña y que permite a la Administración española generalizar el sistema de notificaciones que hoy impera en el impuesto de sociedades, mediante una simple norma reglamentaria (art. 41.1, párrafo 7º LPACAP), a «ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios».

Si en verdad se quiere aligerar las cargas de la ciudadanía, lo lógico es que la ley de procedimiento obligue al aviso previo y que la ley regule el contenido mínimo del mismo (tipo de procedimiento, si se trata de un acto de trámite o de la resolución definitiva) de forma que el interesado tenga

una primera noticia del alcance de lo que se le quiere notificar. Ninguna razón técnica se opone a esta posibilidad que incluso podría contener la información debidamente encriptada para proteger los datos íntimos, en atención a la facilidad de que el correo electrónico o el dispositivo móvil sea fácilmente accesible a otras personas.

Lo que no tiene justificación es que una moderna ley de procedimiento obligue al particular a permanecer en un estado de vigilia informática, de modo que sea él quien deba acceder obligatoriamente a la dirección electrónica del procedimiento pertinente, pues claramente esa obligación no es necesaria (existen, como hemos visto, medios alternativos poco costosos) y, en consecuencia, pugna con el principio de proporcionalidad que es un límite general para toda la actuación de la Administración. La Ley, pues, en este punto está justamente en las antípodas de lo que reclama su Exposición de Motivos cuando dice que «se incrementa la seguridad jurídica de los interesados estableciendo nuevas medidas que garanticen el conocimiento de la puesta a disposición de las notificaciones [...]». A la vista está que ello no es así y con el telar de la modernización electrónica la Ley ha hecho un traje a la medida de la Administración, no del ciudadano.

IV. LA POTESTAD DE REVISIÓN. LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN ADMINISTRATIVA DE ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS EN EL PROCEDIMIENTO DE LESIVIDAD

En la línea de ampliación de los poderes de la Administración y paralelo recorte de la garantía de los particulares, la Ley 39/2015 permite que la Administración suspenda los efectos del acto administrativo una vez iniciado el procedimiento de declaración de lesividad cuando el acto pudiera adolecer de vicio de anulabilidad y no hayan transcurrido los cuatro años desde que se dictó.

Es bien sabido que la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vino a establecer una regulación muy garantista de los actos declarativos, reservando la potestad de revisión de oficio para los actos nulos y respecto de los anulables obligando a la Administración a acudir a los Tribunales para impugnarlos, previa declaración de lesividad.

La Ley 4/1999 sí que introdujo la posibilidad de que la Administración suspendiera en vía administrativa un acto nulo al inicio de la revisión de oficio, lo que puede ser lógico dada la gravedad de los supuestos de nulidad y el hecho de que se trata de una potestad administrativa. La Ley,

como es lógico, nada previó respecto de los actos anulables, puesto que siendo el juez el único que puede anularlos, no tiene lógica que la Administración pueda dejar provisionalmente sin efecto un acto declarativo de derechos.

La LPACAP rompiendo esta lógica atribuye a la Administración la potestad de suspender unilateralmente sus actos declarativos de derechos, no solo en el caso de revisión de oficio. El art. 108 de la citada norma dice: «Iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación». De este modo, la Ley técnicamente asimila la revisión de oficio con el recurso de lesividad y desdibuja los perfiles del procedimiento administrativo previo a la declaración de lesividad, en clara contradicción con el nuevo párrafo 2º del art. 107.2, que correctamente dice que la declaración de lesividad es un presupuesto procesal para que la Administración pueda impugnar su propio acto en el proceso judicial, que no es, por tanto, un acto administrativo, de ahí que no sea recurrible. Partiendo de la base de que se trata de un acto anulable, de que es el juez quien debe valorar en su caso la medida cautelar de suspensión que la Administración debiera instar, no parece nada lógico privar por decisión unilateral de la Administración a un acto de su eficacia, de modo que la presunción de validez del acto administrativo queda reducida a la nada, y es el titular del derecho quien deberá acudir al contencioso-administrativo para solicitar, en su caso, una medida de levantamiento de la suspensión, suspensión que se produce no en el seno de un procedimiento dirigido al ejercicio de una potestad administrativa, sino de una simple declaración de juicio (que el acto es lesivo para el interés público) sin más efecto que permitir la interposición del recurso contencioso-administrativo correspondiente.

Recuérdese que el único supuesto similar, el del art. 127 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), que tiene su origen en el art. 186 del RD 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se refiere a licencias manifiestamente ilegales y la Ley, para garantizar los derechos del particular, solo concede un plazo de diez días a la Administración para interponer el recurso contencioso-administrativo correspondiente. Sin embargo, la regulación de la LPACAP permite que el acto esté suspendido durante seis meses, que es el plazo que la Administración tiene para declarar una lesividad, que desde un principio debiera ser clarísima si, en verdad, el inte-

rés público está afectado. Digamos, entre paréntesis, que dicho plazo de seis meses es disparatado si de lo que se trata es de declarar la lesividad de un acto a efectos de interponer el recurso contencioso-administrativo correspondiente.

La consecuencia de esta poca meditada suspensión de efectos del acto declarativo de derechos es que si el interesado quiere combatir la suspensión tendrá que interponer como demandante recurso contencioso-administrativo cuyo único objeto será la suspensión, amén de ser demandado en el proceso de lesividad que interponga en su día la Administración.

V. EL INMOVILISMO EN EL RÉGIMEN DE RECURSOS. REFERENCIA A ALGUNAS MEJORAS MÍNIMAS

El régimen de recursos se mantiene en línea con la regulación precedente: obligatoriedad del recurso de alzada para los actos que no agotan la vía administrativa; carácter facultativo del recurso de reposición para los actos que son definitivos en aquella vía.

Hay que notar dos mejoras del texto legal. La primera es que desaparece el plazo de recurso administrativo cuando se trata de impugnar una resolución desestimatoria presunta, ya que hasta ahora, teóricamente, no se podía impugnar la desestimación presunta en vía administrativa si transcurría el plazo de un mes. Se trata, sin duda, de una mejora, de escasa trascendencia práctica, en la medida en que la jurisprudencia ha venido reconociendo que no es preciso para acudir al contencioso-administrativo agotar la vía administrativa si se trata de resoluciones presuntas.⁵

5 Salvo alguna excepción aislada, la jurisprudencia del TS ha declarado que no puede declararse la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando la Administración ha incumplido su obligación de resolver. La STS de 15 de febrero de 2000 (Ar. 2325), afirma que: «[...] conforme a reiterada doctrina de esta Sala, la falta de interposición del recurso de reposición como requisito previo para acudir a la jurisdicción no puede repercutir de forma desfavorable al recurrente que, como consecuencia de haberse resuelto por medio de silencio administrativo, no ha recibido con la notificación la pertinente indicación de recursos. En contra de lo que pretende el abogado del Estado, no puede ser de peor condición el particular interesado a cuya petición no recae resolución expresa que aquél que es notificado sin indicación de recursos.» En los mismos términos, la STS de 23 de diciembre de 2002 (Ar. 2003/873), citando otras muchas, dice: «[...] nuestra jurisprudencia considera conforme con el ordenamiento jurídico no apreciar la causa de inadmisibilidad que las partes recurrentes en casación proponen. Tal es el criterio mantenido por las SSTs de 20 de marzo de 1995 [RJ 1995\2673] (FJ 2º), 19 de noviembre de 1996 [RJ 1996\7952] (FJ 2º), 18 de febrero de 1998

La segunda novedad digna de elogiar es que el art. 30.3, tercer párrafo LPACAP, rectificando una jurisprudencia muy discutible del Tribunal Supremo, señala que en caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución sancionadora, el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso. Se pone así término a una situación de «amenaza permanente del *ius puniendi* del Estado», como destacó CANO CAMPOS.⁶

Salvadas estas excepciones y la desaparición de la reclamación administrativa previa a la vía civil y laboral, la LPACAP mantiene la misma estructura de la regulación anterior, que no es muy idónea para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, cuando, por razón de la cuantía o de la materia, no hay una verdadera posibilidad de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En otro lugar, me he ocupado⁷ con cierto detenimiento de esta cuestión. Bastará ahora con resumir algunas de las conclusiones que allí se alcanzaban:

[RJ 1998\2947] [en cuyo FJ 3º se exponen con extensión las razones por las que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional contenida en las SSTC 6/1986 y 204/1987, y las SSTS que invoca, hay razones suficientes que avalan la no necesidad de interponer recurso de alzada previamente al recurso contencioso-administrativo, en caso de denegación presunta], 7 de octubre de 1998 [RJ 1998\7790] [en cuyo FJ 2º se razona que el derecho a la tutela judicial efectiva y a que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, proclamados en el art. 24 de la CE, obligan, más que a una retroacción de actuaciones con el fin de posibilitar la interposición del recurso de alzada, con la consiguiente lesión del principio de economía procesal, a un examen del fondo del asunto], 30 de junio de 1999 [RJ 1999\5381] [que sigue este mismo criterio en su FJ 1º, en el que a su vez invoca las SSTS de 19 de octubre [RJ 1998\9059] y 28 de noviembre de 1998 [RJ 1998\10359]] y 19 de junio de 2001 [RJ 2002\437] [en la que se rechaza el pronunciamiento de inadmisibilidad y se declara la procedencia de entrar a conocer del fondo del asunto en virtud de un conjunto de argumentos tales como el derecho de acceso a la jurisdicción, el principio “pro actione” y el que obliga a una interpretación y aplicación restrictiva de las causas de inadmisibilidad, exigiendo en todo caso que su apreciación sea necesaria para satisfacer la finalidad o razón de ser a la que obedecen]».

6 CANO CAMPOS, T. «La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del “ius puniendi” del Estado». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 31 [2012]. *Vid.*, también críticamente respecto de la jurisprudencia del TS, ALONSO MAS, M.ª J. «La relevancia de la falta de resolución expresa del recurso de alzada contra una sanción administrativa a efectos de prescripción: a propósito de la STC 37/2012, de 9 de marzo». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156 [2012], pp. 143 y ss.

7 *Vid.* «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho público español», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.) *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016, pp. 647-673.

- Primera. El recurso administrativo puede responder a una o todas las finalidades siguientes: asegurar la defensa del interesado; fomentar el autocontrol de la Administración; reducir el número de asuntos que accede a la jurisdicción contencioso-administrativa. Salvo excepciones (por ejemplo, el recurso especial en materia de contratación), el sistema de recursos no cumple ninguna de aquellas finalidades.
- Segunda. El recurso de alzada es innecesario para asegurar el autocontrol de la Administración, pues existen otros medios menos gravosos, como es la dirección permanente del órgano superior sobre el inferior, facilitado por las nuevas tecnologías. Tampoco tiene sentido que el recurso de alzada no suspenda la eficacia de la resolución impugnada, si se parte de la base de que lo que busca la Administración es la garantía de una resolución administrativa definitiva.
- Tercera. El recurso administrativo está muy justificado en todos los casos de administración de actos en masa, porque normalmente al ciudadano no le sale a cuenta interponer recurso contencioso-administrativo en asuntos de escasa cuantía, máxime cuando existe condena en costas. Desde este punto de vista, la regulación del recurso en la LPACAP es decepcionante.
- Cuarta. También el recurso puede estar justificado cuando es necesaria una respuesta rápida. La eficacia del recurso en materia contractual, que es preceptivo, está justificada en el elevado número de recursos interpuestos antes de la adjudicación del contrato frente a la situación anterior en la que apenas existían recursos en la fase precontractual, porque a las empresas no les convenía la tardanza de los Tribunales de Justicia en resolver las demandas contenciosas.

En definitiva, un recurso obligatorio como el de alzada tiene escasa justificación. Un recurso obligatorio y con carácter suspensivo si estaría ampliamente justificado en los ámbitos en los que es muy difícil una tutela jurisdiccional efectiva (la inmigración, tráfico de vehículos, etc.).

VI. LA GARANTÍA CONTENCIOSA Y LA REGULACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

El expediente administrativo, aunque definido en la Ley del procedimiento administrativo, forma parte esencial de la garantía del recurso contencioso.

En el procedimiento ordinario solo es posible la demanda una vez se conoce el expediente; en el abreviado, el expediente tiene que estar a disposición de las partes antes del acto del juicio.

Décadas de contencioso-administrativo subrayan la importancia de que el expediente refleje la realidad de lo instruido y los antecedentes del acto. De ahí que la Ley jurisdiccional observe que cuando el demandante considera que el expediente no está completo podrá pedir al juez que este reclame a la Administración los antecedentes que faltan.

Cualquier juez o abogado con cierta experiencia en el contencioso-administrativo sabe de la importancia de un buen expediente para poder fiscalizar, adecuadamente, en vía jurisdiccional, la actuación de la Administración.

La normativa anterior a la LPACAP regulaba el expediente en tres normas: la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (art. 164), y, a efectos de la información accesible al público, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que, aunque no habla de expediente, si delimita la información que debe facilitar la Administración, que obviamente es más limitada que la que tiene derecho el interesado en el seno del procedimiento.

Las dos primeras normas se basan en lo que podíamos denominar principio de complitud. El expediente es «el conjunto ordenado de todos los documentos». De él debe formar parte todo lo que ha servido a la Administración para elaborar el acto o la disposición. En la Ley de transparencia, paradójica aunque lógicamente, la ley es más restrictiva y elimina del derecho de acceso las solicitudes que se refieren a información en curso de elaboración, la «información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas» (art. 18.1.b).

Pues bien, el art. 70 LPACAP, tras recordar la definición hasta ahora vigente, expresamente delimita los documentos que no forman parte del expediente, ampliando las previsiones de la Ley de transparencia. Dice así el apartado 4 del citado precepto legal:

«No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resú-

menes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento».

El legislador introduce un batiburrillo de elementos que no forman parte del expediente, de difícil justificación y que incurre en inconstitucionalidad por afectar gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por una parte excluye del expediente la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, lo que en principio es lógico si en el expediente electrónico se incluyen bases de datos informáticas, aplicaciones o ficheros generales, pero que empieza a ser no tan lógico si se trata de notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos, y desde luego es descabellado si se trata de «comunicaciones e informes internos» o «entre órganos o entidades administrativas», o «de los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas», salvo que se trate de informes preceptivos y facultativos solicitados antes de la resolución.

Una cosa es que en una Administración digitalizada no se incluya en el expediente toda la huella, incluidos los borradores elaborados por los funcionarios, y que sucesivamente puedan irse modificando, y otra muy distinta y peligrosa que se supriman del expediente los informes internos o entre órganos administrativos o los juicios de valor que puedan emitir los funcionarios públicos. No se acierta a encontrar explicación a esta última serie de exclusiones, que permite a la Administración, permítasenos la expresión, arreglar el expediente a su gusto borrando toda huella de las opiniones internas de los funcionarios o de otros órganos de la Administración.

Si tanto se predica la transparencia de la Administración es absolutamente contradictorio hacer un listado tan extenso de los elementos que no componen el expediente administrativo. Cabe, en definitiva, sospechar que lo que se pretende es que el expediente sea congruente con la resolución administrativa adoptada por el órgano competente eliminando cualquier obstáculo de opinión discrepante.

Que en el expediente aparezcan las opiniones de los funcionarios o las comunicaciones internas en nada perjudica la transparencia de la Administración ni el control obligado en un régimen democrático de Derecho Administrativo. Sin embargo, que se oculten datos o se marginen las opciones discrepantes «no oficiales» perjudica gravemente al Estado de Derecho, en dos aspectos esenciales.

El primero de ellos se refiere al papel institucional de la función pública que es la primera garantía de la objetividad de la Administración (art. 103

CE). Si las opiniones de los funcionarios, sus juicios de valor, no forman parte del expediente o, por mejor decir, pueden ser eliminados legalmente del expediente, se minimiza hasta extremos insoportables la tarea del funcionario público. Si ya pocos incentivos existen para que el funcionario desempeñe su función con independencia del poder, un precepto como el comentado contribuirá a desincentivar cualquier discrepancia respecto de la opinión de la autoridad. La patente ocupación por el poder político del espacio funcional tiene aquí un poderoso instrumento de coacción.

Uno de los grandes retos de la organización administrativa es garantizar un espacio de objetividad, sustraído a las pasiones políticas. Desde luego difícilmente se alcanzará ese reto si la norma incentiva todo lo contrario a la objetividad, es decir, si la norma favorece que el funcionario se repliegue a ser un mero apoyo técnico a lo que está políticamente decidido de antemano.

El segundo aspecto tiene que ver con la tutela judicial efectiva frente a la Administración. En verdad no es fácil enfrentarse en un pleito a esa *potentior personae*.

En ese debate procesal, el conocimiento de las razones que mueven a la Administración, no solo de las que lucen en la resolución, tiene una importancia en muchos casos decisiva. La comunicación y la opinión interna, el informe que emite un funcionario, aunque no sea preceptivo (pensemos simplemente en los Interventores y Secretarios de Ayuntamientos) pueden ayudar a las partes y al juez a fijar los términos del debate, a insinuar una posible desviación de poder o, simplemente, a conocer las verdaderas razones de la Administración.

En la medida en que la Administración institucionalmente está plenamente sometida a la ley y al derecho, el art. 70.4 LPACAP, en cuanto excluye del expediente las opiniones, informes internos y juicios de valor de las Administraciones Públicas, es contrario a la tutela judicial efectiva porque produce indefensión. El ciudadano tiene derecho a poder contar con todos los elementos de prueba. El «alisado» del expediente pugna con este derecho.

No puede decirse en contra de lo anterior que la regulación del expediente administrativo no impide a la parte recurrente utilizar cualquier otro medio de prueba. La razón es bastante simple: difícilmente puede probarse lo que se ignora. Si el ciudadano extraprocesalmente conoce la existencia de un informe que favorece sus intereses podrá pedirlo en el periodo probatorio, o incluso dentro del plazo para completar el expediente, ya que el art. 55 LRJCA permite pedir cualesquiera antecedente. Esta posibilidad de defensa desaparece, sin embargo, cuando no se cono-

ce la nota, la opinión del funcionario, el informe interno no pedido, que ha sido convenientemente expurgado del expediente. En estos casos la indefensión es total, lo que contrasta vivamente con la tendencia europea a facilitar el acceso a las fuentes de prueba en poder de la otra parte, como exige la Directiva Europea 2014/14/UE, de 26 de noviembre, de daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia.

La regulación, en fin, objetivamente es un obstáculo a la lucha contra la corrupción, puesto que no favorece la mínima transparencia exigible a la Administración. Desde el punto de vista procesal penal puede también irrogar perjuicios a las autoridades públicas, pues parece claro que, aunque el expediente haya sido «legalmente» expurgado, permanecerá la huella informática de la opinión o el informe descartado y, en consecuencia, en el seno de una investigación penal, podrán utilizarse estos documentos como medio de prueba.

Todas estas razones respaldan no solo la inconstitucionalidad del precepto, sino la urgencia de su modificación legislativa, dadas las negativas repercusiones prácticas en el derecho de defensa, en la transparencia de la Administración, e incluso en la seguridad jurídica del funcionario o autoridad que expurgue el expediente en los términos previstos en la ley.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LAS LEYES 39 Y 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE

AVELINO BLASCO ESTEVE
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de las Illes Balears

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La primera novedad a destacar en esta materia es que la regulación unitaria sobre responsabilidad patrimonial de la Administración que existía en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en adelante), se ha dividido en dos leyes distintas: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP, en adelante) —en lo que se refiere a la parte procedimental—, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante), en lo que se refiere a la parte sustantiva de aquella responsabilidad.

Las novedades introducidas por ambas leyes en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración no son sustanciales, salvo quizá en el tema de la responsabilidad del Estado legislador. A continuación iremos analizando las principales novedades, empezando precisamente por la más novedosa.

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR O RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LEYES

El art. 32 LRJSP regula con algunas novedades la llamada responsabilidad del Estado legislador o responsabilidad derivada de leyes, añadiendo dos particularizaciones o supuestos individualizados al supuesto general del mismo contenido en el art. 32.3: la responsabilidad derivada de leyes decla-

radas inconstitucionales y la responsabilidad que sea consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea. La propia Ley destaca en su Exposición de Motivos esta novedad:

«También se incorporan en este Título los principios relativos al ejercicio de la potestad sancionadora y los que rigen la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Entre las novedades más destacables en este ámbito, merecen especial mención los cambios introducidos en la regulación de la denominada “responsabilidad patrimonial del Estado Legislador” por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda».

Analicemos seguidamente los distintos supuestos de responsabilidad derivada de leyes que pueden producirse en la práctica.

1. EL SUPUESTO GENERAL Y RESIDUAL: EL ARTÍCULO 32.3 LRJSP. DAÑOS PRODUCIDOS POR LEYES NO INCONSTITUCIONALES

El art. 32.3 LRJSP reitera de entrada el viejo art. 139.3 LRJPAC, aunque con otras palabras:

«Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la *aplicación de actos legislativos* de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen».

A continuación, el precepto ya prevé los dos supuestos particularizados que se regularán en los apartados 4 y 5:

«La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores:

Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4.

Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.»

Examinemos de entrada el párrafo primero del apartado 3, que contiene el supuesto general. Tal como está concebido, este supuesto tiene carácter residual, es decir, se aplica a todos los supuestos de responsabilidad por leyes que no sean encuadrables en los apartados 4 (daños por aplicación de una ley inconstitucional) y 5 (daños por aplicación de una ley contraria al Derecho europeo), es decir, por leyes que no vayan en contra de ninguna norma superior, sea la Constitución o sea el Derecho de la UE. Dicho con otras palabras, el precepto es el que debería regir los supuestos de daños producidos por leyes «válidas».

