



CATEDRA JOAQUIN RUIZ-GIMENEZ
DE ESTUDIOS
SOBRE EL DEFENSOR DEL PUEBLO

**Ciudadanos y reforma
administrativa**

*Jornadas celebradas los días
27 y 28 de junio de 1994*

CIUDADANOS Y REFORMA
ADMINISTRATIVA

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
Cátedra Joaquín Ruiz-Giménez de estudios
sobre el Defensor del Pueblo

CIUDADANOS Y REFORMA ADMINISTRATIVA

Jornadas celebradas los días 27 y 28
de junio de 1994, en la Sede
de la Universidad en Getafe

Madrid, 1995

ISBN: 84-87182-21-6

Depósito legal: M. 22.449-1995

Fotocomposición e impresión: Closas-Orcoyen, S. L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
APERTURA	13

PONENCIA I

EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DESDE LA APLICACION DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN: LA EXPERIENCIA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, por Margarita Retuerto Buades	17
I. INTRODUCCION: Los retos de la Administración pública contemporánea	21
A. ¿Una nueva fuente de legitimidad para la Administración pública?	23
B. Las nuevas relaciones ciudadano-Administración ...	27
C. La «eficacia», parámetro modelador de la actuación administrativa	28
D. La privatización: ¿una alternativa adecuada?	32
II. CRISIS DEL SECTOR PUBLICO Y REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	40
A. La seguridad jurídica como un parámetro necesario de la acción del legislador al conformar los procedimientos de actuación de la Administración pública.	41

	<u>Págs.</u>
B. La influencia del Derecho europeo en la reforma del procedimiento administrativo	45
C. La eventual crisis de las formas clásicas de nuestro Derecho administrativo	47
III. LA REFORMA PROCEDIMENTAL DE 1992 Y SU RESPUESTA A LOS RETOS PLANTEADOS.....	49
A. La trascendencia de la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo desde la perspectiva del Defensor del Pueblo	50
B. Las quejas más frecuentemente planteadas ante la institución del Defensor del Pueblo en esta materia	51
C. Una exposición de urgencia —sin la necesaria experiencia y perspectiva del tiempo— de los puntos más preocupantes que plantea la LRJPAC desde un enfoque de los derechos del ciudadano en el procedimiento administrativo	56
IV. REFLEXION FINAL	68

PONENCIA II

TRANSPARENCIA Y PARTICIPACION EN LA ADMINISTRACION PUBLICA ESPAÑOLA, por Gaspar Ariño Ortiz	69
I. INTRODUCCION	71
II. EL MITO DEL INTERES PUBLICO	81
III. EL DERECHO A CONOCER.....	85
IV. TRANSPARENCIA Y PARTICIPACION EN LA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO	89
A. Sobre el concepto de interesado.....	92
B. El llamado «Decálogo de los derechos administrativos»	93
C. Especial consideración del derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos	95
D. Motivación del acto administrativo	98
E. La audiencia del interesado	99
F. La información pública	99
G. Participación ciudadana en la elaboración de disposiciones de carácter general.....	101
H. La terminación convencional del procedimiento	101
COLOQUIO.....	105

PONENCIA III

EL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO (SILENCIO, PRESCRIPCIÓN...), por Alejandro Nieto.....	139
I. INCIDENCIA DEL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	141
II. INACTIVIDAD DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO	142
1. Procedimientos instados a solicitud del interesado.	143
2. Procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos	144
III. INACTIVIDAD PROCEDIMENTAL DE LA ADMINISTRACION.....	145
1. Efectos procedimentales	146
2. Efectos de responsabilidad personal.....	146
IV. EL LLAMADO SILENCIO ADMINISTRATIVO.....	146
1. Introducción.....	146
2. La obligación de resolver.....	147
2.1. La obligación.....	148
2.2. Plazo	148
2.3. Responsabilidad	149
3. Actos presuntos	149
3.1. Diferentes soluciones	149
3.2. Silencio positivo	150
3.3. Silencio negativo	151
3.4. Silencio irrelevante o estéril	152
3.5. Relación de procedimientos.....	152
4. La certificación	152
4.1. Naturaleza	152
4.2. Peticionarios.....	153
4.3. Plazo para solicitar la certificación	154
4.4. Frustración de la petición.....	154
4.5. Pretensión complementaria	154
4.6. Órgano certificador	154
4.7. Plazo para certificar	155
4.8. Responsabilidad	155
4.9. Plazo para recurrir.....	155
4.10. Acto presunto no certificado	156