Veamos primero el antecedente directo del art. 32.2 LRJSP, que es el art. 139.3 LRJPAC.¹ Este precepto fue incluido en dicha Ley probablemente para frenar las incipientes tendencias a admitir la responsabilidad del Estado legislador que ya había por entonces en la jurisprudencia (ya se habían dictado algunas sentencias favorables al reconocimiento de la misma en el tema de la jubilación anticipada de funcionarios públicos y de Jueces y Magistrados), ya que —de lo contrario— habría que concluir que es un precepto vacío o superfluo, tal como han sostenido algunos autores:²

- el precepto supone *de facto* la negación con carácter general de la responsabilidad derivada de leyes, ya que solo la admite cuando la propia ley causante del daño prevé su compensación y en la forma y medida establecida por la ley.³ Por lo tanto, ante el silencio de la Ley en cuanto a indemnización por los daños por ella causados —que es la hipótesis habitual en la práctica—, la consecuencia parece que debe ser la negativa a admitir la existencia de responsabilidad.
- pues bien, a pesar del tenor literal del art. 139.3 LRJPAC, la jurisprudencia de los años siguientes pronto desbordó el estricto ámbi-

1 Art. 139.3 LRJPAC: «3. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos».

2 Entre otros, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. J. «Responsabilidad del Estado Legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del art. 139.3 de la Ley 30/1992». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104 (1999), p. 641.

3 En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo General*. Tomo II. Madrid: Lustel, 2015 (3ª ed.), p. 550.

to del precepto y empezó a reconocer supuestos concretos de responsabilidad derivada de leyes:

- (i) uno de los primeros casos en que se admitió expresamente este tipo de responsabilidad es el de las STS de 5 de marzo de 1993 (Ar. 1623), de 27 de junio de 1994 (Ar. 4981) y de 16 de diciembre de 1997 (Ar. 6411), las tres por daños que habían sufrido varias empresas pesqueras por el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, el cual había causado la supresión de la exención de derechos de aduana por las capturas de pescado realizadas por empresas pesqueras conjuntas españolas de terceros países.⁴
- (ii) en sentido parecido, las STS de 8 y de 9 de octubre de 1999 reconocen el derecho a indemnización, ya que una Ley canaria de 1986 «debió establecer medidas correctoras transitorias que garantizaran la equidad tributaria» al subir el impuesto autonómico de carburantes.
- (iii) otro bloque de supuestos en que se ha admitido este tipo de responsabilidad es el que encarna la STS de 17 de febrero de 1998 (Ar. 1677) referida a la Ley balear 3/1984, de 31 de mayo, que declaró la zona de Es Trenc como área natural de interés especial y que desclasificó terrenos urbanizables. Previamente a ella, la STC 28/1997, de 13 de febrero, había resuelto una cuestión de inconstitucionalidad sobre dicha Ley, admitiendo *obiter dicta* la posibilidad de dicha responsabilidad,⁵ lo que ya suponía en definitiva una interpretación claramente superadora del estricto alcance del art. 139.3 LRJPAC. Pues bien, la STS citada admite el resarcimiento de los daños producidos por la

4 «[...] deviene procedente la indemnización cuestionada, habida cuenta, en primer lugar, la existencia de derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos, cuyo sacrificio particular se impuso por las determinaciones que hemos relatado, sin que las respectivas sociedades tengan el deber jurídico de soportarlo, y además porque concurren cuantos requisitos exige nuestro ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, esto es daño, no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa, (nexo causal), de los concretos actos que se aducen y que hemos examinado como determinantes de la lesión patrimonial» (FJ 3).

5 «Es claro, por tanto, que el silencio de la Ley sobre este particular no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos.»

Ley balear citada y condena a pagar algo más de 121 millones de pesetas a los titulares de los terrenos desclasificados, aplicando la doctrina jurisprudencial elaborada sobre indemnizaciones por alteración del planeamiento urbanístico, así como en base a los principios de buena fe y confianza legítima. A partir de esta Sentencia, el supuesto de indemnización por desclasificación de terrenos efectuada por leyes se ha repetido en numerosas ocasiones en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia, en especial los de Baleares y Canarias.

Vemos entonces cómo la jurisprudencia ha superado ampliamente el estricto tenor del art. 139.3 LRJPAC sobre la responsabilidad del Estado legislador. Así las cosas, lo más probable es que esta tendencia jurisprudencial continúe en el futuro, orillando de nuevo el texto del art. 32.3 LRJSP, párrafo primero. Como veremos enseguida, la jurisprudencia extrae el principio de responsabilidad patrimonial del poder legislativo del propio texto constitucional, por lo que el silencio de las leyes no expropiatorias que causen lesiones que no se tiene el deber de soportar no es óbice para que los tribunales consideren aplicable la institución resarcitoria a dicho supuesto, en aplicación directa de determinados principios constitucionales. En consecuencia, y en cuanto a la regla general del párrafo primero del art. 32.3 LRJSP, es previsible que las cosas sigan como están hasta ahora y que la jurisprudencia continúe declarando la procedencia de la indemnización por daños derivados de leyes aún en el caso de que sean ajustadas a la Constitución, siempre que se cumplan los requisitos generales del instituto resarcitorio (producción efectiva del daño, menoscabo de un verdadero derecho y no de una simple expectativa, requisitos del daño, etc.).

Tenemos así que la jurisprudencia ha reconocido y admitido la responsabilidad derivada de leyes en distintos supuestos en que no se cuestionaba la inconstitucionalidad de la ley causante del daño, es decir, en supuestos de leyes constitucionalmente correctas, lo cual es previsible que continúe en el futuro como hemos dicho.

El fundamento jurídico del reconocimiento de esta responsabilidad se halla en estos casos no en la invalidez de la ley que causa el daño (que no existe), sino en la producción de un daño singularizado o «sacrificio especial» y anormal por la ley de que se trate o por sus actos de aplicación, el cual implica en definitiva la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas (arts. 14 y 31.1 CE), por lo que el perjudicado no tiene el deber de soportarlo. La STS de 17 de noviembre de 1987 ya lo anticipó premonitoriamente:

«Consagrada en el artículo 9.3 CE la responsabilidad de todos los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus concretos destinatarios un *sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación del que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización, cuya cuantía, de no concurrir tal excepción, debe ser suficiente para cubrir el perjuicio efectivamente causado*» (FJ 4).

En el fondo, el fundamento jurídico es sustancialmente el mismo que el que dio lugar en 1938 al *arrêt La Fleurette* por parte del Consejo de Estado francés,⁶ fundamento que deriva en definitiva de la teorización de LÉON DUGUIT sobre este tema a principios del siglo pasado.

A este fundamento jurídico de fondo, la jurisprudencia más reciente le añade otro argumento, que se ha debatido mucho en la doctrina aunque de modo no pacífico: el principio de responsabilidad de los poderes públicos del art. 9.3 CE. Algunos prestigiosos autores han entendido que este principio no se refiere a la responsabilidad patrimonial sino solo a la responsabilidad política, por lo que la eventual responsabilidad patrimonial del poder legislativo no podría derivar del art. 9.3. Frente a esta postura, en cambio, la jurisprudencia española ha acabado considerando que el principio en cuestión exige que el poder legislativo responda también patrimonialmente de las lesiones injustificadas que cause. Así, por ejemplo, las STS de 26 de noviembre de 2009 (RJ 5692), de 27 de noviembre de 2009 (RJ 2010\1262) y de 2 de junio de 2010 (RJ 5494) señalan:

⁶ Que se pronunció en este sentido: «Considerando que la prohibición impuesta a favor de la industria lechera ha colocado a la sociedad reclamante en la obligación de cesar en la fabricación del producto que venía explotando [...] sin que se haya alegado que constituyese un peligro para la salud pública: *que nada, ni en el texto mismo de la ley ni en sus trabajos preparatorios [...] permite pensar que el legislador ha querido hacer soportar al interesado una carga que no le incumbe normalmente; que esta carga, impuesta en interés general, debe ser soportada por la colectividad; que de ello se sigue que la sociedad "La Fleurette" tiene derecho a exigir que el Estado sea condenado a abonarle una indemnización en reparación del perjuicio por ella sufrido [...]*».

«[...] El artículo 9.3 de nuestra Carta Magna positiviza al máximo nivel un conjunto de principios generales del derecho, entre los que se cuenta el de responsabilidad de los poderes públicos, de valor normativo directo y, por consiguiente, con virtualidad inmediata, en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña. Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos cumple la triple función de (a) expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, (b) servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como (c) operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal.

El juego de esas tres funcionalidades autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad. El Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. No sólo por las actuaciones del poder ejecutivo (artículo 106.2 de la Constitución), sino también por las del judicial (artículo 121) y las del legislativo [sentencias del Pleno de esta Sala de 25 de septiembre (recurso 144/86, FJ 4º), 7 de octubre (recurso 142/86, FJ 4º) y 19 de noviembre de 1987 (recurso 141/86, FFJJ 7º y 8º) entre otras], alcanzando a todo órgano constitucional, incluido el máximo intérprete de la Norma Fundamental, según resolvemos en el día de hoy en la sentencia dictada en el recurso de casación (sic) 585/08. Las únicas excepciones son las que la propia Constitución contempla (v. gr.: la persona del Rey —artículo 64.2—) y aquellas otras que puedan prever las leyes que la desarrollan».

Es entonces la interpretación combinada de estos dos principios —responsabilidad de los poderes públicos y ruptura de la igualdad ante las cargas públicas— la que nos permite afirmar la posibilidad de responsabilidad derivada de leyes aunque sean ajustadas a la Constitución. Como bien dice GALÁN VIOQUE respecto a los daños de origen legislativo, «en relación con este tipo de daños el parámetro que se tiene que utilizar para determinar la antijuridicidad del daño no es la propia ley causante del daño sino la Constitución».⁷ Efectivamente, el dato que convierte el daño en antijurídico no reside en la propia ley que lo causa, sino en su contradicción con determinados principios y reglas constitucionales en virtud de los cuales la víctima del daño no tiene por qué soportarlo aunque venga

⁷ GALÁN VIOQUE, R. R. «De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador». *Revista de Administración Pública*, núm. 1555 (2001), p. 313.

producido por una ley o derive de la misma. Esos principios y reglas son fundamentalmente el de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y el de igualdad ante las cargas públicas (arts. 14 y 31.1 CE). Como dice el autor referido, «no existe ningún obstáculo para aplicar el principio de igualdad ante las cargas públicas haciendo una interpretación sistemática de los arts. 14 y 31.1 CE con su art. 9.3 para determinar la indemnización de los daños producidos por leyes válidas que sirva para rellenar de contenido a la garantía constitucional de responsabilidad de los poderes públicos. Este principio actuaría como parámetro de la anti-juridicidad de los denominados lícitos legislativos».⁸ Junto a estos principios pueden concurrir en algunos casos otros principios jurídicos que contribuyen a la misma consecuencia resarcitoria —en especial, el de confianza legítima—,⁹ pero son en realidad aquellos dos primeros los que sustentan la aplicación de la institución de la responsabilidad a los daños que puedan causar las normas con rango de ley.

2. DAÑOS PRODUCIDOS POR LEYES POSTERIORMENTE DECLARADAS INCONSTITUCIONALES

Al margen del inexpressivo art. 32.3, párrafo primero, de la LRJSP, esta Ley reconoce expresamente en el art. 32.4 la posibilidad de responsabilidad del Estado legislador cuando la lesión sea consecuencia de una ley declarada inconstitucional:

«Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.»

Así las cosas, los requisitos para que proceda la responsabilidad patrimonial en este caso son, en principio, los siguientes:

- que la lesión sea consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley, aunque parece que se trata de una aplicación mediata o indirecta —o sea, por medio de un acto o actuación administrativa de aplicación— y no de una aplicación directa;

⁸ GALÁN VIOQUE, R. R., *ibíd.*, p. 314.

⁹ Este principio ha sido utilizado en muchas sentencias que han otorgado indemnización por daños derivados de leyes: así, por ejemplo, la STS de 5 de marzo de 1993.

- que el perjudicado por el daño haya recurrido contra el acto administrativo de aplicación tanto en vía administrativa —si fuera necesaria— como en vía jurisdiccional, agotando todos los recursos e instancias posibles hasta obtener una sentencia firme desestimatoria de su pretensión;
- que en dichas vías o recursos el perjudicado alegue la inconstitucionalidad de la ley de que se trate, y
- que dicha ley sea declarada inconstitucional por el TC.

Antes de analizar cada uno de estos requisitos, conviene examinar brevemente la jurisprudencia contencioso-administrativa existente en este punto.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa de las dos últimas décadas se había abierto paso de modo decidido la posibilidad de declarar la procedencia de la responsabilidad derivada de la aplicación de leyes inconstitucionales, en especial desde el año 2000. En ese año se dictan varias Sentencias del Tribunal Supremo sobre las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria (procedente del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre), que creó un gravamen complementario sobre la tasa sobre el juego para las máquinas recreativas de tipo B. Dicho gravamen fue declarado inconstitucional por la STC 173/1996, lo que dio lugar al planteamiento de reclamaciones de responsabilidad por parte de los empresarios que habían satisfecho el gravamen, los cuales solicitaron una compensación tras la declaración de inconstitucionalidad de la Ley.

Pues bien, las STS de 29 de febrero de 2000 y de 13 de junio de 2000 (RJ 2730 y 5939) resuelven en sentido estimatorio las reclamaciones de responsabilidad interpuestas ante el Consejo de Ministros. Para ello, la segunda Sentencia citada entiende de entrada que:

«[...] por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado, el cual no podía ser establecido *a priori* en su texto. Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles.

[...] En los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento, y la anti-juridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar.» (FJ 4)

Y frente a la objeción del Abogado del Estado de que una eventual sentencia condenatoria vulneraría el principio de cosa juzgada, la Sala responde que la acción de responsabilidad es ajena al ámbito de la cosa juzgada e incluso a la firmeza del acto administrativo de aplicación de la ley inconstitucional:

«Esta Sala estima, sin embargo, en la sentencia que sirve de precedente a ésta, que *la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia*, pues la sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada.

En el caso examinado no hubo siquiera sentencia firme, pues los recurrentes consintieron las autoliquidaciones que presentaron siguiendo el mandato de la ley vigente, luego declarada inconstitucional, y cuando se puso de manifiesto el perjuicio causado, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley, hicieron uso de la oportuna acción de responsabilidad ante el Consejo de Ministros.

En el caso examinado, por las mismas razones que en aquella sentencia se tuvieron en consideración, la acción de responsabilidad ejercitada es ajena a la firmeza del acto administrativo.» (FJ 7)

Posteriormente, otras muchas sentencias referidas al gravamen sobre el juego declarado inconstitucional —más de un centenar— confirmarán esta misma tesis: por ejemplo, las STS de 15 de julio, de 30 de septiembre y de 27 de diciembre de 2000 (RJ 7423, 9093 y 9576).

Esta primera doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales ha sido posteriormente desarrollada y perfeccionada en otras sentencias y en otros supuestos. Entre ellas alcanza especial valor la STS (Pleno) de 2 de junio de 2010 (RJ 5494), que es una auténtica *leading case* y que condensa la jurisprudencia de los años anteriores, aunque tiene varios razonados votos particulares. En ella, el Tribunal Supremo resuelve una reclamación de responsabilidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que suprimió los llamados

salarios de tramitación en los casos de extinción del contrato de trabajo. Anulado el RDL por el Tribunal Constitucional, un trabajador despedido reclamó al Consejo de Ministros algo más de 7.000 euros por los salarios de tramitación que no le habían sido abonados por el empresario que lo había despedido, reclamación que fue denegada por silencio. Lo primero que hace esta importante Sentencia es determinar el fundamento jurídico de la responsabilidad derivada de leyes. Pues bien, citando varias sentencias anteriores —como la del Pleno del TS de 27 de noviembre de 2009—, el TS entiende que aquel fundamento se halla en el principio de responsabilidad de los poderes públicos del art. 9.3 CE, considerándolo de virtualidad inmediata y aplicabilidad directa. Y a continuación aborda una objeción que le había formulado la defensa de la Administración demandada (el libre margen de maniobra de que debe disponer el legislador):

«[...] Ciertamente, la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos comporta permite al legislador un margen de maniobra en cuanto a su concreción, en atención al poder público del que se predique. No puede recibir el mismo tratamiento la responsabilidad de unas organizaciones serviciales, sometidas plenamente a la ley y al derecho (artículo 103.1 de la Constitución), como son las Administraciones públicas, que la que pueda emanar de los actos de los poderes legislativos, que representan directamente al pueblo y, por lo tanto, esencialmente soberanos (artículo 66 de la Constitución), con una gran libertad de configuración, sin más límites que la Constitución y, en su caso, los Estatutos de Autonomía. [...]

Ahora bien, aquel margen de maniobra que se reconoce al legislador no autoriza, por lo dicho, a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, pues tal entendimiento queda impedido por la cláusula general del artículo 9.3 de la Constitución. En esa tesitura, si los tribunales detectan la existencia de una lesión antijurídica que deba resarcirse, así lo deben declarar, sin riesgo alguno de suplantar la labor de los legisladores, pues *la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 de la Constitución*». (FJ 3)

De este modo, el TS tercia decididamente en la polémica sobre el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado legislador, descartando la opinión de numerosos autores que negaban tal virtualidad al principio de responsabilidad de los poderes públicos del art. 9.3 CE. Con base

en esta primera proclamación, la Sentencia rechaza seguidamente la alegación de la Administración demandada de que la responsabilidad del Estado legislador solo puede ser apreciada cuando así se establezca en la propia ley declarada inconstitucional (según el art. 139.3 LRJPAC), precepto que la Sentencia considera no aplicable al caso de las leyes declaradas inconstitucionales, primero por la supremacía del art. 9.3 CE sobre la regla de la LRJPAC, y segundo, efectuando al respecto una interpretación *ad absurdum* de dicha posibilidad:

«[...] según dijimos al transcribir algunos razonamientos jurídicos de aquellas sentencias del Pleno de fechas 26 y 27 de noviembre de 2009, alumbrada la posibilidad jurídico-constitucional de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos sin excepción alguna, o sin más excepción que las que expresamente pueda prever el Ordenamiento; e incluida por tanto en el ámbito de esa posibilidad la del propio poder legislativo, cuyo fundamento específico y singular, capaz de superar el obstáculo derivado de la tradicional concepción de la ley como producto de un poder soberano, es la inserción de ésta en un ordenamiento que queda regido por encima de ella por una norma “más fuerte” que vincula a todos los poderes públicos y, por ende, al legislador mismo, desaparece en buena lógica, al menos como presupuesto o exigencia ineludible a la que hubiera de quedar subordinada en todo caso aquella posibilidad jurídica, la de su previa previsión y aceptación en la propia ley.

Amén de ello, y centrándonos en un supuesto como el que ahora nos ocupa, aquella condición o presupuesto que exige el tenor literal de aquel inciso final del art. 139.3 no es aplicable ni entra en juego cuando la hipotética lesión tiene su origen en la aplicación de leyes o normas con fuerza de ley declaradas inconstitucionales, como es el caso.

Es así, porque la interpretación de las normas jurídicas no permite que al indagar sobre su sentido alcance el intérprete una conclusión absurda o ilógica. Y lo sería, en la que ahora nos ocupa, una que no restringiera la aplicación de aquel inciso a los actos legislativos constitucionales y la extendiera también a los inconstitucionales, pues esta interpretación supondría tanto como supeditar la reparación del hipotético perjuicio derivado de la inconstitucionalidad de la ley aplicada, a una previsión que en sí misma es absurda e incluso imposible: la del propio legislador de prever que la ley que aprueba puede ser contraria a la Constitución y de que por ello, por si lo fuera, ha de plantearse si incluye o no en ella una decisión como la reflejada en aquel inciso final.»

Siguiendo con el análisis de la STS de 2 de junio de 2010, esta se ocupa seguidamente de uno de los temas recurrentes planteados por la Administración demandada y por parte de la doctrina para oponerse a la declaración de responsabilidad del Estado legislador: los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley en los procesos en los que se aplicó la ley inconstitucional, y el obstáculo que pueden suponer las sentencias firmes que se hayan dictado para el éxito de la reclamación de responsabilidad. En este punto, tanto la Administración como parte de la doctrina habían opuesto a dicho éxito la existencia de cosa juzgada en las sentencias firmes que hubieran aplicado la ley declarada inconstitucional (art. 161.1.a CE y 40.1 LOTC), y habían negado la competencia de los tribunales contencioso-administrativos para declarar la existencia de responsabilidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el TC. Pues bien, la STS citada declara —reiterando una doctrina que proviene de sentencias antes citadas— que la acción de responsabilidad es ajena e independiente del ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia firme:

«SÉPTIMO.- [...] lo que la cosa juzgada no alcanza, como es obvio, es a dar por juzgadas pretensiones que son distintas de las antes deducidas; bien porque lo sean los sujetos frente a los que se piden; bien porque lo sea el "petitum", esto es, el bien jurídico cuya protección se solicita.

Es aquí, precisamente, donde encontramos la razón jurídica que conduce a interpretar que lo ordenado en aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC no impide el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial sustentada en el perjuicio irrogado por la aplicación en la sentencia dotada de ese valor de cosa juzgada de la ley o norma con fuerza de ley luego declarada contraria a la Constitución. El bien jurídico cuya protección se solicita al deducir esta pretensión está, nadie lo duda, claramente conectado con aquél que se solicitó en el proceso no revisable que feneció con esa sentencia, hasta el punto de que uno y otro pueden llegar a guardar una plena relación de equivalencia o utilidad económica, que les haría así, aunque sólo desde esta perspectiva, intercambiables. Pero no es el mismo bien jurídico; no hay identidad entre uno y otro. En el proceso fenecido lo era el derecho o derechos que a juicio del pretendiente derivaban de una concreta situación o relación jurídica. En el nuevo lo es el derecho a ser indemnizado cuando un tercero causa en su patrimonio un perjuicio que no tiene el deber jurídico de soportar. Como tampoco la hay necesariamente entre las partes de uno y otro proceso, entendidas con la extensión con que lo hace el párrafo primero del art. 222.3 LEC, pues en el fenecido sólo lo

eran y sólo podían serlo quienes definían la situación o integraban la relación jurídica cuyo contenido o cuyos derechos se ponían en litigio, mientras que en el nuevo lo es el tercero tal vez ajeno a ellas a quien se imputa el daño antijurídico.

En suma, si lo que excluye la cosa juzgada es, tal y como dice el art. 222.1 LEC, un ulterior proceso cuyo *objeto sea idéntico* al del proceso en que aquélla se produjo, no es ese efecto de exclusión el que producen aquellos artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC para el posterior proceso de reclamación de responsabilidad, pues no es esa situación de identidad de objeto la existente entre éste y el anterior.

Mantenemos pues el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron aquellas sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, que afirma que *la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, y que dota por tanto de sustantividad propia a dicha acción.*

[...]

OCTAVO.- La conclusión alcanzada es a su vez mucho más nítida en el concreto supuesto que aquí enjuiciamos. La parte contra la que se dirige la pretensión de responsabilidad patrimonial no lo era, no era parte, en aquel proceso laboral por despido. Y el contenido de los derechos y deberes recíprocos entre el empresario y el trabajador al que despidió, que era lo que constituía el objeto de lo que allí se juzgó, permanecerá absolutamente igual a como fue definido en la sentencia firme dictada en él, cualquiera que sea el pronunciamiento que ahora recaiga. La cosa juzgada y la seguridad jurídica a que esta institución atiende, en nada se menoscaban al reconocer la posibilidad de ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial que nos ocupa».

Por último, la Sentencia citada aborda la cuestión de la antijuridicidad del daño en estos casos, cifrándola como regla general en la inconstitucionalidad de la ley —declarada por el TC— de la que deriva aquel:

«DÉCIMO.- Centramos nuestra atención por tanto en el elemento o requisito de la antijuridicidad del menoscabo.

En los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación

antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño.

Esa regla general o de principio es, sin duda, la que se desprende con toda evidencia de aquella jurisprudencia iniciada en aquellas primeras sentencias del año 2000, en donde se lee, por ejemplo, que no parece necesario abundar en razones explicativas de la antijuridicidad del daño, dado que éste se produjo exclusivamente en virtud de lo dispuesto en un precepto declarado inconstitucional (así, en aquella sentencia de 15 de julio de 2000 y en otras muchas posteriores); o que no existía para los recurrentes el deber jurídico de soportar ese perjuicio, puesto que el mismo lo produjo una ley posteriormente declarada inconstitucional (así, y también entre otras muchas, en la sentencia de 9 de mayo de 2008); etc.».

Volviendo al análisis de la regulación legal del art. 32.4 LRJSP, cabe decir de ella que es marcadamente restrictiva respecto a la jurisprudencia actualmente existente del Tribunal Supremo a este respecto y que acabamos de examinar. Las razones de esta afirmación son las siguientes:

- a) El art. 32.4 parece requerir de entrada que exista algún acto o actuación administrativa de aplicación de la Ley inconstitucional que cause el daño, ya que habla de «la actuación administrativa que ocasionó el daño». Ahora bien, el daño también podría derivar de una aplicación directa de dicha Ley si se trata de una norma autoaplicativa, es decir, sin que medie un acto o actuación administrativa de aplicación de la norma. Seguramente se tratará de un supuesto infrecuente, pero teóricamente podría darse de hecho. Pues bien, si ocurre así, parece que el supuesto en cuestión quedaría al margen del ámbito del art. art. 32.4.
- b) El art. 32.4 exige que el perjudicado por el daño reaccione desde el primer momento contra el acto de aplicación de la Ley inconstitucional, interponiendo contra el mismo el recurso pertinente en los breves plazos que existen para ello. Por lo tanto, ya no cabrá ejercer «autónomamente» la acción de responsabilidad tras la declaración de inconstitucionalidad de la ley de que se trate, sino que en el art. 32.4 esta acción debe estar precedida por la de anulación del acto o actuación administrativa dañosa, ya que el perjudicado tiene que haber recurrido previamente contra el acto o actuación administrativa dañosa y haber agotado todas las vías e instancias posibles, obteniendo una sentencia firme desestimatoria de su recurso.

El art. 32.4 exige así haber conseguido una sentencia firme de su pretensión, con lo que quien no haya reaccionado en tiempo y forma contra el acto o la actuación administrativa de aplicación de la Ley inconstitucional ya no podrá interponer la acción de responsabilidad cuando la Ley sea declarada inconstitucional.

En este punto, la jurisprudencia había declarado justamente lo contrario, a saber, que la responsabilidad derivada de leyes declaradas inconstitucionales podía solicitarse respecto de actos administrativos firmes contra los que no se hubiera recurrido en vía administrativa o jurisdiccional. Así, por ejemplo, la STS de 31 de enero de 2006 (RJ 497) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía contra Acuerdos del Consejo de Ministros por los que se había denegado la indemnización por los perjuicios causados por el pase a segunda actividad en virtud de la Ley 37/1988, de 28 diciembre, disposición declarada inconstitucional por la STC 234/1999, de 16 diciembre. La STS señala en concreto lo siguiente:

«TERCERO.- Esta Sala considera —en sentencias de 17 de julio de 2003 (Rec. 115/2002), 12 de julio (Rec. 17/2003), de 21 de octubre de 2004 (Rec. 282/2002 y 283/2002), 4 de octubre de 2004 (Rec. 14/2003), 7 de octubre de 2004 (Rec. 23/2003, Rec. 273/2002 y Rec. 40/2004)— que el resarcimiento del perjuicio causado por el Poder Legislativo no implica dejar sin efecto el acto administrativo por el que se acuerda el pase a la segunda actividad, pues éste sigue manteniendo todos sus efectos, ya que sólo supone que ha existido un perjuicio individualizado concreto y claramente identificable producido por la minoración de ingresos indebida al estar fundada aquella en la directa aplicación por los órganos administrativos competentes de una disposición legal de carácter constitucional. Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicho acto administrativo se apoyó.

[...]

Esta Sala, según ha declarado en las reseñadas sentencias, no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actua-

ción administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear “de oficio o a instancia de parte” al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable.»

En la misma línea se pronuncian las STS de 13 de junio de 2000 (Ar. 5939); de 22 y 23 de enero de 2001 (Ar. 4183 y 4184); de 20 de febrero de 2002 (Ar. 3331); de 1 de julio de 2003 (Ar. 5429); de 29 de junio y de 5 de julio de 2004 (Ar. 5561 y 5719); de 22 de febrero y de 28 de junio de 2005 (Ar. 2363 y 4215); de 9 de marzo de 2006 (Ar. 2163), y de 2 de junio de 2010 (Ar. 5494), antes reproducida. En todas estas Sentencias, el TS separa la acción de responsabilidad derivada de leyes de la (previa) acción de anulación contra el acto o actividad administrativa de aplicación de la ley inconstitucional que han ocasionado el daño, acciones que considera independientes entre sí, llegando a afirmar incluso que aunque no se hubiera recurrido previamente contra ese acto o actividad administrativa, es posible ejercitar la acción de responsabilidad una vez se declare la inconstitucionalidad de la ley. Recordemos al respecto las palabras de la STS de 13 de junio de 2000 (Ar. 5939) antes citada:

«SÉPTIMO.- Esta Sala estima, sin embargo, en la sentencia que sirve de precedente a ésta, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia, pues la sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto incons-

titucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada.

En el caso examinado no hubo siquiera sentencia firme, pues los recurrentes consintieron las autoliquidaciones que presentaron siguiendo el mandato de la ley vigente, luego declarada inconstitucional, y cuando se puso de manifiesto el perjuicio causado, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley, hicieron uso de la oportuna acción de responsabilidad ante el Consejo de Ministros.

En el caso examinado, por las mismas razones que en aquella sentencia se tuvieron en consideración, la acción de responsabilidad ejercitada es ajena a la firmeza del acto administrativo.»

Por lo tanto, la conclusión de lo anterior consiste en que *el art. 32.4 LRJSP supone un claro paso atrás respecto de la jurisprudencia actualmente existente en la materia, al exigir la previa impugnación del acto o actividad administrativa dañosa y haber seguido los procesos correspondientes hasta obtener una sentencia desestimatoria firme*. Si dicha jurisprudencia había considerado que la acción de anulación y la acción de responsabilidad eran dos acciones independientes, que podían ejercitarse separada e independientemente una de otra, el art. 32.4 obliga en cambio a que se ejerciten separadamente pero no de modo independiente una de otra, ya que primero habrá que ejercitar la de anulación y, una vez declarada la inconstitucionalidad de la ley, la de responsabilidad.

En cualquier caso, hay que observar que con este requisito que comentamos el art. 32.4 descarta de un plumazo las objeciones basadas en la falta de respeto por la cosa juzgada que hipotéticamente supone esta vía de admisión de responsabilidad: en efecto, a pesar de que exista una sentencia firme desestimatoria, cabrá ejercer la acción de responsabilidad de modo independiente a la de anulación del acto o actuación administrativa dañosa hasta un año después de publicarse la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la ley de que se trate (art. 67.1 LPACAP).

- c) El art. 32.4 LRJSP exige, además, que desde el primer momento el perjudicado por el daño alegue la inconstitucionalidad de la ley posteriormente declarada como tal, al plantear su recurso contra el acto o actividad dañosa (al menos en el recurso en vía judicial). Pero si el perjudicado alega la inconstitucionalidad de una ley, ello supondrá normalmente que habrá solicitado del órgano jurisdiccio-

nal correspondiente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Y, si la cuestión ha sido efectivamente planteada, el proceso judicial de que se trate puede no haber alcanzado una sentencia firme. Por lo tanto, solo habrá sentencia firme si el órgano jurisdiccional no ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad y ya ha dictado sentencia desestimatoria.

La articulación práctica de la reclamación por este tipo de responsabilidad derivada de leyes consiste en que, según el art. 92 LPACAP, el órgano competente para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de leyes y ante el que debe presentarse la reclamación es:

- el Consejo de Ministros, cuando se trate de una ley estatal;
- el correspondiente órgano autonómico cuando se trate de una ley de una Comunidad Autónoma, órgano que debería definirse por la legislación de dicha Comunidad. En defecto de esa determinación, parece que el órgano competente debe ser el Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente.

El plazo para interponer la reclamación de daños es el de un año desde la publicación en el BOE de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma (art. 67.1 LPACAP). Pero, por otra parte, el art. 34.1 LRJSP limita la posibilidad de reclamación a los «daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad [...], salvo que la sentencia disponga otra cosa». Con ello, la nueva Ley introduce otra grave restricción al alcance y la operatividad de la responsabilidad del Estado legislador, ya que esta limitación temporal de cinco años no está realmente justificada: como dice GALÁN VIOQUE, «no tiene ningún sentido que siendo nula la ley que ha causado el daño la posibilidad de recibir una indemnización se haga depender de la circunstancia aleatoria, para quien lo ha sufrido, de que la sentencia que determine la invalidez se publique dentro del plazo de los cinco años siguientes a su producción. Sin olvidar tampoco lo discutible jurídicamente que es que por medio de una ley ordinaria se pretenda determinar el alcance de fallos jurisdiccionales».¹⁰

10 En su artículo «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado Legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente de ilícito legislativo)». *Documentación Administrativa*, núm. 2 (enero-diciembre 2015), epígrafe III, 3.

La conclusión final de este apartado 2 sobre responsabilidad derivada de leyes declaradas inconstitucionales consiste en constatar que el art. 32.4 LRJSP ha admitido expresamente la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado en este supuesto, incluso con una regulación que va en contra de algunos argumentos de peso que se oponían a la misma, como es sobre todo el de la existencia de la cosa juzgada: en este aspecto, esta admisión expresa de la responsabilidad debe ser valorada positivamente a nuestro juicio.

Pero, por otra parte, debe observarse que el art. 32.4 reduce considerablemente las vías o posibilidades que hasta ahora ha abierto la jurisprudencia contencioso-administrativa para declarar dicha responsabilidad, en especial al exigir la previa impugnación del acto o actividad administrativa dañosa y haber seguido los procesos judiciales correspondientes hasta obtener una sentencia desestimatoria firme, así como en la limitación temporal a cinco años que exige el art. 34.1 LRJSP. Así las cosas, habrá que esperar para ver si los Tribunales aceptan realmente aquella restricción legal o si, por el contrario, continúan declarando la existencia de este tipo de responsabilidad con fundamento en la «vinculación más fuerte» de la Constitución y, en concreto, del principio de responsabilidad de los poderes públicos del art. 9.3 CE —tal como han hecho hasta ahora—.

3. DAÑOS PRODUCIDOS POR NORMAS POSTERIORMENTE DECLARADAS CONTRARIAS AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En la famosa Sentencia *Francovich-Boniface* de 1991, el TJCE ya admitió que «el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado».¹¹ El fundamento de la obligación de los Estados miembros de reparar dicho daños se encuentra en el art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario.¹² Este Derecho asume así el principio de responsabilidad

11 STJCE de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich y Boniface contra la República Italiana*, apdo. 35.

12 El segundo párrafo del art. 4.3 establece que: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión».

patrimonial de los Estados miembros que, según el actual art. 340 TFUE (antiguo art. 288 TCE),¹³ impone a estos la obligación de «reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables».¹⁴

Aunque el art. 340 TFUE hace referencia a la responsabilidad derivada de los daños causados por la Unión y no a la de los Estados miembros, el TSJCE ha entendido que la protección de los derechos que para los particulares derivan del Derecho comunitario «no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño».¹⁵ Por ello, los incumplimientos del Derecho comunitario por los Estados miembros generan en los ciudadanos un derecho a la reparación de los daños causados al amparo del art. 340 citado y, en este sentido, es indiferente «de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento», esto es, «independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo», pues la obligación de reparar el daño «no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales».¹⁶ Todos las instancias del Estado «incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario», por lo cual, «el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional».¹⁷

13 De conformidad con el segundo párrafo del art. 340: «En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.»

14 STJCE de 19 de noviembre de 1991, mencionada en la nota 11, apdo. 37.

15 STJCE de 5 de marzo de 1996, asunto *Brasserie du Pêcheur contra la República Federal de Alemania* y entre *The Queen* y *Factortame III* (C-46/93 y 48/93), apdo. 42.

16 STJCE de 5 de marzo de 1996, mencionada en la nota anterior, apdos. 32 a 34.

17 Textualmente, la STJCE de 5 de marzo de 1996, mencionada en la nota 15, señala lo siguiente:

«31. Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Justicia ya señaló, en la Sentencia Francovich y otros, antes citada, apartado 35, que el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables es inherente al sistema del Tratado.

32. De ello resulta que el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cual sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento.

Los requisitos que el TJCE ha exigido para que un Estado miembro esté obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables son tres en principio, sin perjuicio de que «con arreglo al Derecho nacional, el Estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos»: ¹⁸

- a) *Que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares*: debe tenerse en cuenta que existen disposiciones comunitarias que confieren directamente derechos y otras que, en la medida que imponen prohibiciones a los Estados miembros, generan por ello derechos de los ciudadanos que los órganos jurisdiccionales deben salvaguardar.
- b) *Que la violación esté suficientemente caracterizada*: esto se produce cuando un Estado miembro, en el ejercicio de su facultad normativa,

33. Además, habida cuenta de la exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que constituye la aplicación uniforme del Derecho comunitario (véase, en particular, la Sentencia de 21 febrero 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest*, asuntos acumulados C-143/1988 y C-92/1989, Rec. p. I-415, apartado 26), la obligación de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario no puede depender de las normas internas de reparto de competencias entre los poderes constitucionales.

34. A este respecto procede señalar que, como afirma el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional, también es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo. Con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas, en el cumplimiento de sus funciones, a respetar las normas impuestas por el Derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares.

35. Además, el hecho de que el incumplimiento reprochado sea, en lo que respecta a las normas internas, imputable al legislador nacional no puede poner en entredicho las exigencias inherentes a la protección de los derechos de los particulares que invocan el Derecho comunitario y, en el presente caso, el derecho a obtener reparación del perjuicio causado por dicho incumplimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

36. Por consiguiente, procede responder a los órganos jurisdiccionales nacionales que el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional.»

18 STJCE de 5 de marzo de 1996, mencionada en la nota 15, apdo. 66. Más recientemente, la STJCE de 24 de marzo de 2009, asunto *Danske Slagterier contra Bundesrepublik Deutschland* (C-445/06), apdo. 20 y ss.; o igualmente la STJUE de 26 de enero de 2010, asunto *Transportes urbanos SAL contra la Administración del Estado* (C-118/08), apdo. 30 y ss.

ha vulnerado, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades de apreciación. Y para comprobar si existe una violación de este tipo deben analizarse todos los elementos que caractericen la situación y, en particular, «el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario».¹⁹

- c) *Que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido perjudicados*; esto es, debe comprobarse si el perjuicio alegado se deriva de forma suficientemente directa de la infracción del Derecho comunitario como para obligar al Estado a repararlo. Así, por ejemplo, si en el momento en que un Estado miembro comete la infracción «sólo disponía de un margen de apreciación considerablemente reducido, incluso inexistente, la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada».²⁰ Eso sí, una vez que se ha constatado que la violación está suficientemente caracterizada, «corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si existe una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas lesionadas».²¹

Al margen de estos tres requisitos, el otro problema que se ha planteado es si los requisitos de procedibilidad que tenían que seguir las acciones de responsabilidad basadas en leyes anticomunitarias eran los mismos que los exigidos por la normativa interna en los casos de responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales; más en concreto, el problema estriba en si se puede reclamar la indemnización correspondiente aunque no

19 STJCE de 5 de marzo de 1996, mencionada en la nota 15, apdo. 56.

20 STJCE de 12 de diciembre de 2006, asunto *Test Claimants contra Commissioners of Inland Revenue* (C-446/04), apdo. 218.

21 STJCE de 5 de marzo de 1996, mencionada en la nota 15, apdo. 65.

se haya recurrido el acto o actuación administrativa que causa el daño y dicho acto haya alcanzado firmeza. El Tribunal Supremo dijo inicialmente en sus Sentencias de 20 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 que, cuando se trata de leyes anticomunitarias, es necesario haber recurrido dichos actos y haber agotado todas las instancias pertinentes. Pero, en otro caso posterior, decidió plantear una cuestión prejudicial al TJCE, que fue resuelta por este en su Sentencia de 26 de enero de 2010 (asunto *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL contra la Administración del Estado*, C-118/08). Esta Sentencia declara de modo contundente que tratar de modo desigual supuestos plenamente equiparables (como son, a juicio de la Sentencia, la responsabilidad derivada de una ley anticomunitaria y la derivada de una ley inconstitucional) infringe el «principio de equivalencia», porque supone sujetar la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho europeo a unos requisitos más rigurosos que los que se aplican a la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho interno (ley inconstitucional). La Sentencia empieza recordando que, según reiterada jurisprudencia, el principio de equivalencia «exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno» (ap. 33). Ello no obstante, el Derecho de la UE no se opone a que el Derecho interno pueda prever un régimen jurídico con menores requisitos para un ámbito determinado (ap. 34). Tras examinar los concretos pormenores del caso, la sentencia considera que «el principio de equivalencia se opone a la aplicación de una regla como la controvertida en el litigio principal» (ap. 46), por lo que concluye diciendo que «el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia [...] sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente» (ap. 48).

En base a la anterior STJCE, el Tribunal Supremo español aplicó esa doctrina en su importante Sentencia de 17 de septiembre de 2010 (rec. 153/2007), en la que acaba concluyendo que:

«La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo [...] sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que [...] no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Sentado lo anterior puede afirmarse que no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por parte de TRANSPORTES URBANOS Y SERVICIOS GENERALES, S.A.L. el hecho de que no impugnara las liquidaciones tributarias relativas al IVA en las que se había aplicado la regla de prorratea posteriormente declarada contraria al Derecho Comunitario por la STJCE de 6 de octubre de 2005» (FJ 9).²²

El criterio de esta importante Sentencia ha sido reiterado posteriormente en las STS de 17 de septiembre de 2010, de 18 de enero de 2012, de 28 de febrero de 2012 y de 20 de diciembre de 2012.

La regulación de este tema en el art. 32.5 LRJSP es parecida a la que el art. 32.4 efectúa para la responsabilidad derivada de leyes inconstitucionales, y se caracteriza por los siguientes elementos o requisitos:

22 Esta importante STS de 17 de septiembre de 2010 ha sido muy comentada por la doctrina. Puede verse al respecto: TORNOS MÁZ, J. «La responsabilidad del Estado Legislador por vulneración del Derecho comunitario. El cambio jurisprudencial establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010», en la obra colectiva GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E.; ALONSO GARCÍA, R. (Coords.). *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Cizur Menor: Civitas, 2012, pp. 2365 y ss.; PLAZA MARTÍN, C. «Un viaje de ida y vuelta en transportes urbanos: responsabilidad patrimonial del Estado Legislador y principio de equivalencia (sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de enero de 2010 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2010)», en la obra *Administración y Justicia...*, cit., pp. 3509 y ss., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a «"Igualar por abajo". La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38 (2011), pp. 141 y ss.

- a) La Ley exige que el perjudicado por el daño reaccione de entrada contra el acto o actuación administrativa de aplicación de la ley comunitaria que luego será declarada contraria al Derecho de la UE, impugnando dicho acto o actuación mediante los recursos administrativos y jurisdiccionales que procedan en Derecho interno. Y ello sin olvidar que esa Ley goza en principio de la presunción de conformidad al Derecho comunitario que tienen todas las leyes.

Ya hemos visto que la STJCE de 26 de enero de 2010 (asunto *Transportes Urbanos*) sostuvo que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial, el principio de equivalencia exige que las normas aplicables a los procedimientos de reclamación de responsabilidad se apliquen de la misma manera a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a los que estén basados en la infracción del Derecho interno. En el presente supuesto, el requisito que estamos comentando (agotamiento de la vía administrativa y/o jurisdiccional mediante la impugnación del acto dañoso) también se aplica en el Derecho interno, como puede verse en el art. 32.4 LRJSP. Por lo tanto, la nueva regulación del 32.5 LRJSP parece respetar en este punto el referido principio de equivalencia.