	<u>Págs.</u>
V. LOS PROBLEMAS MAS GRAVES	156
1. Ejemplo del artículo 35.g)	157
2. Ejemplo del artículo 35.f)	158
3. Derechos cuya efectividad está en manos del interesado	158
4. Derechos cuya efectividad está en manos de la Administración	158
COLOQUIO	161

PONENCIA IV

DERECHO SANCIONADOR Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION EN LA LEY 30/1992, DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN, por Eduardo García de Enterría	187
COLOQUIO	215

PONENCIA V

EL REGIMEN DE LOS ACTOS Y LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN, por Miguel Sánchez Morón	249
I. INTRODUCCION. SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA Y LA LEY 30/1992	251
II. EL REGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	256
1. Alcance de la reforma legal sobre la materia	256
2. Motivación de los actos	257
3. Notificación y publicación de los actos	259
4. Nulidad y anulabilidad	261
5. Revisión de oficio	265
6. Terminación convencional.....	267

	<u>Págs.</u>
III. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.....	272
1. Consideraciones generales.....	272
2. El recurso ordinario.....	275
3. La supresión del recurso de reposición	277
4. Procedimientos alternativos al recurso ordinario: conciliación, mediación, arbitraje y reclamaciones ante comisiones no sometidas a instrucciones je- rárquicas.....	278
COLOQUIO	281
Relación de participantes	321
Indice de intervenciones	325

APERTURA

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Catedrático de Derecho Financiero y Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, de la Universidad Carlos III de Madrid)

Vamos a comenzar las Terceras Jornadas de la Cátedra Ruiz Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo, que, como seguramente todos ustedes saben, en colaboración con la Universidad Carlos III, que es especialmente satisfactoria para esta Universidad, viene desarrollando distintas actividades de estudio sobre diversos temas que han dado lugar ya a algunas publicaciones de las que creo que todos los que participamos en representación de las distintas instituciones que han tenido ocasión de asistir a estas jornadas, podemos sentirnos legítimamente orgullosos.

Y para estas Terceras Jornadas, el tema seleccionado por la comisión de la Cátedra Ruiz Giménez ha sido el de «Ciudadanos y Reforma Administrativa».

La operativa con la que vamos a funcionar va a ser exacta, la misma que hemos mantenido a lo largo de todos estos años. Comenzaremos con la ponencia que va a correr a cargo de la Defensora del Pueblo y vamos a realizar una pequeña alteración del orden previsto, en lugar de que tras esa primera ponencia pasáramos a celebrar un coloquio, una mesa redonda sobre la materia objeto de su exposición, hemos creído conveniente; para evitar solapamientos —que sin duda terminarían por producirse—, pasar seguidamente a la exposición de la ponencia que, sobre técnicas de transparencia ad-

ministrativa y la participación de los ciudadanos, va a desarrollar el profesor Ariño; para realizar después un coloquio conjunto sobre ambas ponencias.

En nombre de la Universidad tengo que dar las gracias a la Defensora del Pueblo, en este caso, a la institución del Defensor del Pueblo, por la colaboración, siempre grata, que mantiene con nosotros. Y a todos los participantes, destacadamente al profesor Ariño que va a desarrollar la segunda de las ponencias, y a todos ustedes por su presencia.

A efectos del coloquio, aunque lo reiteraré luego para que no haya confusiones, en la medida que las sesiones van a ser grabadas para los efectos de la posterior publicación, les rogaría que antes de tomar la palabra se identificaran, con el fin de que, al efectuar la transcripción de las ponencias, dispusiéramos de los datos de todos los intervinientes.

Sin otro particular, reiterando el agradecimiento a las personas que van a intervenir en esta sesión, tienen la palabra para la primera ponencia la Defensora del Pueblo, D.^a Margarita Retuerto.