Ahora bien, con esta regulación queda implícitamente excluida la posibilidad de interponer una reclamación de responsabilidad si no se recurrió en el momento inicial el acto o actuación administrativa dañosos, es decir, queda excluida la posibilidad de reclamar una indemnización una vez que la Ley que da cobertura al acto o actuación administrativa dañosos se haya declarado contraria al Derecho de la UE, tal como hasta ahora había admitido la jurisprudencia (STS de 17 de septiembre de 2010 citada). Bien es cierto que esta doctrina jurisprudencial deriva de la aplicación del principio de equivalencia con el Derecho interno y a partir de ahora no habrá diferencia con este, como ya hemos ha dicho. Pero ello no deja de suponer un paso atrás respecto de la situación de facto a la que había llegado la jurisprudencia. Pues bien, en este punto surge la duda de si los Tribunales españoles aceptarán de buen grado esta reducción del ámbito de la responsabilidad derivada de leyes declaradas contrarias al Derecho de la UE y rechazarán la admisión de reclamaciones en los casos en que no se haya recurrido previamente contra el acto o actuación administrativa dañosos: estamos así ante la misma duda que se nos planteaba en el caso de las leyes inconstitucionales del art. 32.4 LRJSP. La respuesta a la duda es incierta y solo el tiempo la resolverá, cuando se produzca la correspondiente jurisprudencia al respecto.

- b) La impugnación del acto o actuación administrativa dañosos a que nos hemos referido debe proseguir su *iter* procedimental hasta obtener una sentencia firme desestimatoria del recurso interpuesto. Ello implica que si el acto dañoso no es firme, por no haberse obtenido todavía esa sentencia firme desestimatoria, no cabe utilizar esta vía de declaración de responsabilidad, ya que en la sentencia que finalmente se dicte en el proceso correspondiente los Tribunales deberán inaplicar la ley declarada contraria al Derecho de la UE, con los resultados indemnizatorios que procedan en cada caso. Al igual que sucedía en el supuesto del 32.4 LRJSP, con este requisito el art. 32.5 LRJSP fulmina las objeciones basadas en la falta de respeto por la cosa juzgada que hipotéticamente supone esta vía de admisión de responsabilidad: en efecto, a pesar de que exista una sentencia firme desestimatoria, cabrá ejercer la acción de responsabilidad de modo independiente a la de anulación del acto o actuación administrativa dañosos hasta un año después de publicarse la sentencia que declare la ley de que se trate como contraria al Derecho de la Unión Europea (art. 67.1 LPACAP).
- c) El tercer requisito consiste en que, en el recurso administrativo y/o jurisdiccional interpuesto contra el acto o actuación administrativa dañosos, el perjudicado tiene que haber alegado la infracción del Derecho de la UE posteriormente declarada. No basta, pues, con haberlos impugnado, sino que uno de los fundamentos jurídicos empleados ha de ser precisamente la infracción del Derecho comunitario, tal como ocurría en el caso de las leyes declaradas inconstitucionales del art. 32.4 LRJSP.
- d) El último requisito es en realidad triple y recoge la jurisprudencia del TJUE sobre la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario, a la que nos hemos referido antes:
- que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares;
 - que el incumplimiento del Derecho de la Unión esté suficientemente caracterizado, y
 - que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido perjudicados.

La articulación práctica de la reclamación por este tipo de responsabilidad derivada de leyes consiste en que, según el art. 92 LPACAP, el órgano

competente para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de leyes y ante el que debe presentarse la reclamación es:

- el Consejo de Ministros, cuando se trate de una ley estatal;
- el correspondiente órgano autonómico cuando se trate de una ley de una Comunidad Autónoma, órgano que debería definirse por la legislación de dicha Comunidad. En defecto de esa determinación, parece que el órgano competente debe ser el Gobierno de la Comunidad Autónoma de que se trate.

El plazo para interponer la reclamación de daños es el de un año desde la publicación en el DOUE de la sentencia que declare la norma de la que derive el daño como contraria al Derecho de la UE (art. 67.1 LPACAP). Pero, por otra parte, el art. 34.1 LRJSP limita la posibilidad de reclamación a los «daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare [...] el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa». Al igual que hemos dicho antes, con este requisito temporal la nueva Ley introduce una grave restricción al alcance y la operatividad de la responsabilidad del Estado legislador, ya que esta limitación temporal de cinco años no está realmente justificada.

La conclusión final de este apartado sobre responsabilidad derivada de leyes declaradas contrarias al Derecho comunitario consiste en constatar que el art. 32.5 LRJSP ha admitido expresamente la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado en este supuesto, incluso con una regulación que va en contra de algunos argumentos de peso que se oponían a la misma, como es sobre todo el de la existencia de la cosa juzgada: en este aspecto, esta admisión expresa de la responsabilidad debe ser valorada positivamente a nuestro juicio.

Pero, por otra parte, hay que observar que el art. 32.5 reduce también aquí las vías o posibilidades que hasta ahora ha abierto la jurisprudencia contencioso-administrativa para declarar dicha responsabilidad, en especial al exigir la previa impugnación del acto o actividad administrativa dañosa y haber seguido los procesos judiciales correspondientes hasta obtener una sentencia desestimatoria firme, así como en la limitación temporal a cinco años que exige el art. 34.1 LRJSP. Así las cosas, habrá que esperar también aquí para ver si los Tribunales aceptan realmente aquella restricción legal o si, por el contrario, continúan declarando la existencia de este tipo de responsabilidad.

III. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS

El art. 32.9 LRJSP añade un nuevo supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que anteriormente no aparecía individualizado:

«Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los *daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos* cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».

El nuevo precepto no hace sino explicitar la doctrina jurisprudencial producida en este tema hasta la fecha: en efecto, la jurisprudencia ya había dicho con toda razón que si la ejecución de un contrato administrativo causa daños y perjuicios a terceros, tiene que responder la Administración contratante cuando aquellos daños sean imputables a esta y, más en concreto, cuando los daños se deban a una orden de la Administración (la nueva Ley exige que sea «inmediata y directa») o se deban a los vicios del proyecto elaborado por la Administración. Son dos supuestos claros en que el daño es consecuencia de la actuación administrativa durante la ejecución del contrato y, por tanto, imputables a la Administración contratante, aunque su enunciado individualizado no excluye que no puedan darse otros supuestos de daños también imputables a la misma por su actuación durante la ejecución del contrato.

IV. RESPONSABILIDAD CONCURRENTES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El art. 33 LRJSP añade dos apartados de carácter procedimental al texto del anterior art. 140 LRJPAC, sobre la responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas (AP). En el apartado 3, el precepto señala que en estos supuestos la Administración competente para incoar, instruir y resolver el expediente de responsabilidad es, en primer lugar, la que se fije en los Estatutos o reglas de la organización colegiada de que

se trate. Ello presupone, como es obvio, que la actuación conjunta de varias AP esté regulada por un instrumento que materialice el acuerdo previo entre dichas Administraciones —por ejemplo, un convenio inter-administrativo— o que la actuación conjunta haya dado lugar a la creación de un organismo colegiado entre las Administraciones participantes —por ejemplo, un consorcio—.

Como esta situación no se da en muchas ocasiones —entre otras, en el caso de aprobación concurrente de planes de urbanismo entre un municipio y la Administración de tutela—, el apartado 3 sigue diciendo que, en defecto de lo anterior, la Administración competente para incoar y resolver el expediente de responsabilidad es la que tenga «mayor participación en la financiación del servicio» o actividad. Esta razonable regla ya estaba incluida en el art. 18.1 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo, derogado por la LPACAP) y ahora es incorporada a la propia Ley.

En todos estos casos, el art. 33.4 añade que la Administración competente para incoar, instruir y resolver el expediente de responsabilidad debe consultar a las restantes Administraciones implicadas.

V. INDEMNIZACIÓN

El art. 34 LRJSP completa el texto que contenía el anterior art. 141 LRJPAC en algunos puntos. Así en el apartado 2, con respecto al cálculo de la indemnización compensatoria, se añade la frase «En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social». En este punto conviene recordar que la jurisprudencia ya había recurrido en ocasiones a los baremos de la normativa de seguros —así, la STS de 1 de octubre de 2009, por ejemplo— o a la normativa de Seguridad Social —la Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, actualiza las indemnizaciones por lesiones y mutilaciones en aplicación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994—.

De todos modos, hay que reparar en que el nuevo inciso añadido en el apartado 2 citado no obliga a acudir en todo caso a los referidos baremos de la normativa de seguros o de la Seguridad Social, ya que la Ley emplea la expresión «se podrá tomar como referencia», con lo que lógicamente también se puede seguir la opción contraria y no tenerlos en cuenta, acudiendo a otros criterios distintos, como son los empleados por la juris-

prudencia civil o penal en los mismos casos de muerte o lesiones (situación laboral de la víctima, edad, circunstancias profesionales y económicas, cargas familiares, etc.).

En punto a la actualización de la indemnización, el art. 141.3 LRJPAC ya preveía dicha actualización con arreglo al índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística. Esta mención al IPC se sustituye ahora por el «Índice de Garantía de la Competitividad» elaborado por el mismo Instituto (art. 34.3 LRJSP). Este Índice está previsto en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y establece una tasa de revisión de precios consistente con la recuperación de competitividad frente a la zona euro. Esa tasa será igual a la del Índice de Precios al Consumo Armonizado (IPCA) de la Unión Económica y Monetaria (UEM) menos una parte de la pérdida de competitividad acumulada por España desde 1999. Cuando la tasa de variación de este índice se sitúe por debajo de 0%, se tomará este valor como referencia, lo que equivaldría a la aplicación de la regla de no revisión. Cuando la tasa de variación de este índice supere el objetivo a medio plazo de inflación anual del Banco Central Europeo (2%), se tomará este valor como referencia. De esta forma, se asegura que los supuestos a los que se aplique este nuevo índice contribuyan a garantizar el mantenimiento de la competitividad de la economía en el medio plazo.

Por último, y en cuanto a los intereses por demora en el pago de la indemnización que se haya fijado, la referencia que hacía el art. 141.3 LRJPAC únicamente a la Ley General Presupuestaria se complementa ahora con una referencia adicional a «las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas» (art. 34.3 LRJSP), referencia que resulta totalmente oportuna.

VI. RESPONSABILIDAD DE DERECHO PRIVADO

El art. 35 LRJSP regula la «responsabilidad de derecho privado» de las Administraciones Públicas con un tenor literal distinto al que tenía el anterior art. 144 LRJPAC.²³ El nuevo precepto debe inscribirse como un

23 Art. 144 LRJPAC: «Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley.»

paso más en la larga lucha por la unidad jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, unidad que existe entre nosotros desde la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) de 27 de diciembre de 1956.

El art. 3.b) de la LJCA de 1956 ya atribuyó en exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de «Las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública». Pero, un año después, el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 20 de julio de 1957 rompía esta unidad jurisdiccional al señalar que cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho Privado la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios. En base a ello, existía una dualidad jurisdiccional (jurisdicción contencioso-administrativa, por una parte y, jurisdicción civil, por otra), que perduró formalmente hasta la LRJPAC.

La LRJPAC volvió a la carga en el intento de unificar el fuero jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, señalando que cuando la Administración actúe en relaciones de derecho privado la responsabilidad «se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley», es decir, por la misma vía administrativa y jurisdiccional que cuando actúe sometida al Derecho público. En el plano teórico, pues, se volvía a la unificación jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero, en la práctica, la jurisdicción civil continuó sintiéndose competente en muchas ocasiones en base a distintos argumentos que no procede desarrollar aquí: una interpretación restrictiva de la expresión legal «funcionamiento [...] de los servicios públicos»; la continencia de la causa cuando se demandaba a la Administración junto a un particular; la *vis atractiva* de la jurisdicción civil; evitar al perjudicado un peregrinaje de jurisdicciones, y razones de equidad.

Y junto a la jurisdicción civil, también algunos órganos de la jurisdicción social se declararon competentes para conocer de las reclamaciones de responsabilidad en el caso de los daños personales causados por la asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social. Los argumentos que empleaba esta jurisdicción para sostener su competencia eran básicamente dos. Primero, que se producía una lesión como consecuencia de una prestación de la Seguridad Social entre sujetos vinculados por una previa relación propia del orden laboral, como es la relación entre la entidad sanitaria y el beneficiario. Segundo, que tal situación correspondía a la jurisdicción social en virtud de lo establecido en el artículo 2.b)

del RDLEG 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, conforme al cual se atribuyen a esta jurisdicción el conocimiento de pretensiones que se refieran a «materia de seguridad social, incluida la protección por desempleo».

Esta situación siguió así (doble o triple jurisdicción en la práctica) hasta la nueva LJCA de 1998 (Ley 29/1998, de 13 de julio), cuyo texto inicial dijo claramente que corresponde a dicho orden jurisdiccional los asuntos referentes a «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social» (art. 2.e): es de destacar aquí sobre todo esta prohibición expresa de demandar a la Administración ante la jurisdicción civil o la social. Por otra parte, con la reforma de la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, se introdujo en aquella una disposición adicional sobre responsabilidad en materia sanitaria en la que se ratificaba la idea de unidad jurisdiccional (disposición adicional duodécima).²⁴

Este reforzamiento progresivo de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en la materia se vio confirmado pocos años después por la modificación del art. 9.4 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que preveía expresamente la posibilidad de demandar ante esa jurisdicción a los sujetos privados cocausantes del daño así como a las aseguradoras de la Administración, además de la Administración demandada.²⁵ Y la misma LO 19/2003 retocó el art. 2.e) LJCA de 1998 para introducir en él una refe-

24 Disposición Adicional 12ª LRJPAC: «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.»

25 Art. 9.4 (párrafos 2º y 3º) LOPJ: «Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas».

rencia expresa a los particulares cocausantes del daño y a la aseguradora que cubra la actuación administrativa: en efecto, según dicho precepto reformado, compete a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad». Estas dos reformas de 2003 intentaban así cerrar el círculo de la unidad jurisdiccional en torno a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y con estas reformas podemos afirmar que la vía jurisdiccional civil y la vía social se convirtieron en vías muertas en la materia, como confirmó poco después el Tribunal Supremo —así, por ejemplo, el Auto del TS –Sala de Conflictos– 287/2006, de 13 de octubre—. En el caso de la vía social, además, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, ratifica esa solución en su art. 3.g),²⁶ al excluir de la misma las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, así como las demás entidades y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros concertados con ellas.

De todos modos, tras esas reformas que se acaban de citar, la unificación del fuero a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa no fue absoluta. Quedaban al margen de la misma los supuestos en que la acción del perjudicado se dirigía exclusivamente contra la compañía aseguradora de la Administración (en base al art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro), es decir, sin demandar a la Administración. Así lo entendieron, por ejemplo, los Autos de la Sala de Conflictos del TS de 18 de octubre de 2004 o de 18 de octubre de 2010.

En este contexto que se ha descrito cabe enmarcar el nuevo art. 35 LRJSP: «Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los

26 De acuerdo con esta letra, los órganos jurisdiccionales del orden social no conocerán de: «g) De las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, sean estatales o autonómicos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.»

artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad».

Si el art. 144 LRJPAC se centraba en la relación entre la Administración y el personal a su servicio causante del daño, el nuevo art. 35 LRJSP ya no menciona siquiera a dicho personal sino que se centra en la relación en la Administración y el régimen jurídico en base al cual actúa, así como en la entidad de derecho privado a través de la que opera, y en la entidad aseguradora de la Administración. En efecto, vemos que en el enunciado del art. 35 caben cuatro supuestos posibles:

- a) *Que la Administración actúe por sí misma («directamente») en relaciones de derecho privado* en el proceso de causación del daño. Aquí el referido precepto dice que «su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes», es decir, de conformidad con el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en la propia LRJSP. Por lo tanto, la vía procedimental adecuada para la reclamación de responsabilidad es la administrativa y la jurisdicción competente también en este caso es la contencioso-administrativa.
- b) *Que la Administración actúe a través de una entidad de derecho privado en la causación del daño.* Recordemos a este respecto que el art. 2.2.b) de la misma LRJSP incluye en su ámbito de aplicación «Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas [...]». Pues bien, aquí estaremos ante un supuesto en que dichas entidades de derecho privado quedan sujetas a lo dispuesto en la LRJSP, porque también aquí «su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes», es decir, de conformidad con el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en la LRJSP. Y ello, aunque «la responsabilidad se exija *directamente* a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración», o sea, sin demandar a la Administración matriz. Por lo tanto, la vía procedimental adecuada para la reclamación de responsabilidad es también aquí la administrativa y la jurisdicción competente en este caso es la contencioso-administrativa, aunque se demande solo a la entidad de derecho privado dependiente de una Administración.

- c) *Que en el proceso de causación del daño, la Administración concurre con sujetos de derecho privado* (es el llamado «hecho de tercero»), los cuales serían cocausantes del perjuicio. De nuevo la solución es la misma: «su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes», es decir, de conformidad con el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en la LRJSP, aunque enseguida veremos alguna particularidad por lo que respecta al régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad exigible a los sujetos privados. Por lo tanto, la vía procedimental adecuada para la reclamación de responsabilidad es aquí la administrativa y la jurisdicción competente en este caso es la contencioso-administrativa, aunque habrá que demandar también en esta vía al sujeto privado cocausante del daño como codemandado de la Administración.
- d) *Que se demande directamente a la entidad aseguradora que cubra la responsabilidad de la Administración.* Ya hemos visto anteriormente que uno de los pocos supuestos en que hasta ahora no operaba la unidad jurisdiccional en la materia era el caso en que la acción del perjudicado se dirija exclusivamente contra la compañía aseguradora —sin demandar a la Administración—, en base a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Pues bien, todo indica que el nuevo art. 35 LRJSP ha querido acabar también con esa posibilidad y reconducir a la jurisdicción contencioso-administrativa las demandas —incluso exclusivas— contra las aseguradoras de la Administración, dada la referencia a que la exigencia de responsabilidad a la aseguradora sea «directa». De lo contrario (o sea, si la frase que comentamos se interpreta en el sentido de que hay que demandar a la aseguradora junto a la Administración en todo caso), dicha demanda habría que entenderla incluida en el supuesto de «concurencia con sujetos de derecho privado» que hemos visto en el apartado c), produciéndose así un resultado redundante que se solaparía con el supuesto del apartado d), lo cual es inadmisibles como resultado interpretativo de cualquier norma.

En definitiva, pues, el nuevo art. 35 LRJSP parece que ha querido dar una vuelta de tuerca más en el proceso de afirmación de la unidad jurisdiccional en esta materia a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa: la referencia de los cuatros supuestos comentados a que «su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes», supone lo mismo que decir que dicha exi-

gencia ha de hacerse de conformidad con el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración establecido en la propia LRJSP, aunque quedan todavía algunos matices que examinamos a continuación.

En efecto, queda todavía fuera de esta unificación jurisdiccional algún supuesto excepcional:

- a) El primero es el caso de la *responsabilidad civil derivada de delito*. Se trata de responsabilidad subsidiaria de la Administración por daños derivados de delitos cometidos por las autoridades y empleados públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones (art. 121 del Código Penal).²⁷ En este caso, la responsabilidad ha de exigirse «de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente» (art. 37.1 LRJSP), que es la penal. En todo caso, además, no puede darse nunca una duplicidad indemnizatoria, como bien señala el art. 121 CP.
- b) El segundo caso es el de *daños causados por autoridades y empleados públicos cuando aquellos deriven de su actividad estrictamente privada*, o sea, sin conexión alguna con el servicio que desempeñan. Aquí se rompe evidentemente el nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño producido, que es exclusivamente imputable al «sujeto privado» que lo causa y no a aquella, con lo que en realidad no se trata siquiera de una verdadera excepción al principio de unificación jurisdiccional que estamos comentando, ya que el daño no tiene nada que ver con la actuación administrativa.

Hemos visto así que el «procedimiento» que han de seguir las reclamaciones de responsabilidad en todos estos casos es el procedimiento administrativo y que la «jurisdicción competente» para conocer de las mismas es la contencioso-administrativa, salvo las dos excepciones cita-

27 Art. 121 CP: «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.»

das; por lo tanto, en ambos casos se ha producido una unificación procedimental y jurisdiccional. Ahora bien, ¿significa eso que también el «régimen jurídico sustantivo» al que están sometidas dichas reclamaciones es en todo caso el de Derecho público previsto en la LRJSP o puede serlo en alguna ocasión el de la responsabilidad extracontractual del Código Civil? Más concretamente: ¿se produce también una unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad aquiliana cuando en la causación del daño concurren sujetos públicos y sujetos privados o se condena solo al sujeto privado eximiendo al sujeto público?

En mi opinión, es cierto que el régimen jurídico-público de la responsabilidad se aplica con carácter general a los supuestos que hemos descrito anteriormente, pero existe una excepción: concretamente, cuando se trate de responsabilidad de sujetos de derecho privado que hayan sido demandados ante la jurisdicción contencioso-administrativa junto con la Administración o incluso sin ella, a través de alguna de las posibilidades que hemos visto. En este caso, a estos sujetos privados les es aplicable el régimen de la responsabilidad del Código Civil (arts. 1902 y ss.). Así lo han proclamado, por ejemplo, las STS de 26 de septiembre de 2007 y de 21 de noviembre de 2007 (RJ 2007\7088 y 2007\8464).²⁸ Por lo tanto, aquí existirá unificación del procedimiento y de la jurisdicción competente, pero no del régimen jurídico sustantivo aplicable.

28 La STS de 21 de noviembre de 2007 (RJ 8464) señala concretamente al respecto que: «En tales circunstancias es evidente que no cabe entender producida una actuación merecedora de la pretendida condena por parte de las entidades y personas privadas traídas como codemandadas al proceso, ni siquiera invocando la teoría del riesgo, de origen civilístico, ni tampoco en función de las posibles irregularidades existentes en la grúa y en su instalación o en la deficiente conservación del poste del tendido eléctrico que cayó sobre el particular, porque *es evidente que la responsabilidad de los particulares cuando sean traídos al proceso como consecuencia de una responsabilidad imputable, junto a ellos, a la Administración, no permite enjuiciar dicha responsabilidad si no es con arreglo a las normas del orden civil, contenidas en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, sin que exista base alguna para poder aplicar a dichos sujetos privados los principios de la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que resulta únicamente predicable de la Administración y su responsabilidad*» (FJ 5).

VII. EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD A AUTORIDADES Y PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El art. 36 LRJSP contiene algunas precisiones sobre la posible exigencia de responsabilidad a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Recordemos al respecto que ya la LRJPAC de 1992 preveía que cuando la Administración haya indemnizado a los perjudicados, debe ejercitar la llamada «acción de regreso» contra la autoridad o empleado público causante del daño siempre que exista dolo o culpa grave por parte de estos (art. 145.2 de dicha Ley). Esa regla se mantiene intacta en el actual art. 36.2 LRJSP.

Pues bien este precepto añade alguna especificación nueva para la exigencia de dicha responsabilidad por parte de la Administración: concretamente, al enumerar los criterios que hay que ponderar para cuantificar el daño, el segundo párrafo del 36.2 sustituye el criterio de «la existencia o no de intencionalidad» por el del «grado de culpabilidad», lo que significa casi lo mismo pero está mejor formulado ahora.

Por otra parte, el apartado 4 del este mismo art. 36 incorpora al mismo unos breves trámites que constituyen el procedimiento administrativo mínimo a seguir por la Administración y que debe ser completado por el establecido en la LPACAP.

VIII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. EN GENERAL

El procedimiento administrativo que debe seguirse para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ya no está concebido como un procedimiento especial, de regulación separada en la Ley, sino como una mera especialidad del procedimiento administrativo común o general. Como dice la Exposición de Motivos de la LPACAP, «El título IV, de disposiciones sobre el procedimiento administrativo común, se estructura en siete capítulos y entre sus principales novedades destaca que los anteriores procedimientos especiales sobre potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regulaba en títulos separados, ahora se han integrado como especialidades del procedimiento administrativo común. Este planteamiento responde a uno de los objetivos que persigue esta Ley, la simplificación de los procedimientos

administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica». Pues bien, estas especialidades procedimentales están contenidas ahora lógicamente en la LPACAP, dado que esta Ley es la que regula el procedimiento administrativo común para todas las Administraciones Públicas: así lo señala expresamente el art. 1.1 de dicha Ley: «La presente Ley tiene por objeto regular [...] el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas [...]».

Dicho esto, hay que señalar que junto a la tramitación ordinaria del procedimiento que comentamos, también existe la posibilidad de una tramitación simplificada del mismo, de la que hablaremos al final.

2. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La iniciación de oficio del procedimiento administrativo cabe que se efectúe por petición razonada de otros órganos administrativos (art. 61). En ese caso, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial en concreto, «la petición deberá individualizar la lesión producida en una persona o grupo de personas, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, su evaluación económica si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo» (art. 61.4). Con ello la LPACAP incorpora esta regla que ya estaba en el art. 5 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RD 429/1993, de 26 de marzo):

Por otra parte, el art. 65 contiene dos precisiones lógicas de este modo de iniciar el procedimiento:

«1. Cuando las Administraciones Públicas decidan iniciar de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial será necesario que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado al que se refiere el artículo 67.

2. El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo. El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido.»

De nuevo la Ley incorpora aquí precisiones que ya estaban contenidas en el art. 5 del RD 429/1993.

También cabe iniciar el procedimiento de reclamación de responsabilidad a instancia del interesado, lo cual será sin duda el procedimiento habitual en la práctica. El art. 67 LPACAP regula específicamente este supuesto y contiene varias precisiones interesantes al respecto:

- a) De entrada, el apartado 1 regula el plazo de prescripción del derecho a reclamar (un año) en los mismos términos que lo hacía el art. 142.5 LRJPAC, aunque añade dos matizaciones nuevas:
 - «En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por *anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general*, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva».
 - «*En los casos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, el derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.»

En el primer supuesto, la Ley ha modificado levemente la redacción del art. 142.4 LRJPAC («el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la Sentencia definitiva»), incorporando lo que ya había matizado la jurisprudencia: que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad es el día de la notificación al interesado de la sentencia firme que anule el acto o disposición administrativa (STS de 19 de septiembre de 2006 y de 21 de octubre de 2009), aunque la jurisprudencia había añadido también que cuando el reclamante sea un tercero (perjudicado) ajeno al proceso en que se haya dictado la sentencia anulatoria, el plazo para reclamar se inicia en el momento en que el tercero pueda determinar el alcance de los daños y empezar a ejercer la acción (STS de 3 de octubre de 2006).

- b) Por lo que respecta a la solicitud iniciadora del procedimiento de reclamación de responsabilidad, el art. 67.2 señala que además de los requisitos generales de las solicitudes en este tipo de procedimientos, «en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causa-

lidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante». De nuevo la Ley incorpora aquí algunas precisiones que ya estaban contenidas en el art. 6 del RD 429/1993.

3. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Al regular la tramitación o instrucción del procedimiento de reclamación de responsabilidad, la LPACAP dedica un artículo entero (el 81) a la solicitud de informes y dictámenes. Las determinaciones de este precepto se pueden ordenar en tres bloques:

- a) Exigencia de informe del servicio u órgano que haya ocasionado la presunta lesión: «En el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo de su emisión».
- b) Informe del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, aunque no en todos los casos sino solo cuando se dan ciertos requisitos, dejando fuera del mismo las reclamaciones de menor cuantía, tal como ya hacía el art. 142.3 LRJPAC en su última versión. Como es sabido, el informe que comentamos no es vinculante, pero es sin duda la garantía más importante de este tipo de procedimientos:

«2. Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

A estos efectos, el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91, o, en su caso, la pro-

puesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley.»

- c) Una referencia específica al procedimiento en caso de responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: en estos casos, «será preceptivo el informe del Consejo General del Poder Judicial que será evacuado en el plazo máximo de dos meses. El plazo para dictar resolución quedará suspendido por el tiempo que medie entre la solicitud del informe y su recepción, no pudiendo exceder dicho plazo de los citados dos meses».

4. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A) *Terminación convencional*

La LPACAP prevé expresamente la finalización del procedimiento de reclamación de responsabilidad por terminación convencional o acuerdo entre las partes: “En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público” (art. 86). En esta hipótesis, el art. 91.1 añade que «el órgano competente [...] someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo».

B) *Terminación por resolución administrativa*

a) El procedimiento de reclamación de responsabilidad puede acabar también por resolución unilateral de la Administración correspondiente. El art. 91 LPACAP enumera las especialidades de este tipo de resolución:

«Una vez recibido, en su caso, el dictamen al que se refiere el artículo 81.2 o, cuando éste no sea preceptivo, una vez finalizado el trámite de audiencia, el órgano competente resolverá [...]. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta de terminación convencional, el órgano competente resolverá en los términos previstos en el apartado siguiente».

La resolución ha de tener el contenido típico de cualquier resolución administrativa, pero específicamente debe pronunciarse sobre:

«la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público».

El plazo que tiene la Administración para resolver y notificar la resolución es de seis meses, salvo que se hubiera acordado un periodo extraordinario de prueba, que se añadiría a dicho plazo. Si no lo hace así —o formaliza en ese plazo el acuerdo de terminación convencional—, se puede entender que la resolución es desestimatoria de la reclamación (art. 24.1 y art. 91.3 LPACAP). Si, en cambio, se dicta resolución expresa, esta pone fin a la vía administrativa (art. 114.1.e) LPACAP) y será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) El art. 92 LPACAP establece los órganos administrativos competentes en cada caso para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial:

- en la Administración General del Estado, es el Ministro correspondiente, salvo que se trate de responsabilidad derivada de leyes o cuando una ley así lo disponga, en que es el Consejo de Ministros;
- en el ámbito autonómico y local hay que estar a lo que diga la normativa autonómica o local correspondiente, y
- en el caso de las Entidades de Derecho Público, habrá que estar a lo que dispongan las normas que determinen su régimen jurídico.

C) *Otros modos de terminación*

La Ley admite también expresamente otros modos de terminación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, como son en concreto el desistimiento y la renuncia (art. 94 LPACAP).

5. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO

La LRJPAC introdujo la posibilidad de tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial de modo abreviado, posibilidad que el RD 429/1993, de 26 de marzo, desarrolló. Ahora, el art. 96 LPACAP regula con carácter general la posibilidad de tramitar todos los procedimientos administrativos

de manera simplificada cuando «razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen». Y, en el caso específico de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, el apartado 4 señala que «si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado». Por lo tanto, no cabe duda de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial puede acogerse a la fórmula de la tramitación simplificada cuando se den los requisitos que se acaban de exponer.

Los trámites que debe seguir este tipo de tramitación están establecidos con carácter general en el apartado 6 del art. 96.

NOVEDADES E INTERROGANTES EN LA NUEVA REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

TOMÁS CANO CAMPOS
Profesor titular (acreditado catedrático)
de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Comenzaré mi intervención por el final y, por tanto, con la conclusión a la que llego, tras una primera lectura aproximativa a ambas Leyes en lo que a la regulación de la potestad sancionadora de la Administración se refiere: «La nueva regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 40/2015 y en la Ley 39/2015 no solo era innecesaria, dadas sus escasas novedades, sino que además es incompleta, fragmentaria y parcial y, por todo ello, resulta claramente perniciosa».

De ambas leyes es criticable tanto su procedimiento de elaboración como la regulación sobre el Derecho Administrativo sancionador que finalmente incorpora:

- i) Su procedimiento de elaboración, porque se ha hecho de espaldas a todo el mundo (funcionarios, jueces, abogados, profesores, etc.) y sin tener en cuenta la experiencia de los últimos años.
- ii) Su regulación, porque es continuista y escasamente innovadora, por lo que sigue siendo incompleta y parcial. Ahora, además, es fragmentaria y asistemática (tenemos que acudir a dos textos y en uno de ellos a varios lugares), no se aplica a todos los sectores y, para colmo, algunas de sus novedades son criticables y otras presentan serios interrogantes.

En la exposición que sigue, me centraré, en primer lugar, aunque muy brevemente, en el procedimiento de gestación de ambas leyes.

A continuación, me ocuparé de la insuficiencia de la regulación para hacer frente a los numerosos problemas que diariamente plantea la potestad sancionadora de la Administración.

Me centraré después en las novedades de la nueva regulación, en particular en las más discutibles y en algunas de las que más dudas suscitan.

Concluiré, destacando la oportunidad que se ha perdido al no haber aprobado una regulación completa y general sobre la potestad sancionadora de la Administración que evite la disgregación del Derecho Administrativo sancionador.

II. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN: UN LEGISLADOR AUTISTA

Con todos los respetos hacia los autores materiales de ambas leyes, creo que su elaboración demuestra que nuestro legislador sufre alguna de las patologías que el profesor VANDELLI denunciaba hace unos años en un irónico e inteligente libro publicado por la editorial Trotta con el título *Trastornos de las instituciones políticas*. Además de hiperactivo, nuestro legislador presenta déficit de atención, es un legislador autista, un legislador replegado sobre sí mismo, que no escucha y que presenta un comportamiento estereotipado y repetitivo.

Las dos leyes que nos ocupan se han gestado fuera del debate público, se han elaborado sin tener en cuenta la opinión de funcionarios, abogados, jueces, y profesores, que son, sencillamente, los que conocen cómo funciona el sistema, cuáles son sus aciertos y deficiencias y cómo unos preceptos se interrelacionan con otros y forman entre sí un sistema. En su elaboración se ha prescindido de la sección de Derecho Público de la Comisión General de Codificación, así como de los estudios elaborados en el seno de la propia Administración por expertos en la materia (como, por ejemplo, los dirigidos hace algunos años por el profesor SÁINZ MORENO en el Instituto Nacional de Administración Pública). Se ha prescindido, también, de las numerosas observaciones que ha hecho el Consejo General del Poder Judicial y, sobre todo, el Consejo de Estado en sus dicámenes a ambos anteproyectos.

En lo que a la potestad sancionadora se refiere, parece que los casi 25 años transcurridos desde que se aprobó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), no han servido para nada, pues apenas se han tenido en cuenta los avances de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa, las soluciones

que ofrecen las regulaciones sectoriales y la infinidad de artículos y monografías publicados sobre las cuestiones más problemáticas de nuestro Derecho Administrativo sancionador.

Lógicamente, la responsabilidad de legislar corresponde al Parlamento y escuchar es una carga; pero la consulta, el debate y la implicación de los destinatarios y aplicadores de las normas, son elementos imprescindibles en un proceso de producción normativa serio, sobre todo si se trata de leyes tan importantes como las que estamos analizando.

Por lo demás, habría hecho bien el legislador en comenzar a aplicar en la elaboración de estas dos Leyes los principios de buena regulación que consagra en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) y que ya preveía el art. 4 la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (necesidad, claridad y buena estructura). Pero no ha sido así: «dime de qué presumes...».

III. UNA REGULACIÓN FRAGMENTARIA, INSUFICIENTE Y PARCIAL

Las nuevas Leyes se limitan a reproducir casi miméticamente la normativa todavía vigente, pero de forma dispersa y fragmentada: la parte sustantiva o material en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en su título preliminar justo después de los órganos colegiados; y la parte procedimental desparramada en las diversas fases del procedimiento administrativo común del que se ocupa la Ley de tal nombre. Resulta paradójico que la Exposición de Motivos de la LRJSP señale que el objetivo que se persigue es dotar a nuestro sistema legal de un Derecho Administrativo sistemático, coherente y ordenado. En lo que al régimen sancionador se refiere se ha conseguido justo lo contrario.

La regulación de la potestad sancionadora de la Administración, como su responsabilidad patrimonial, no debería estar dispersa y fragmentada en dos normas distintas. Todo ello, según parece, por el prurito de mantener a toda costa la separación entre las cuestiones organizativas y las procedimentales (en las que, como dice el Consejo de Estado en sus dictámenes, no encajan la potestad sancionadora y la responsabilidad patrimonial) o por respetar la absurda distinción entre la regulación *ad intra* de la Administración y sus relaciones *ad extra* con los ciudadanos. Lo que, por cierto, en este caso no se cumple ya que los principios materiales de la potestad sancionadora de la Administración, que regula la LRJSP, son

verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos frente al poder y, por tanto, con clara vocación *ad extra*.

Cabría incluso cuestionar la inserción de la regulación de la potestad sancionadora de la Administración en los estrechos márgenes de ambas leyes, puesto que el ámbito de la actividad punitiva de la Administración presenta una sustantividad y una complejidad que justifican, y hasta exigen, una ley específica sobre la materia como ocurre en otros países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Portugal, etc.). Una ley que hubiera liberado el Derecho Administrativo sancionador de la disgregación e inseguridad jurídica en la que está sumido. Es claro que, al amparo del art. 149.1.18ª CE, el Estado está habilitado para aprobar una ley general y básica sobre la potestad inspectora y sancionadora de la Administración.

La actual regulación resulta claramente insuficiente para resolver los numerosos problemas que plantea diariamente la potestad sancionadora de la Administración. Una potestad que afecta como pocas a todos los ciudadanos y que resulta capital para garantizar los intereses generales al ser una pieza esencial para la efectividad de todas las regulaciones públicas. El Código Penal dedica 137 artículos a la parte general del Derecho Penal, mientras que la LRJSP solo le dedica a las cuestiones sustantivas del Derecho Administrativo sancionador siete artículos, a pesar de que este es mucho más extenso que aquel debido a que las sanciones administrativas se ha convertido hoy en el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración o, más exactamente, en el respaldo de las políticas públicas de intervención.

Las nuevas Leyes, como la anterior, no ofrecen una regulación de cuestiones básicas y nucleares del Derecho Administrativo sancionador. Destaco solo algunas de las más importantes:

- a) No se regulan las causas que eximen la responsabilidad sancionadora: causas de exclusión de la antijuridicidad (causas de justificación) y de la culpabilidad (causas de inimputabilidad).
- b) Tampoco se dice nada acerca del error y sus modalidades (error de tipo y error de prohibición, error vencible o invencible) o de las consecuencias que acarrea incurrir en uno u otro tipo de error.
- c) Tampoco se establece el momento en que se han de entender cometidas las infracciones o quién debe sancionar las infracciones suprarregionales, que tienen una indudable importancia práctica en ámbitos como el del comercio interior y el consumo.
- d) La regulación de los concursos de normas y de infracciones es parcial. El art. 29 LRJSP regula el concurso medial de infracciones,

- mientras que el 31 alude al concurso entre una norma administrativa y otra penal, pero nada se dice del concurso real y del ideal, como tampoco del concurso de normas administrativas.
- e) El art. 28 LRJSP establece que serán responsables las personas físicas y jurídicas y, cuando la ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad y los patrimonios autónomos o independientes, pero no se establece el concepto de autor ni se regula la responsabilidad de los distintos partícipes en las infracciones.
 - f) Sigue sin aclararse una cuestión tan importante y esencial como la edad a partir de la cual se puede sancionar. Alguna ley sectorial reciente, como la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, se ocupa del tema y dispone que están exentos de responsabilidad por las infracciones cometidas en ese sector los menores de catorce años (art. 30.2). La Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, como en otras muchas cuestiones, podría haber servido de modelo, pues, con buen criterio, dispone que «Las normas sancionadoras sectoriales, en atención a la naturaleza y finalidad de la concreta regulación material sectorial de que se trate y a la capacidad de obrar que en dicha regulación se reconozca a los menores, fijarán el límite de edad a partir del cual se puede ser responsable de una infracción. A falta de disposición al efecto, no serán responsables los menores de 14 años» (art. 6.3). Otra cuestión son las sanciones que cabe imponer a los menores de cierta edad, que también debería ser objeto de una regulación expresa con carácter general.
 - g) La Ley tampoco ofrece un cuadro mínimo y general de las sanciones administrativas y de su contenido y extensión, de modo que cada ley sectorial contempla o inventa las que considera adecuadas para el sector de que se trate. Y así nos encontramos con que leyes próximas prevén sanciones diferentes para infracciones similares. No se regula, por ejemplo, el problema de la naturaleza jurídica de la publicidad de las sanciones, que es algo que una ley general debería abordar.
 - h) La LRJSP, como tantas otras leyes sectoriales, solo regula como forma de extinción de la responsabilidad la prescripción de las infracciones y de las sanciones, como si fuera la única causa por la que se extingue la responsabilidad en el ámbito sancionador. Nada se dice de otras formas de extinción como la muerte de la persona

física, la disolución de la jurídica (y qué ocurre en estos casos), la condonación de las sanciones, etc. La Ley vasca citada también establece una regulación completa de la materia.

- i) La regulación del procedimiento sancionador común además de fragmentaria es incompleta. La LPACAP incluye prácticamente el contenido del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (REPEPOS), pero no se ocupa, por ejemplo, de una cuestión de enorme interés como la relativa a si la Administración tiene o no la obligación de iniciar un procedimiento sancionador y, en su caso, de sancionar cuando tiene conocimiento de unos hechos constitutivos de infracción administrativa, esto es, si rige en la materia el principio de legalidad o el de oportunidad. Aunque no hay un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre esta cuestión, la Ley debería haber dado un paso y establecer algunos criterios que le permitan a la Administración, en función de los medios con los que cuenta en cada momento y sector para reprimir las infracciones, valorar el momento en que comenzar a sancionar (sobre todo cuando hay un cambio normativo o tiene lugar la entrada en vigor de una nueva norma), respetar en su ejercicio el principio de igualdad, etc.
- j) Sigue sin determinarse también quién tiene la carga de la prueba de las circunstancias eximentes (¿recae sobre el imputado o si este las alega debe probar la Administración que no concurren?), o cómo se ha de practicar la prueba testifical, el interrogatorio de los presuntos responsables de la infracción o la prueba pericial, para lo cual quizá sea conveniente inspirarse más en el proceso penal que en el civil, etc.

La regulación fragmentaria que ahora se nos ofrece presenta algunas mejoras técnicas, pero también presenta deficiencias y plantea algunos interrogantes, que conviene destacar.

IV. ALGUNAS MEJORAS TÉCNICAS

Respecto de las mejoras técnicas queremos destacar las siguientes:

- a) Retroactividad. El art. 26 LRJSP fija o aclara los límites materiales temporales de la retroactividad *in bonus*: se aplica a la tipificación de las infracciones, a la determinación de las sanciones y a sus plazos

- de prescripción, todo ello respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento cuando entre en vigor la nueva disposición favorable.
- b) Responsabilidad (art. 28 LRJSP). Ahora se incluye expresamente la necesidad de que los hechos constitutivos de infracción administrativa se realicen de forma dolosa o culposa, por lo que se termina así con las ingeniosas interpretaciones acerca de lo que significaba la «simple inobservancia» del art. 130 LRJPAC. Se regulan de forma más completa también los sujetos responsables, pues, además de preverse la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, se incluye ahora la responsabilidad de los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, siempre y cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar.
 - c) Prescripción. Se regula mejor el *dies a quo* en las infracciones permanentes y en las continuadas. También se soluciona el problema de la imprescriptibilidad de las sanciones recurridas. Pero sólo se menciona el recurso de alzada (qué pasa si se interpone un recurso de reposición).
 - d) Procedimiento. Ya no hay una alusión al procedimiento legal o reglamentariamente establecido, sino que la regulación se devuelve a la Ley (art. 25 LRJSP). Ahora la LPACAP establece un procedimiento sancionador común y deroga expresamente el REPEPOS. El art. 1.2 LPACAP dispone que «Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley», lo que limita el reglamento al establecimiento de especialidades relativas «a órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar».

V. REFORMAS DISCUTIBLES

Algunas reformas son discutibles y constituyen una muestra más de la inercia autoritaria del Derecho Administrativo a la que certeramente se ha referido el profesor BAÑO:

- a) Se elimina formalmente la enumeración de los derechos del presunto responsable, aunque aparecen disgregados por las distintas fases del procedimiento y, en todo caso, resultan de aplicación porque derivan del art. 24.2 CE.

- b) Las actuaciones previas. Como ya hacía el art. 12 REPEPOS, se dispone que las actuaciones previas «se orientarán a 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 concurren en unos y otros» (art. 55.2 LPAC). Se ha señalado que las actuaciones previas deberían limitarse a una apreciación preliminar de los hechos y de la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, sin avanzar sus trámites, pues, con ello, el procedimiento sancionador se inicia, *de facto*, antes de su incoación formal pero con la ventaja de que el plazo para resolver no comienza a correr (aunque, cabe añadir, que tampoco se interrumpe el plazo de prescripción). Desde luego que con ese contenido se deben comunicar a los interesados para que puedan participar como convenga a sus intereses.
- c) Generalización del sistema de clemencia. Aunque conviene precisar que no respecto de cualquier infracción sino solo en aquellas que causan daño a la Administración (argumento ex art. 62.3 y 4 LPACAP).
- d) La nueva regulación general de las medidas provisionales en el procedimiento administrativo es claramente criticable, como nos ha demostrado el profesor BAÑO, pero en el procedimiento sancionador se echa en falta una regulación de tales medidas que, además de asegurar la eficacia de la resolución sancionadora, cumpla otras funciones en el procedimiento sancionador como evitar que se repita la infracción o se siga cometiendo o se mantengan los efectos de la ya consumada.
- e) La solución actual de la caducidad tampoco es satisfactoria ya que se permite que se pueda iniciar un nuevo procedimiento aunque el primero haya caducado si la infracción aún no ha prescrito (art. 95.3 LPACAP). La solución de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, prohibiendo esa posibilidad (art. 211.4), se acomoda mejor al carácter y a la finalidad de las sanciones administrativas. La Ley tiene una fuerte impronta de este sector, pero parece que de él se han tomado únicamente los aspectos que favorecen a la Administración y perjudican a los ciudadanos.
- f) Reducción de la cuantía de las multas (art. 85 LPACAP). El apartado 1 prevé la conclusión del procedimiento si el infractor reconoce su responsabilidad. El apartado 2 se prevé el pago voluntario de la sanción pecuniaria (sin que proceda otra sanción) por parte del presunto responsable en cualquier fase del procedimiento, lo que también implica la terminación del procedimiento. El apartado 3 prevé que en am-

bos casos se pueden aplicar reducciones de al menos el 20% que son acumulables (por reconocimiento de la responsabilidad y por pago voluntario). Para que la reducción sea efectiva es preciso desistir o renunciar a cualquier acción o recurso en vía administrativa. Un reglamento puede incrementar el porcentaje del 20%: ¿sin tope alguno?

VI. ALGUNOS INTERROGANTES DE LA NUEVA REGULACIÓN

En primer lugar, las materias excluidas en el plano sustantivo. En el plano sustantivo, la LRJSP dispone que los principios de la potestad sancionadora son «extensivos» a las sanciones disciplinarias (art. 25.3), pero excluye su aplicación a las sanciones impuestas a los contratistas y a quienes estén vinculados con la Administración por relaciones reguladas por la legislación patrimonial de las Administraciones públicas. La inclusión de la potestad disciplinaria no me parece criticable dado el carácter principal de la LRJSP. Tampoco merece críticas la exclusión de los contratistas, pues las penalidades impuestas en el ámbito contractual en rigor no son sanciones y por eso no tienen por qué someterse a sus principios.

Pero no se entiende la exclusión de las sanciones impuestas a quienes están vinculados con la Administración por relaciones reguladas por la legislación patrimonial. La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) tipifica como infracción, por ejemplo, el uso de bienes de dominio público objeto de concesión o autorización sin sujetarse a su contenido o para fines distintos de los que las motivaron, o el incumplimiento del deber de los titulares de concesiones o autorizaciones de conservar en buen estado los bienes de dominio público (art. 192.2). ¿Significa aquella exclusión que a las infracciones de este tipo no se les aplica el principio de legalidad, la irretroactividad *in peius* o el *non bis in idem*? Tampoco se aplican tales principios a todos los que hacemos un uso general del dominio público, cuya relación con la Administración también regula la referida legislación. La exclusión, parece evidente, debería limitarse a las penalidades contractuales y a las consecuencias del incumplimiento de los contratos o medidas que no son propiamente punitivas, que quizá es lo que ha querido excluirse aunque el precepto habla erróneamente de potestad sancionadora.

En segundo lugar, los procedimientos sancionadores excluidos. No está justificado que la LPACAP siga excluyendo los procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de

tráfico y seguridad vial y en extranjería (DA 1ª), pues los trámites esenciales del procedimiento común en buena parte son concreción de lo que ya se deduce de la CE y no se explica por qué se excluyen en unos sectores y no en otros. Sería más razonable y ponderada una solución en la que la ley general estableciera un marco procedimental común pero dúctil o flexible que permitiera que esas u otras leyes establecieran algunas especialidades procedimentales justificadas en la singularidad de la materia.

En tercer lugar, ¿puede la Administración determinar la responsabilidad civil entre particulares? El interrogante lo suscita la nueva regulación que prevé el art. 28.2 *in fine* LRJSP. El art. 28.2 de dicha Ley, como todavía hace el 130.2 LRJPAC, establece la compatibilidad entre las sanciones y las medidas de restablecimiento de la legalidad y la indemnización por los daños y perjuicios causados por el infractor. Pero mientras que este precepto señalaba que esta última cuantía se comunicaría al infractor para que la satisficiera en el plazo previsto al efecto, quedando expedita la vía judicial correspondiente de no hacerlo, el nuevo precepto señala que: «De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas» (apremio sobre el patrimonio). Lo que parece dar a entender que la Administración puede determinar, exigir y ejecutar la responsabilidad patrimonial en que incurran los infractores incluso respecto de otros particulares. Así lo han sostenido ya algunos autores basándose en la diversa regulación de ambos preceptos (HUERGO).

No lo creo así, pues dicho precepto debe ponerse en relación con lo que dispone el art. 90 LPACAP. Este precepto regula el contenido de la resolución sancionadora y para nada se refiere a que pueda incluir la determinación de la responsabilidad civil en la que incurre el infractor respecto de los particulares. Tan solo su apartado 4 alude al tema pero para incluir solo la responsabilidad por los daños causados a la Administración y concretar que «Cuando las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a las Administraciones y la cuantía destinada a indemnizar estos daños no hubiera quedado determinada en el expediente, se fijará mediante un procedimiento complementario, cuya resolución será inmediatamente ejecutiva». No tendría sentido que si la resolución sancionadora puede incluir la responsabilidad entre particulares solo se prevea la posibilidad de un procedimiento complementario para los daños causados a la Administración, obligando así a que siempre se incluya en el sancionador la determinación de los daños *inter privatos*. Más bien debería ser al revés, en un procedimiento, además, iniciado de oficio.

Y, por último, la entrada en vigor y plazo de adaptación. La DD única de la LPACAP y la de la LRJSP disponen que quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango que se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en estas Leyes. Por su parte, la DF 5ª LPACAP y la DF 17ª LRJSP prevén un plazo de un año a partir de su entrada en vigor para que las normas estatales y autonómicas (y locales, en el caso de la primera) que sean incompatibles a las nuevas leyes se adecuen a ellas. ¿Quiere ello decir que las normas estatales, autonómicas y locales incompatibles no quedan desplazadas, derogadas o devienen inválidas (no entraré ahora en esta cuestión) de inmediato sino hasta que no transcurra ese plazo de adaptación normativa de un año? Creo que no, que ese efecto (cualquiera que sea naturaleza) se produce nada más entrar en vigor las nuevas Leyes y que ese plazo de adaptación es un mandato positivo para garantizar la seguridad jurídica adecuando, y en su caso derogando expresamente, todas aquellas normas que se opongan a las nuevas Leyes, ya que la derogación o el efecto que producen estas Leyes sobre las normas incompatibles es tácito o implícito, es decir, que puede haber divergencias en los intérpretes acerca de lo que se opone o contradice las nuevas Leyes. También es un mandato para adecuar las cuestiones más novedosas de las leyes como las relativas a la informática, etc.

Para finalizar, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación básica (material) y común (procedimental) solo desplaza, deroga o hace que devenga inválida aquella regulación autonómica o local que se le oponga o la contradiga, no las normas reguladoras de tales materias en bloque, como por ejemplo el Decreto autonómico balear 14/1994, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento a seguir por la Administración de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de la potestad sancionadora.

VII. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY GENERAL

Concluyo. Esta regulación incompleta y parcial —y ahora disgregadora— de la potestad sancionadora de la Administración resulta pernicioso. Pernicioso porque sus carencias están abocando a un casuismo jurisprudencial indeseable, así como a la heterogeneidad y dispersión normativa de todo el Derecho Administrativo sancionador. La ausencia de una regulación común en la materia no solo es una incitación a que el legislador autonómico y el poder local establezcan regulaciones individualizadas, sino también, y sobre todo, a que el propio legislador estatal establezca

regímenes sancionadores singulares en los distintos sectores de intervención. Al punto que hoy procede preguntarse si tenemos un solo Derecho Administrativo sancionador o más bien tantos cuantos sectores ordinamentales con características singulares hay.

El legislador estatal, insisto, debería haber acometido, de una vez por todas, la tarea de aprobar una Ley general sobre la potestad sancionadora en la que se incluyera un sistema conceptual y normativo capaz de integrar, articular y coordinar el funcionamiento de los diversos regímenes positivos que hoy se entrecruzan territorial y materialmente. Un sistema, a la vez, dúctil y flexible en el que pudieran acomodarse las diversas leyes sectoriales sin necesidad de abordar casuísticamente los problemas sectoriales diarios o de abandonarlos a las soluciones particulares e impredecibles de la jurisprudencia. La tarea es perfectamente posible, como bien demuestra el Derecho comparado o, en nuestro país, la Ley sobre la potestad sancionadora del País Vasco de 1998, mencionada anteriormente. Por eso, lamentablemente, se ha perdido una vez más una gran oportunidad y el legislador, replegado en sí mismo, parece no haber escuchado ni aprendido nada en estos casi 25 años.

LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

JULIÁN VALERO TORRIJOS

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Murcia

Coordinador iDerTec-Grupo de investigación

«Innovación, Derecho y Tecnología»

I. EL CONTEXTO GENERAL DE LA REFORMA DE 2015

Una de las principales medidas adoptadas por el legislador con la reforma operada por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas —en adelante, LPACAP—, y 40/2015, de idéntica fecha, de Régimen Jurídico del Sector Público —en adelante, LRJSP— se refiere a la decidida apuesta por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la actividad de las Administraciones Públicas y las comunicaciones con los ciudadanos. En efecto, tal y como se enfatiza por el propio legislador, se ha presentado como una de las principales medidas, hasta el punto de considerarse que se ha impulsado la modernización administrativa por encima del resto de los Estados de nuestro entorno más cercano. En este sentido, el legislador ha tratado de reforzar normativamente el objetivo de impulsar la Administración electrónica, hasta el punto de afirmar que «en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones»; lo que en última instancia requiere, según confiesa el propio autor de las normas en sus declaraciones expositivas, acabar con la dispersión normativa existente a través de una nueva regulación legal que «profundice en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico». En definitiva, se trata de establecer el marco jurídico apropiado para un entorno donde «la

utilización de los medios electrónicos ha de ser lo habitual, como la firma y sede electrónicas, el intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación y la actuación administrativa automatizada».

En última instancia, considera el legislador que nos encontramos ante «uno de los más ambiciosos procesos de reforma realizados en un país de la OCDE», llegando a enfatizar que se trata de una de las piedras angulares «sobre la que se edificará la Administración Pública española del futuro, al servicio de los ciudadanos». Ahora bien, las medidas propuestas, de una parte, desconsideran la función de asistencia al usuario de los servicios electrónicos y, de otra, no se han establecido con la suficiente claridad y precisión las consecuencias que habrán de afrontar aquellas Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones previstas legalmente, en particular por lo que se refiere a la satisfacción del derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de cualquiera de aquellas.

Por otra parte, tal y como implícitamente se deja entrever al aludir a la necesidad de incorporar las previsiones reglamentarias de ámbito estatal en la nueva regulación legal básica, el origen último de la propuesta normativa ha determinado que tenga una visión excesivamente centrada en la realidad y las necesidades de la Administración General del Estado, hasta el punto de que no se han incorporado algunas de las principales demandas planteadas desde los niveles autonómicos y locales; en particular, por lo que se refiere a la prestación de los servicios necesarios para facilitar que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones utilizando medios electrónicos. Más aún, este sesgo en cuanto a la concepción de la reforma se ha proyectado sobre algunos pasajes hasta el punto de dotarles de una exhaustividad impropia de una norma legal de carácter básico o, en su caso, llamada simplemente a regular el procedimiento administrativo común.

Ahora bien, en términos generales la reforma no supone un gran cambio de la regulación ya vigente en el ámbito de la Administración electrónica puesto que, en gran medida, su alcance consiste en recoger con las adaptaciones necesarias, las normas hasta ahora contenidas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos —en adelante, LAECSP—, en lo relativo al funcionamiento electrónico del sector público, integrándose así «materias que demandaban una regulación unitaria, como corresponde con un entorno en el que la utilización de los medios electrónicos ha de ser lo habitual». Incluso, llega a afirmarse que con la nueva regulación se pretende sistematizar «toda la regulación relativa al procedimiento administrativo, que clarifique e integre el contenido de las [citadas] Ley 30/1992, de 26 de

noviembre y Ley 11/2007, de 22 de junio, y profundice en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico».

La regulación de la LAECSP trató de ofrecer una regulación más exhaustiva y sistemática del anterior marco normativo de la Administración electrónica. No obstante, dicha opción legislativa se ha manifestado como insuficiente en orden al impulso del uso de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, ya que tanto en el ámbito autonómico como en el local la matización de la existencia de disponibilidades presupuestarias ha servido como excusa para no generalizar el uso de medios electrónicos tanto en relación con el ejercicio de los derechos como, asimismo, con la tramitación de los procedimientos.

II. PRINCIPALES NOVEDADES EN CUANTO AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Desde estas premisas, la regulación sobre régimen jurídico del sector público ha reproducido sustancialmente las previsiones anteriores sobre la sede electrónica, ha clarificado el concepto de actuación automatizada —art. 41 LRJSP— para precisar que el acto o actuación ha de realizarse íntegramente por medios electrónicos sin intervención directa de empleado público alguno y, sobre todo, ha precisado las disposiciones específicas sobre el uso de la firma electrónica en el ámbito de las Administraciones Públicas llegando, en ocasiones, a un nivel de detalle impropio de la legislación básica e, incluso, innecesario por superfluo o reiterativo. Sí supone, en cambio, una novedad importante la imposición de una obligación legal expresa en orden a la conservación en soporte electrónico de la totalidad de los documentos utilizados en las actuaciones administrativas a que se refiere el art. 36 LPACAP, superando de este modo las limitaciones anteriores que, en última instancia, se basaban en la existencia de una mera habilitación legal para hacerlo.

Mayor trascendencia plantea la reforma legal en otros dos ámbitos, donde puede afirmarse que el avance es ciertamente relevante. Así resulta especialmente en relación con la extinción legal del modelo de intercambio documental en soporte papel en las relaciones que tengan lugar entre las Administraciones Públicas —extensible, asimismo, a las entidades vinculadas o dependientes de las mismas—, todo ello partiendo de la inexcusable exigencia del respeto a los criterios de interoperabilidad y seguridad. De este modo se supera definitivamente la tibieza de la regulación anterior, que se limitó a introducir como mero principio la utiliza-

ción preferente de medios electrónicos en las comunicaciones entre Administraciones Públicas, medida que si bien supuso un avance importante en el año 2007 podía haber sido más incisiva en la línea del ejemplo tributario; de manera que no pudieran esgrimirse razones sin peso suficiente para excepcionar dicho principio basándose en el discutible —especialmente en un escenario como el de las organizaciones públicas del siglo XXI, dotadas casi en su totalidad de medios técnicos suficientes— criterio de la preferencia sentado por el legislador.

Esta posibilidad ha sido reforzada por el art. 155 LRJSP al señalar que cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad. Incluso, dicha previsión se completa desde la perspectiva internacional, al exigir el precepto citado que las Administraciones Públicas adopten las medidas tendentes a la interconexión de sus redes con las propias de las instituciones de la Unión Europea y de otros Estados Miembros. Se trata, pues, de un gran avance en la regulación legal por cuanto ya no se establece un mero principio de preferencia sino que, por el contrario, se supera la concepción de la regulación de 2007 adoptando una medida que se encuentra en la base de las previsiones que, como veremos a continuación, se han fijado por lo que respecta a la simplificación de la carga documental desde la perspectiva de los ciudadanos.

III. EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

La nueva regulación legal ha introducido importantes novedades por lo que se refiere al funcionamiento de los órganos colegiados. En efecto, al margen de que por primera vez se define con carácter básico lo que ha de entenderse por órgano administrativo y, en consecuencia se determina indirectamente el alcance del concepto legal de órgano colegiado, las principales medidas de reforma tienden a facilitar y simplificar la adopción de las decisiones en aquellos órganos integrados por una pluralidad de personas físicas.

Así, en primer lugar se contempla de manera expresa la posibilidad de que se utilicen medios electrónicos tanto para la convocatoria como para la celebración de las sesiones. En concreto, por lo que se refiere a la

remisión de la convocatoria debe tenerse en cuenta que, al menos respecto del personal al servicio de las Administraciones Públicas, el art. 14 LPACAP contempla la obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas, si bien ha de advertirse que no resulta de aplicación el régimen general de las notificaciones contemplado en el art. 43 de dicha Ley. En efecto, de admitirse esta posibilidad se debería aplicar la regla de los diez días naturales desde la puesta a disposición sin que diese comienzo el cómputo del plazo mínimo de antelación para la recepción de las citaciones que, a diferencia de lo que establecía el art. 24 LRJPAC, se fija en dos días y no en cuarenta y ocho horas, lo que tiene una relevancia incuestionable en la medida que los sábados se declaran expresamente inhábiles. En todo caso, debe tenerse en cuenta que dicho plazo solo resulta de aplicación directa en el ámbito estatal, por lo que su proyección en los órganos autonómicos y locales solo tendrá lugar por vía de supletoriedad.

Sin embargo, por lo que respecta a los miembros del órgano que no tengan la condición de personal al servicio de las Administraciones Públicas, dicha obligación ha de ser matizada, al menos en cuanto a la existencia de una obligación legal de admitir su uso al amparo del régimen general que contempla el art. 14 LPACAP. No obstante, debe tenerse en cuenta que la utilización de medios electrónicos para la remisión de las convocatorias se contempla expresamente también para dichos miembros, salvo que la remisión de las convocatorias utilizando soporte papel y medios de comunicación no telemáticos se encuentre expresamente admitida en el reglamento interno del órgano que, según establece el art. 17.1 LRJSP, únicamente puede limitar las convocatorias al necesario uso de medios no electrónicos de manera excepcional.

Más aún, una vez que no se hubiese establecido dicha regla excepcional —que por ello debería ser motivada—, el art. 17.3 LRJSP establece que la convocatoria habrá de remitirse por medios electrónicos, salvo en el supuesto de que no sea posible utilizar otra vía. Asimismo, al margen de la convocatoria en sentido estricto, la documentación necesaria para las deliberaciones solo habrá de remitirse cuando sea posible a la vista del tenor literal de dicho precepto. Se ha introducido, pues, una importante novedad frente al art. 24 LRJPAC, ya que según la configuración legal del derecho de los miembros que establecía solo se preveía la puesta a disposición con la antelación que contemplaba y, por tanto, nada se decía de su envío o remisión. Por otra parte, en la convocatoria habrán de especificarse los sistemas de conexión que van a utilizarse para la celebración de la sesión y, en su caso, lugares donde estén disponibles los medios técnicos para asistir y participar; y, aun cuando la sesión se cele-

bre virtualmente, los acuerdos se entenderán adoptados donde tenga su sede el órgano o, en su defecto, la presidencia del mismo. Se trata, sin duda, de una previsión legal dirigida a fijar con claridad la competencia judicial en orden a una eventual impugnación en sede judicial contencioso-administrativa.

En relación con la celebración de las sesiones, se contempla expresamente la exigencia de que se asegure la identidad de los miembros, lo que obliga a utilizar algunos de los sistemas a que se refiere el art. 10 LPACAP, que además habrán de garantizar el contenido de sus manifestaciones y, adicionalmente, el momento en que se produzcan. Respecto de esta última exigencia, dado que no existe una previsión específica, cabría admitir tanto la utilización de meras referencias temporales como, asimismo, sellos de tiempo. En todo caso, el legislador exige que se respete la interactividad e intercomunicación en tiempo real de los miembros del órgano, lo que puede resultar contradictorio con la posibilidad —expresamente contemplada en el art. 17.1 LRJSP— de que se admita el correo electrónico como medio para entender válidamente celebrada la sesión colegiada. En efecto, tradicionalmente se ha exigido que los miembros del órgano estuviesen físicamente presentes durante su funcionamiento, hasta el punto de que en el ámbito local su ausencia se equipara a la abstención en algunos casos. Dado que el correo electrónico es un medio asíncrono, el hecho de que se admita expresamente para la celebración de las sesiones nos lleva a concluir que, a pesar de tratarse de un medio asíncrono, garantiza la intercomunicación y conexión siempre que se contemplen las medidas adecuadas para que pueda tener lugar la deliberación y adopción de los acuerdos con plenas garantías para la participación de los miembros del órgano, quienes deben tener habilitada la posibilidad de recibir las opiniones y criterios del resto y, asimismo, de formular las suyas para que sean accesibles por el resto. De lo contrario, en el supuesto de admitirse una interpretación literal, la regulación legal habría de considerarse absurda, a menos que se limite el uso del correo electrónico a la remisión de la convocatoria, posibilidad que resulta inadmisibles por cuanto el apartado donde se contempla la exigencia legal se refiere, precisamente, a la dinámica de la celebración de la sesión utilizando medios electrónicos.

Otra de las importantes novedades que se ha introducido por el legislador se refiere a la posibilidad de grabar las sesiones. Ahora bien, aunque no se contemplara expresamente dicha opción, lo cierto es que nada impedía que se utilizara dicho medio de constancia, de manera que lo realmente novedoso radica en que el art. 18 LRJSP le otorgue una singu-

lar eficacia jurídica a la grabación siempre que, eso sí, se adopten una serie de cautelas. En concreto, el fichero que resulte de la grabación habrá de ser validado por el Secretario certificando la autenticidad e integridad tanto del acta como de los documentos que se hayan utilizado, de manera que se habrá de acompañar a aquella y nunca, por tanto, podrá dejar de levantarse y, asimismo, aprobarse por el propio órgano. Eso sí, no será preciso hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones, tal y como exige el artículo 27.1 LRJPAC, medida de simplificación plenamente justificada únicamente en la medida que el Secretario haya constatado que las intervenciones de los miembros hayan quedado grabadas correctamente y, adicionalmente, se adopten las medidas adecuadas de conservación que aseguren la integridad y autenticidad, tal y como exige el párrafo 2º del art. 18.2 LRJSP.

Finalmente, por lo que respecta a la aprobación del acta, también se contemplan reglas específicas relativas al uso de medios electrónicos. En concreto, se ha establecido una previsión singular que permite remitir el borrador a los miembros por dicha vía y, al margen de sesión alguna, entender que ha sido aprobada siempre y cuando los miembros del órgano manifiesten su conformidad al mismo, ya que en caso de que planteen reparos debería procederse a su incorporación al orden del día de la siguiente sesión. Ahora bien, en caso de que no exista oposición se podrá dar por aprobada el acta en la misma sesión a la que se refiere, sin que resulte preciso que dicho asunto se encuentre incluido en el orden del día con carácter previo.

IV. LAS NOVEDADES EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Por lo que se refiere a la nueva regulación sobre el uso de medios electrónicos en el procedimiento administrativo común, su intención es profundizar en el proceso de modernización tecnológica en las que se han denominado relaciones jurídicas *ad extra* con los ciudadanos, hasta el punto de que se prevé que todas las actuaciones y trámites durante las diversas fases —incluso las relativas al impulso, instrucción, resolución y ejecución— se realicen utilizando medios electrónicos. Desde esta perspectiva, se pretende avanzar sustancialmente en la obligatoriedad del uso de medios electrónicos cuando se trate de entablar relaciones con las Administraciones Públicas, tal y como demuestra el hecho de que, tal y como prevé el art. 14 LPACAP, las personas jurídicas necesariamente

habrán de utilizar esta vía de comunicación sin necesidad de que, como ha venido sucediendo hasta ahora, sea precisa una previsión reglamentaria a tal efecto; mecanismo que, no obstante, se establece ahora únicamente para aquellas personas físicas que no ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria.

Resulta evidente que la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el seno del procedimiento administrativo permite agilizar las actuaciones y trámites que deban realizarse, tanto por lo que se refiere al acceso de la propia Administración Pública a la información precisa para su impulso como, especialmente, a la reducción de los plazos de realización de los trámites y actuaciones por parte de los interesados y otros órganos o unidades distintos de los encargados de la ordenación. En este sentido, los medios electrónicos pueden convertirse en una eficaz herramienta a la hora de impulsar de forma simultánea todos aquellos trámites cuyo cumplimiento no tenga que realizarse de forma sucesiva, siempre que el control sobre los tiempos y los plazos quede debidamente asegurado por parte del órgano encargado de la tramitación del procedimiento tal y como exige el art. 75.2 LPACAP.

Así pues, se pretende que el procedimiento administrativo común sea electrónico como regla general, sin perjuicio de los supuestos excepcionales en que alguno de los trámites o actuaciones deba realizarse presencialmente o utilizando el soporte papel. Si bien es cierto que, con carácter general, la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la actividad administrativa constituye un signo característico de las actuales organizaciones públicas inicialmente justificado por la mayor eficacia que implica, no pueden menospreciarse los inconvenientes, dificultades y esfuerzos que conlleva su implementación. De ahí la necesidad de justificar las razones que, desde la perspectiva de la exigencia constitucional de eficacia de la actividad administrativa y, en especial, del principio de «buena Administración» —que en los últimos años se ha venido a consagrar en diversos textos normativos y cuya efectiva satisfacción se ha venido a vincular con la modernización tecnológica de las Administraciones Públicas—, de manera que a la vista del actual nivel de implantación social de la tecnología el paso dado por el legislador no parece en modo alguno injustificado.

En la misma línea de reforzar la utilización de medios electrónicos en las relaciones con las Administraciones Públicas se introducen en el art. 16 LPACAP importantes novedades por lo que se refiere a los registros electrónicos, instrumento a través del cual se articulan aquellas relaciones que consisten en la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones. Así,

por una parte, se contempla la necesaria existencia de al menos un registro electrónico de ámbito general en cada entidad, si bien en el supuesto de los organismos públicos vinculados o dependientes de aquellas su creación solo tiene carácter facultativo. La ampliación del ámbito de los registros se extiende, además, a los supuestos de presentación indirecta en la línea que ya se preveía para los registros presenciales, desapareciendo de esta manera una de las principales —y más criticadas— restricciones de los registros electrónicos: en consecuencia, los documentos que se dirijan a las Administraciones Públicas por esta vía se podrán presentar no solo en aquel cuya titularidad corresponda a la entidad a la que se dirija sino que, alternativamente, cabrá acudir a los de cualesquiera otras entidades del sector público; expresión esta última que engloba la Administración General del Estado, las correspondientes de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local y, por último, cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes, junto con las Universidades públicas.

Más aún, en la línea de digitalizar todos los documentos —e indirectamente permitir su presentación a través de los registros electrónicos—, se establece la obligación de expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en soporte papel que presenten los interesados, al menos siempre que se vaya a incorporar a un expediente administrativo. En todo caso, a fin de facilitar a los sujetos obligados la relación telemática con las Administraciones Públicas incluso en los supuestos en que no dispongan de los medios necesarios, la nueva regulación trata de fomentar la representación voluntaria por parte de sujetos habilitados a tal efecto en los términos del art. 5 LPACAP. De esta manera, se refuerza la posibilidad —ya prevista, sin embargo, con anterioridad— de que sean los funcionarios públicos quienes actúen con su propia firma electrónica en representación de los ciudadanos y, asimismo, se contempla la alternativa de otorgar representación mediante apoderamiento *apud acta* efectuado por comparecencia presencial o electrónica. Aunque, sin duda, la gran medida que puede incentivar la representación consiste en extender con carácter general para todo tipo de actuaciones la herramienta que ya existía en algunos sectores de actividad administrativa: la obligatoria creación por cada Administración Pública de un registro electrónico de apoderamientos que habrán de ser interoperables entre sí, de manera que se puedan realizar con inmediatez las comprobaciones oportunas. Esta posibilidad se extiende, incluso, a otros registros públicos —singularmente el mercantil y el de la propiedad— y a los protocolos notariales, medida que sin duda puede ayudar a solventar los problemas y dificultades específicos

que conlleva la utilización de medios electrónicos. Más discutible es, sin embargo, que el derecho a recibir asistencia en orden al uso de medios electrónicos por los ciudadanos se haya limitado a quienes no tengan obligación de utilizarlos, ya directamente por previsión legal o ya por exigencia reglamentaria, puesto que nada obsta a que puedan ser precisamente quienes más dificultades encuentren a la hora de relacionarse con las Administraciones Públicas. Este problema puede adquirir una singular frecuencia por lo que se refiere a ciertas personas jurídicas sin ánimo de lucro, a las entidades sin personalidad jurídica y a las personas físicas que, aun perteneciendo a un colectivo que, como tal y con carácter general, disponga de la capacidad económica, técnica o tenga una dedicación profesional que facilite el acceso y la disponibilidad de los medios necesarios, puedan encontrarse con dificultades a la hora de ejercer sus derechos y obligaciones o, incluso, carecer en el caso concreto de los instrumentos o del conocimiento necesario para llevar a cabo la actuación de que se trate.

No obstante, y precisamente para fomentar las comunicaciones por medios electrónicos, también se ha limitado legalmente la posibilidad de imponer el uso de la firma electrónica, de manera que —art. 11 LPACAP— solo será preceptiva su utilización cuando se trate de actuaciones que requieran una mayor exigencia desde la perspectiva de la seguridad técnica y jurídica, esto es, la presentación de solicitudes, de declaraciones responsables y comunicaciones, la interposición de recursos, el desistimiento de acciones y la renuncia a derechos. Por el contrario, cuando se trate simplemente de garantizar la identificación del ciudadano, se podrá utilizar cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario, incluyendo los basados en claves concertadas; si bien dicha alternativa deberá ser expresamente admitida por la respectiva Administración Pública, de manera que podría darse el caso de que ante una misma actuación se exija un sistema distinto en función de la entidad pública ante la que se pretenda actuar, salvo que sea aceptado por la Administración General del Estado, en cuyo caso habrá de ser aceptado por el resto salvo prueba en contrario.

Por lo que se refiere a las notificaciones, al margen de la imposición del medio electrónico que con carácter general ha sido ya referida, la principal novedad —art. 41.6 LPACAP— consiste en reconocer al ciudadano la facultad de indicar un dispositivo y/o una dirección de correo electrónico que servirá para enviar avisos sobre la disponibilidad de actos formales de notificación en sentido estricto. Ahora bien, se trata de una posibilidad que ya se encontraba extendida en la práctica aun careciendo de una previsión legal al efecto y que, en última instancia, tiene como principal consecuencia reforzar las posibilidades de que el destinatario

efectivamente tenga conocimiento de la notificación ya que la ausencia del envío carece de eficacia invalidante; si bien podría haberse consagrado legalmente el carácter preceptivo del mismo, al menos cuando así lo hubiese solicitado el interesado, como medida tendente a reforzar el principio de confianza legítima cuando la notificación fuese infructuosa y se entendiese proceder a la publicación oficial con carácter sustitutivo.

Una de las mayores dificultades que plantea la incorporación de medios electrónicos a las actividades de instrucción en el seno del procedimiento administrativo es la diversidad que caracteriza a estas últimas, lo que impide realizar afirmaciones generales más allá del mero reconocimiento de su admisibilidad y ventajas, así como de la necesidad de implementar las medidas técnicas y de identificación necesarias para garantizar su adecuada realización. A pesar de que se ha reprochado a determinadas actividades de instrucción que se prestan mal al uso de las tecnologías de la información y la comunicación, lo cierto es que el actual desarrollo tecnológico facilita que gran parte de las mismas se realicen utilizando dichos instrumentos siempre que se adopten las medidas tendentes a que el resultado de las actuaciones realizadas pueda equipararse cuando menos al que cabría obtener en el caso de emplear métodos tradicionales. Partiendo de esta prevención, ¿qué obstáculo puede oponerse a la práctica de una declaración testifical mediante videoconferencia, a la comparecencia del ciudadano por idéntico medio o, incluso, al reconocimiento de un determinado lugar distanciado físicamente de la sede del órgano administrativo?

Resulta indudable que la utilización de medios electrónicos en la instrucción del procedimiento administrativo implica evidentes ventajas tanto para el interesado como, de modo muy especial, para la Administración Pública encargada de su tramitación en la medida que, por un lado, se agiliza y simplifica las actividades de comunicación que necesariamente han de llevarse a cabo y, por otro, se fomenta la colaboración del interesado y los ciudadanos en la adopción de la decisión administrativa. Ahora bien, la adaptación tecnológica de las actuaciones instructoras exige delimitar los supuestos en que procede su empleo y las condiciones técnicas y jurídicas que han de respetarse, de manera que se garanticen la validez y eficacia de la actividad administrativa. Se trata en definitiva de satisfacer, en la medida de lo posible, los diversos intereses públicos y privados a cuya protección se orienta el procedimiento administrativo.

Así pues, la implantación de las tecnologías de la información y la comunicación en la actividad administrativa presenta como una de sus perspectivas más sugerentes la viabilidad para facilitar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los ciudadanos, de manera que no se

vean forzados a soportar una carga añadida a la estricta observancia de la conducta en que consistan. A estos efectos, la referencia del art. 85 LRJPAC a que los actos de instrucción se practiquen de la forma que resulte más cómoda para los interesados se ha sustituido en el art. 75 LPACAP por «la forma que resulte más conveniente para ellos», manteniéndose la exigencia de compatibilidad con sus obligaciones laborales y profesionales que ya establecía aquel precepto. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta última exigencia en modo alguno puede interpretarse con carácter absoluto ya que, al margen de las limitaciones que se acaban de aludir respecto de la naturaleza de la actuación a realizar, deben tenerse en cuenta las circunstancias temporales en que se desarrolla habitualmente la actividad administrativa. De este modo, aunque una de las principales ventajas que conlleva la incorporación de medios electrónicos consiste en la ampliación de los rígidos horarios de las oficinas administrativas, esta conclusión solo puede predicarse respecto de determinadas prestaciones, fundamentalmente la presentación telemática de escritos y documentos y el acceso a la información. Así pues, a pesar de la flexibilidad temporal que ofrecen los medios telemáticos, en modo alguno cabe plantear la realización de actuaciones instructoras fuera de los horarios habituales de trabajo en el órgano o unidad encargada de la tramitación del procedimiento con el fin de satisfacer la petición del interesado motivada en las referidas circunstancias profesionales.

Asimismo, debe advertirse acerca de la tentación en la que pueden sucumbir las Administraciones Públicas ante las posibilidades de agilizar la instrucción de los procedimientos empleando medios electrónicos, especialmente si tenemos en cuenta la regla general establecida por el art. 75.3 LPACAP cuando señala que se realicen utilizando dichos medios. En concreto, existe una tendencia a que parte del trabajo que tradicionalmente habían realizado estos últimos sea llevado a cabo por el ciudadano que, de este modo, debe adquirir unas habilidades y destrezas mínimas para rellenar complicados formularios que, de modo irremediable, suelen terminar ofreciendo mensajes de error. En este sentido, la posibilidad de corregir los datos que ofrece el formulario a que se refiere el art. 66.5 LPACAP —ya contemplada por el art. 35.3 LAECSP— constituye una herramienta de gran utilidad al anticipar parte del trabajo administrativo, pero en modo alguno puede ampararse en esta posibilidad la dejación de las funciones propias de esta esencial fase del procedimiento administrativo que es la instrucción; de manera que habrán de llevarse a cabo las actuaciones de comprobación que resulten necesarias por parte de quien, en principio, está llamada a realizarlas, esto es, la Administración Pública.

Una exigencia adicional debe cumplirse cuando en la instrucción y en la ordenación del procedimiento se utilicen medios electrónicos. Según dispone el art. 36 LAECSP, las aplicaciones y los sistemas empleados deben garantizar el control sobre los tiempos y los plazos, exigencia que, interpretada sistemáticamente con lo dispuesto en el art. 29.2 LAECSP, determina que debe quedar asegurada la referencia temporal por medios electrónicos de aquellas actuaciones que pueden tener eficacia externa sobre los ciudadanos; tal y como sucede singularmente con el acuerdo de iniciación del procedimiento, la petición de informes preceptivos y/o determinantes o, sin ánimo exhaustivo, el momento en que tiene lugar la puesta a disposición de las notificaciones. En última instancia y, desde una perspectiva complementaria, la exigencia de control sobre los tiempos y los plazos puede incluso verse satisfecha en mejor medida cuando se utilizan aplicaciones y sistemas informáticos, cuyo diseño puede incluir sistemas de alerta o recordatorios de las actuaciones que hay que realizar antes de que finalicen los plazos o, incluso, ayudar a la planificación del trabajo vinculado a la gestión del procedimiento.

Al margen de la mayor celeridad en la tramitación derivada de la inmediata recepción de las comunicaciones, existen determinadas actuaciones cuya efectividad se ve reforzada si se practican a través de medios telemáticos: es el caso, singularmente, de la presentación de alegaciones por los interesados y, sobre todo, de las formuladas a raíz de un período de información pública. Dado que la finalidad principal de este instrumento es poner en conocimiento de los ciudadanos la tramitación de un procedimiento, la utilización de Internet garantiza la amplia difusión de la misma a un coste reducido, facilitando en última instancia que los eventuales interesados planteen las alegaciones que estimen procedentes. Asimismo, los medios tecnológicos pueden convertirse en una fórmula que potencie la efectividad de la participación directa de los ciudadanos en los procedimientos administrativos más allá del reconocimiento formal de su condición de interesados, rebajando de este modo el papel de las asociaciones y organizaciones al de simple interlocutor cualificado en detrimento del monopolio que la Administración les concede en muchas ocasiones por las dificultades técnicas de articular la participación masiva de colectivos amplios. Por esta razón echamos en falta un planteamiento más avanzado en la nueva regulación legal que podría haber apostado por el reconocimiento explícito de un derecho a que la información pública se realice necesariamente por medios telemáticos más allá de la genérica posibilidad de presentar las alegaciones por dicha vía.

V. LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE LA GESTIÓN DOCUMENTAL

La nueva regulación ha prestado especial atención a los aspectos relacionados con la gestión documental, imponiendo el formato electrónico para los expedientes administrativos y su tramitación. En concreto, la reforma en esta materia se ha articulado fundamentalmente a partir de dos obligaciones: de una parte, la necesaria existencia en toda Administración de un archivo electrónico único, donde habrán de registrarse todos los documentos relativos a los procedimientos ya finalizados asegurando su accesibilidad futura —art. 17 LPACAP—; de otra, la preceptiva emisión de los documentos administrativos utilizando medios electrónicos, salvo que su naturaleza requiera otra forma más adecuada —art. 26 LPAC—.

A este respecto, aunque se elimina la necesidad de firma electrónica en los documentos informativos, se han ampliado los requisitos para la validez, destacando a estos efectos la necesaria referencia temporal en todo caso —a diferencia de la regulación anterior, que aludía a que la naturaleza del mismo así lo requiriera— y la imprescindible incorporación de los metadatos mínimos exigidos. Pues bien, por lo que se refiere a la definición de documentos administrativos, el legislador —art. 26.1 LPAC— entiende que son los «válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas», añadiendo a continuación, tal y como se acaba de indicar, que como regla general se emitirán por medios electrónicos. Desde esta premisa conceptual, a continuación se establecen los requisitos de validez que han de cumplirse, debiendo:

- «a) Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.
- b) Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico.
- c) Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos.
- d) Incorporar los metadatos mínimos exigidos.
- e) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.»

Si comparamos esta regulación con la que contenía el art. 29 LAECSP se han incorporado nuevas exigencias específicas, cuya ausencia podría afectar a la validez del documento. En este sentido, por una parte se ha introducido la necesidad de que se incorporen los metadatos mínimamente exigidos, si bien se deja abierta la determinación acerca de quién ha de

fijarlos; concreción que, sin duda, habrá de hacerse de conformidad con lo que disponga el Esquema Nacional de Interoperabilidad y las normas que lo desarrollan. Por otra parte, la necesidad de contar con una referencia temporal que, según la anterior legislación, se exigía únicamente cuando la naturaleza del documento lo requiriese, se convierte en preceptiva, de manera que ya no queda margen interpretativo a este respecto.

Esta modificación ha de ser bienvenida, ya que se trataba de un concepto jurídico indeterminado de difícil concreción más que supuesto por supuesto, si bien cabría considerar que tal circunstancia se daría cuando la fecha en que se generó el documento tenga efectos jurídicos frente a terceros. Así podría entenderse que sucede, singularmente, con aquellas actuaciones relevantes para el cómputo de plazos relativos a la caducidad y el silencio administrativo, así como los que se puedan generar en relación con la práctica —o, en su caso, la imposibilidad— de las notificaciones y la emisión del acuse de recibo de la presentación realizada en un registro electrónico. En todo caso, conviene advertir que esta nueva modalidad de acreditación basada en criterios estrictamente técnicos —e, incluso, en la intervención de una tercera parte de confianza— ofrece un mayor nivel de garantía que el propio de las actuaciones basadas en el soporte papel, cuya referencia temporal puede coincidir o no con aquella en la que realmente se generó el documento y donde las posibilidades de manipulación son ciertamente mucho más elevadas.

Al margen de cualquier consideración doctrinal, resulta imprescindible realizar un análisis del resto de requisitos que han de respetar los actos administrativos como consecuencia del soporte electrónico en el que se han de generar, en particular por lo que se refiere a la conservación —art. 17 LPACAP—. Así, la singularidad del soporte informático determina que el legislador haya establecido —o cuando menos adaptado— algunas exigencias que no requiere de forma expresa para los actos generados y conservados en papel, perspectiva que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar su alcance. En primer lugar, ha de quedar garantizada la autenticidad del documento, requisito de validez referido a la identidad de quien lo emitió, en este caso el órgano o Administración Pública competente, y la vinculación de su autoría con el contenido del acto dictado. Se trata por tanto de una exigencia de carácter formal que en el caso de los actos en soporte papel se asegura con la firma manuscrita del funcionario o autoridad correspondiente y un sello estampado en el documento, si bien el soporte informático requiere un mecanismo específico que acredite la autenticidad de su origen desde el punto de vista subjetivo.

En segundo lugar, resulta imprescindible asegurar la integridad del documento, requisito de validez que se concreta en que se impida de manera razonablemente segura la manipulación del acto administrativo dictado, lo que conlleva asimismo la necesidad de que las eventuales modificaciones indebidas de su contenido puedan ser advertidas. Surge de nuevo la inevitable comparación con las garantías de integridad que ofrece el acto administrativo en soporte papel ya que en ninguno de los preceptos legales se alude expresamente a la integridad, insuficiencia reguladora que en modo alguno significa que deba admitirse su ausencia: simplemente, el soporte informático facilita en mucha mayor medida que en el caso de los documentos escritos las alteraciones sucesivas del contenido del acto así generado, por lo que el legislador ha creído oportuno explicitar una exigencia implícita respecto de los actos administrativos escritos.

La ausencia de las garantías de autenticidad e integridad referidas conllevan la invalidez de los documentos administrativos en soporte informático del mismo modo que sucede con los escritos: ¿alguien se atrevería a poner en duda esta consecuencia invalidante cuando no constara de forma fehaciente el autor de un acto administrativo escrito o no hubiera certeza sobre la ausencia de manipulaciones en su contenido? Estos dos problemas, autenticidad e integridad, gozan de una solución técnica razonablemente fiable, la firma electrónica.

A diferencia de la autenticidad y la integridad, las exigencias relativas a la conservación constituyen auténticos requisitos de eficacia igualmente aplicables en el caso de que los actos administrativos se recogieran en un soporte tradicional, si bien las peculiaridades del soporte informático justifican unas precisiones adicionales. La conservación en sí misma considerada no afecta a la eficacia de forma inmediata a tenor de lo dispuesto en el art. 39 LPACAP; aunque constituye un presupuesto para el adecuado ejercicio de las funciones administrativas y, llegado el caso, para la defensa de los derechos de los interesados. Mientras que los actos documentados en papel tienen asegurada de forma razonable su conservación, no sucede lo mismo cuando se dictan a través de medios informáticos o, incluso, oralmente. En estos casos han de adoptarse las medidas necesarias para asegurar su constancia por las razones antes aludidas, si bien en el caso de los documentos informáticos la conservación plantea una exigencia adicional: la compatibilidad de los sistemas de almacenamiento utilizados con las aplicaciones futuras que se utilicen para la recuperación del contenido de los archivos donde estén recogidos dichos actos. Así pues, la conservación no solo implica que se adopten las medidas técnicas y organizativas que impidan la destrucción y/o manipulación de los archivos

y faciliten su consulta sino que, con una eficacia que se prolonga en el tiempo indefinidamente, determina que los sistemas de gestión de la información utilizados por la correspondiente Administración Pública sean compatibles con los empleados para almacenar los actos —y en general la información administrativa— dictados con anterioridad.

La nueva regulación ha reforzado esta exigencia de conservación al establecer el art. 17.2 LPACAP que se conserven de manera que se garantice su consulta con independencia del tiempo transcurrido desde su emisión. Adicionalmente deberá asegurarse la posibilidad de trasladar los datos a otros formatos y soportes que garanticen el acceso desde diferentes aplicaciones. En todo caso, las garantías de conservación se han de entender referidas sobre todo y en primer lugar a cada una de las fuentes informativas individualmente consideradas, ya que muchas veces no nos encontraremos ante auténticos documentos en un sentido estricto sino ante registros conservados en bases de datos. Aunque resulte una obviedad, la obligación de la Administración a estos efectos no tiene carácter absoluto puesto que, a falta de previsiones específicas en la LPACAP, se habrán de aplicar las reglas generales sobre destrucción de la documentación administrativa y, por lo que respecta a los titulares de los datos personales, las referidas al derecho de cancelación que, sin embargo, no implica la destrucción sino el simple bloqueo y que la información no pueda ser utilizada para finalidad alguna.

En todo caso, tal y como se adelantó al comienzo de este apartado, el legislador ha establecido la necesidad de que todas las Administraciones Públicas cuenten con un archivo electrónico «único», expresión que no debe interpretarse restrictivamente. En efecto, más allá de que la información se encuentre centralizada o no en un único sistema, lo que pretende el legislador es garantizar la accesibilidad inmediata de la información, bien a los efectos del ejercicio del derecho de acceso por parte de los ciudadanos, bien, sobre todo, a fin de hacer efectivas las previsiones del art. 155 LRJSP a los efectos de que otras entidades —o incluso la propia titular del archivo— puedan acceder a la información necesaria para el ejercicio de sus respectivas competencias. Ahora bien, debe enfatizarse que la citada previsión legal solo se refiere a los documentos relativos a expedientes ya finalizados, de manera que su ámbito objetivo de aplicación no se extendería a los que se encuentren en fase de tramitación. Lo que no deja de ser relevante por cuanto, tal y como prevé la disposición final séptima LPACAP, dicho archivo electrónico único solo habrá de implementarse a partir de octubre de 2018, esto es, a los dos años de la entrada en vigor del resto de las previsiones legales.

A este respecto, tal y como se prevé en la disposición adicional segunda LPACAP, se contempla la posibilidad de que tanto Comunidades Autónomas como Entidades Locales puedan adherirse a los instrumentos que ponga en servicio la Administración General del Estado. Aunque se trate simplemente de una mera posibilidad, lo cierto es que su no adhesión deberá justificarse en términos de eficiencia conforme a la normativa sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Asimismo, más allá de dicha perspectiva, deberá garantizarse que el sistema propio empleado cumple con los requisitos del Esquema Nacional de Interoperabilidad, el Esquema Nacional de Seguridad, y sus normas técnicas de desarrollo, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, junto con la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se realicen en sus correspondientes registros y plataforma.

Por lo que se refiere al régimen de las copias la valoración no puede ser, en cambio, tan positiva aun cuando se haya establecido expresamente la validez de las copias auténticas con independencia de la Administración en la que deban surtir efectos, poniendo fin de esta manera a una cierta tendencia a negar efectos jurídicos a las copias en papel de los originales electrónicos generadas conforme a los requisitos legales. Pues bien, aun cuando se reitera en gran medida el marco normativo anterior, se han introducido algunas novedades que, en última instancia, pueden generar inseguridad jurídica ya que, más allá del excesivo detalle de algunas de las previsiones, se ha provocado una inadmisibles confusión conceptual en relación con el elemento subjetivo. En efecto, mientras que con carácter general se exige que las Administraciones Públicas determinen los órganos competentes para generar las copias auténticas, por otro lado se alude a la necesaria existencia de un registro donde habrán de constar la identidad de los funcionarios habilitados para su expedición, obviando que el personal profesional al servicio de aquellas no puede considerarse en modo alguno titular de un órgano administrativo en sentido estricto, aun en el supuesto de que prestase servicios profesionales a la misma entidad en base a una relación de carácter estatutario.

Por otro lado, el art. 27.3 LPACAP establece una nueva disciplina en cuanto a los requisitos de validez y eficacia de las copias que, en última instancia, pretende hacer frente a la duplicidad de formatos en que necesariamente habrá de tener lugar la gestión documental. Aunque pueda sorprender que se siga utilizando el concepto de copia cuando se trata de archivos en soporte digital, esta previsión solo se comprende cuando el original se encuentre en un soporte distinto. Aunque el legislador ha par-

tido de la premisa de que no será precisa la utilización del soporte papel, lo cierto es que se trata de un planteamiento excesivamente ambicioso si tenemos en cuenta que no todos los ciudadanos estarán obligados a utilizar medios electrónicos. En este sentido, resulta todavía imprescindible establecer una serie de reglas que permitan garantizar la identidad y contenido de las copias, para lo cual el legislador señala que habrán de respetar, por una parte, las exigencias técnicas de los Esquemas Nacionales de Seguridad e Interoperabilidad y, por otra, las siguientes reglas:

- «a) Las copias electrónicas de un documento electrónico original o de una copia electrónica auténtica, con o sin cambio de formato, deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento.
- b) Las copias electrónicas de documentos en soporte papel o en otro soporte no electrónico susceptible de digitalización, requerirán que el documento haya sido digitalizado y deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento.
Se entiende por digitalización, el proceso tecnológico que permite convertir un documento en soporte papel o en otro soporte no electrónico en un fichero electrónico que contiene la imagen codificada, fiel e íntegra del documento.
- c) Las copias en soporte papel de documentos electrónicos requerirán que en las mismas figure la condición de copia y contendrán un código generado electrónicamente u otro sistema de verificación, que permitirá contrastar la autenticidad de la copia mediante el acceso a los archivos electrónicos del órgano u Organismo público emisor.
- d) Las copias en soporte papel de documentos originales emitidos en dicho soporte se proporcionarán mediante una copia auténtica en papel del documento electrónico que se encuentre en poder de la Administración o bien mediante una puesta de manifiesto electrónica conteniendo copia auténtica del documento original.»

En todo caso, al menos transitoriamente y en tanto no se ultime y generalice el proceso de modernización tecnológica en que el nos encontramos inmersos no solo en la Administración Pública sino también en la sociedad, las reglas que a continuación se analizarán están llamadas a jugar un papel fundamental por lo que se refiere a la validez y eficacia de los documentos administrativos.

Por lo que se refiere al expediente administrativo, la especial exigencia del uso de medios electrónicos en la gestión documental ha supuesto

que, por primera vez, se haya recogido legalmente una definición legal básica de lo que debe entenderse por el mismo. En este sentido, el art. 70 LPACAP alude a él como el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Del mismo modo, establece una injustificable exclusión al señalar que no formarán parte del mismo «la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento».

Al margen de la novedad que supone esta regulación, lo cierto es que hasta la aprobación de la LAECSP ha existido una cierta despreocupación a nivel normativo por la regulación del expediente administrativo, de manera que solo al advertirse las dificultades tecnológicas para alterar las pautas tradicionales de ordenación, integridad y autenticidad de los documentos que lo integran y, en definitiva, de la serie ordenada de los mismos que componen el expediente, ha surgido el interés legal por abordar su disciplina. La nueva regulación básica ha optado por un modelo articulado en parámetros ciertamente distintos a los que, hasta ahora, habían basado la práctica administrativa, caracterizada por la centralización en la gestión y el carácter secuencial de los documentos, lo que nos podría llevar a pensar en la consagración de un nuevo modelo de expediente administrativo más que directamente en su desaparición. Nos encontramos, por tanto, ante la consecuencia de un nuevo modelo de gestión documental caracterizado por la dispersión de la información, que puede encontrarse en múltiples bases de datos cuyo control ya no depende en exclusiva del órgano o unidad administrativa bajo cuyo control y supervisión se tramita el procedimiento administrativo del que trae causa el expediente sino que, por el contrario, se trata de una responsabilidad también dispersa, cuya garantía se deja en gran medida reposar sobre la tecnología.

En este sentido, el art. 32 LAECSP había optado por un concepto legal que lo consideraba como «el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan», reconociendo expresamente la posibilidad de que un mismo documento forme parte al mismo tiempo de varios expedientes, previsión que no ha desaparecido del tenor literal del art. 70 LPACAP, lo que obedece a una cierta inercia que no termina de

asumir que se trata de en una concepción del expediente definitivamente superada por la tecnología. En definitiva, el legislador parece haber optado definitivamente por un modelo deslocalizado de gestión de la información y, por tanto, también de su manifestación documental que, por otra parte, ha perdido gran parte de su sentido tradicional de soporte de la información administrativa ya que, en definitiva, lo importante ya no es la constancia documental de la misma sino, más bien, su integridad y autenticidad. Como consecuencia inexorable, las garantías que tradicionalmente se habían articulado para el expediente administrativo han tenido que adaptarse a esta nueva realidad, desplazándose el núcleo de la regulación a este respecto en un doble sentido: de una parte, la responsabilidad en su generación y gestión ya no pertenece centralizadamente a un órgano o unidad administrativos y, de otra, las garantías en gran medida son de carácter tecnológico y no tanto de tipo organizativo.

Desde esta doble perspectiva se comprende mejor el alcance de algunas de las previsiones legales que contiene el art. 70 LPACAP que, por otra parte, pueden resultar un tanto sorprendentes en la medida que las expresiones utilizadas rememoran claramente un sistema de gestión de la información basado en el papel. En efecto, precisamente como consecuencia de tales características, el citado precepto exige que el expediente sea foliado utilizando al efecto un índice, cuya funcionalidad principal consistirá en asegurar la integridad del expediente y permitir su recuperación siempre que sea necesario. No obstante, las expresiones empleadas evidencian que, en última instancia, la finalidad principal de esta previsión entronca directamente con la disciplina «tradicional» del expediente administrativo en sede judicial, puesto que el art. 48.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que sea remitido «foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga». Ciertamente, habría sido preferible que la regulación procesal se hubiese adaptado a la nueva realidad tecnológica del expediente que asume la LPACAP, modificando el precepto transcrito en el sentido de exigir no ya el foliado a través de un índice sino, clara y abiertamente, la integridad y autenticidad de la información que integre el expediente y, asimismo, de la serie ordenada de todos y cada uno de los documentos.

Por otra parte, existe una importante novedad en el art. 70 LPACAP que, al menos en mi opinión, es claramente regresiva. En efecto, el art. 32 LAECSP permite expresamente que la remisión física del expediente sea sustituida por la simple puesta a disposición por medios electrónicos, medida que podría ser de gran utilidad para poner fin a una práctica admi-

nistrativa, ciertamente rechazable, que consiste en retrasar deliberadamente la remisión del expediente al órgano judicial o cumplir solo parcialmente con dicha obligación legal, generando nuevos retrasos a la dinámica del proceso contencioso-administrativo por cuanto impide al recurrente formalizar su demanda teniendo en cuenta todos los elementos de juicio necesarios para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, la puesta a disposición a que se refiere el art. 32.3 LAECSP no solo debe ser interpretada en el sentido de que su único destinatario es el órgano judicial sino que también cabría admitir que el ofrecimiento de acceso al expediente se otorgara directamente al recurrente o simultáneamente a ambos, quienes previa acreditación de su identidad podrían acceder a la totalidad de la información que lo integra. En consecuencia, desde esta perspectiva, la desaparición en la nueva regulación legal de la equiparación debe ser criticada, puesto que vuelve a dejar en manos de la Administración Pública el acceso al contenido del expediente, desapareciendo así la ventaja de la solución adoptada por el art. 32 LAECSP.

Por lo que se refiere a la garantía de integridad del expediente, la posibilidad de que se genere *a posteriori* había planteado serias dudas por cuanto impediría al ciudadano llevar a cabo un cierto control acerca de si la información que se ha incorporado es íntegra o, por el contrario, faltan algunos documentos, que podrían generarse tras la solicitud de acceso sin las garantías adecuadas en cuanto a la firma por quien en principio debería ser su autor. A este respecto, el art. 70 LPAC establece la necesidad de que se garantice la integridad e inmutabilidad del expediente, lo que habrá de facilitarse a través del denominado índice electrónico.

Finalmente, desde la perspectiva de la simplificación de la carga documental que pesa sobre los ciudadanos, la nueva regulación distingue dos supuestos y establece un régimen jurídico específico por lo que respecta al derecho a no presentar documentos relativos a los trámites y procedimientos. Así, en primer lugar y tal y como dispone el art. 28 LPACAP, cuando hayan sido elaborados por cualquiera de las Administraciones Públicas se presumirá que la consulta es autorizada por los interesados como regla general, de manera que salvo oposición expresa o previsión legal en contrario aquellas estarán obligadas a recabarlos a través de las redes corporativas o mediante consulta de las plataformas o sistemas habilitados al efecto. Asimismo, tal y como establece el párrafo 3º del propio art. 28.2 LPAC, cuando se trate de informes preceptivos que hubiesen sido elaborados por un órgano distinto al que tramita el procedimiento, su remisión habrá de producirse en el plazo de diez días. Ahora bien, una vez cumplido este plazo se contempla, con el fin de evitar más dila-

ciones, que se contacte con el interesado a fin de que este decida si aportarlo o, en su caso, esperar su remisión. Parece evidente que con esta previsión y la experiencia acumulada desde el año 1992 en relación con la aplicación práctica del derecho reconocido en el art. 35.f) LRJPAC en la mayor parte de los supuestos, en concreto cuando se trate de procedimientos de los que resulte un acto favorable, los interesados aportarán gustosamente dicho documento; incluso desde el inicio, a fin de evitar que una defectuosa técnica legislativa pueda generarles innecesarios perjuicios derivados del retraso en la tramitación del procedimiento.

En segundo lugar, cuando los datos o documentos ya hubiesen sido aportados con anterioridad, el derecho a no reiterar la presentación está condicionado a la carga de indicar el momento y el órgano ante el que se entregaron inicialmente, tal y como exige el art. 28.3 LPACAP. Al igual que sucede en el supuesto anterior, se presumirá que la consulta es autorizada *ex lege*, salvo que conste la oposición expresa o que una previsión legal —no bastaría, pues, un simple reglamento o acto administrativo— establezca la necesidad de consentimiento expreso. Ahora bien, de manera excepcional se habilita a las Administraciones Públicas para que, en caso de no poder recabar los citados documentos, soliciten al interesado su aportación. Nuevamente, salvo que la aplicación práctica de este precepto sea muy estricta, la regulación legal parece abocarnos a que la excepción pueda convertirse en regla general ante cualquier problema de funcionamiento y, en última instancia, a que los interesados decidan presentar directamente los documentos a fin de no tener que sufrir retrasos innecesarios.

En definitiva, la reforma sigue sin afrontar de manera precisa los supuestos en que no fuese posible obtener los datos o documentos requeridos ya que, aun cuando contempla que se puedan solicitar del interesado con carácter excepcional, no concreta las consecuencias jurídicas que se derivarían de una interpretación excesivamente laxa de la previsión legal a pesar de que, como viene demostrando la práctica, se ha venido abusando de este tipo de habilitaciones para dejar sin efecto el derecho a no presentar documentos. Más aún, admitiendo la concurrencia de circunstancias excepcionales, si el documento original que debiera presentarse estuviera en soporte papel se ha establecido una inadmisibles obligación al interesado de obtener una copia auténtica con carácter previo a su presentación (art. 28.4 LPACAP) cuando, en realidad, habría sido más funcional y coherente con el resto de la regulación encargar de dicha tarea al registro u oficina de atención donde se vaya a realizar la actuación de que se trate.

VI. VALORACIÓN FINAL

La reforma constituye en ciertos aspectos un destacado intento por reforzar la seguridad jurídica en orden al impulso de la Administración electrónica, sobre todo por lo que se refiere a la resolución de varios aspectos problemáticos. En este sentido, se han intentado clarificar algunas de las ambigüedades e insuficiencias de la regulación de 2007, en especial en lo que atañe a la exigibilidad de los derechos en los ámbitos autonómico y local, así como al establecimiento de una mayor flexibilidad para afrontar algunas de las principales dificultades que se han detectado en la práctica administrativa, tal y como sucede singularmente con la identificación y la firma electrónica o con la eficacia de los documentos. Por otra parte, la reforma intenta reconducir la gestión administrativa al medio electrónico, proponiendo medidas normativas dirigidas a la supresión —o al menos a la drástica reducción— del soporte papel, llegando hasta el punto de exigir la digitalización de los documentos y solicitudes que consten en dicho soporte.

Sin embargo, desde la perspectiva de las posibilidades de transformación que ofrece la tecnología, debe advertirse que la nueva regulación se ha planteado sustancialmente a partir de la mera evolución y adaptación del marco normativo anterior, limitándose en gran medida, de una parte, a refundir en un solo texto legal —la LPACAP— las previsiones de la LRJPAC y la LAECSP sobre procedimiento administrativo y, de otra, a separar en dos textos legales los aspectos relativos a las relaciones con los ciudadanos —LPACAP— y los que, por el contrario, plantean una dimensión más claramente interna —bajo la denominación de LRJSP—; al menos tal y como se afirma en las respectivas memorias y preámbulos. En consecuencia, podemos afirmar con carácter general que, aun reconociendo algunas novedades relevantes —algunas ciertamente singulares, como la admisión de los plazos por horas y la consideración de los sábados como inhábiles— la reforma proyectada en el ámbito de la Administración electrónica se limita en gran medida a consolidar un modelo de gestión ya existente y que, en gran medida, está en el origen de algunos de los principales problemas de eficacia y eficiencia que impiden la definitiva modernización de la actividad administrativa y las relaciones con los ciudadanos.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
--------------------	---

Felio José Bauzá Martorell

Coordinador de las Jornadas

PANORÁMICA GENERAL DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	9
--	---

Juan Alfonso Santamaría Pastor

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

I. Sorpresa y enfado	9
II. La crítica a la división de textos	10
III. La crítica a la focalización <i>pro administratione</i>	11
IV. La crítica a las microrreformas	13
V. ¿Qué instituciones habría que reconsiderar a fondo?	14
VI. ¿Cómo habrían de abordarse estas reformas?	16
VII. Y otras reformas pendientes	17
VIII. Conclusión	20

LAS GARANTÍAS DE LOS PARTICULARES EN LA LEY 39/2015, DE 1 DE OCTUBRE	23
---	----

José María Baño León

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

I. La sombría permanencia de una inercia autoritaria	23
II. Las garantías amenazadas	24

III. Novedades de la Ley en las fases del procedimiento	30
IV. La potestad de revisión. La posibilidad de suspensión administrativa de actos declarativos de derechos en el procedimiento de lesividad	37
V. El inmovilismo en el régimen de recursos. Referencia a algunas mejoras mínimas	39
VI. La garantía contenciosa y la regulación del expediente administrativo	41

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LAS LEYES 39 Y 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE

Avelino Blasco Esteve

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de las Illes Balears

I. Consideraciones generales	47
II. Responsabilidad del Estado legislador o responsabilidad derivada de leyes	47
III. Responsabilidad por daños causados a terceros en la ejecución de contratos	75
IV. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas	75
V. Indemnización	76
VI. Responsabilidad de Derecho Privado	77
VII. Exigencia de responsabilidad a autoridades y personal de la Administración	85
VIII. Procedimiento administrativo de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial	85

NOVEDADES E INTERROGANTES EN LA NUEVA REGULACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Tomás Cano Campos

Profesor titular (acreditado catedrático)
de la Universidad Complutense de Madrid

I. Introducción	93
II. El procedimiento de elaboración: un legislador autista	94
III. Una regulación fragmentaria, insuficiente y parcial	95
IV. Algunas mejoras técnicas	98
V. Reformas discutibles	99

VI. Algunos interrogantes de la nueva regulación	101
VII. Conclusión: la necesidad de una ley general	103

LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN	105
--	-----

Julián Valero Torrijos

Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Murcia

I. El contexto general de la reforma de 2015	105
II. Principales novedades en cuanto al régimen jurídico del sector público	107
III. El uso de medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos colegiados	108
IV. Las novedades en materia de procedimiento administrativo común	111
V. La nueva regulación sobre la gestión documental	118
VI. Valoración final	128



G CONSELLERIA
O PRESIDÈNCIA
I INSTITUT ESTUDIS
B AUTONÒMICS
/