PONENCIA I

EL FUNCIONAMIENTO
DE LA ADMINISTRACION
DESDE LA APLICACION DE LA
LEY DE REGIMEN JURIDICO
Y DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO COMUN:
LA EXPERIENCIA
DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

MARGARITA RETUERTO BUADES

Se nos ha pedido al Defensor del Pueblo, y a mí concretamente, como Adjunta primera y Defensora en funciones, que asumamos la ponencia que abre estas Jornadas sobre «Ciudadanos y Reforma Administrativa» y tan sólo el título ya me sugiere que la forma de abordar esta ponencia, y con ella las Jornadas, es que nos situemos en la perspectiva del ciudadano para analizar esta reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 cuyo autor, seguramente, nunca pudo pensar que con ocasión de su reforma se oyesen tantas loas y cánticos a sus virtudes. Seguramente pasa aquí como con los grandes hombres, que sólo después de fallecidos sabemos reconocer sus méritos.

Asumo esta ponencia como un reto, un reto colectivo fruto del esfuerzo personal de todos los que trabajamos con mejor o peor fortuna, pero con absoluta dedicación en la institución del Defensor del Pueblo. Para ello he elegido un sistema de trabajo innovador.

Presentaré esta comunicación, fruto de muchas deliberaciones tanto con los juristas de la institución como del diálogo con el mundo académico y científico, asumiendo su defensa y desarrollo conjuntamente con todos los asesores responsables de área que forman el cualificado equipo de la institución que ahora represento.

Desde esta perspectiva, quiero aprovechar la ocasión que me brindan estas Jornadas, que reúnen a un cualificado auditorio, para que podamos hacer algún tipo de análisis y de reflexión sobre esas reiteradas palabras: «Reforma», «Modernización», «Transformación» que, tan a menudo, oímos en discursos, análisis, escritos..., en cuya raíz está la reforma de

esta ley y que, aparentemente, inspiran la filosofía de la misma y el impulso reformador que la acompaña.

Creo, con el más firme convencimiento, que en la actualidad los poderes públicos, la doctrina científica y la jurisprudencia deben dar respuestas y alternativas a ese movimiento, común por otra parte en los países de nuestro entorno que, amén de garantizar los principios tradicionales de nuestro Estado de Derecho, pretende abordar los requerimientos de una Administración, que en sus pautas tradicionales de actuación parece haber perdido la capacidad de respuesta y solución a los problemas que plantea la vida en común.

Es por ello que, desde ahora, invito a tan distinguido auditorio a que abordemos unas discusiones constructivas, críticas, pero, en cualquier caso, que permitan aportar algunos elementos más al debate que ahora, y seguramente en los próximos años, seguirá impulsando un esfuerzo de personas reflexivas como las que hemos conseguido reunir en este foro. Permítanme, pues, invitar, desde este momento, a que huyamos de ese espíritu fácil denunciado por Balmes en sus escritos políticos cuando decía que «no es muy difícil atacar las opiniones ajenas, pero sí el sustentar las propias; porque la razón humana es tan débil para edificar como formidable ariete para destruir».

Desde esta perspectiva, he preparado esta intervención haciendo unas iniciales reflexiones sobre los interrogantes y los retos que plantea para la Administración dar un auténtico servicio al público, responder con eficacia y eficiencia a los problemas del ciudadano y acercar a éste, realmente, el debate convirtiéndolo en un sujeto activo de la sociedad, sin renunciar a exponer, junto a los problemas habitualmente planteados a esta institución, una serie de puntos que el análisis de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común nos suscita desde nuestro trabajo diario para atender al ciudadano, aunque verdaderamente no se puede decir que tengamos la suficiente perspectiva que permita realizar este análisis con suficientes elementos dada la falta de desarrollo de la ley en relevantes aspectos.

I. INTRODUCCION: LOS RETOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA CONTEMPORANEA

La sociedad se caracteriza cada vez más por la complejidad en la que de forma creciente se desenvuelve la vida de los individuos y de las organizaciones en que éste se integra. El progreso tecnológico, la presión social en demanda de nuevos productos y servicios y de unas formas de gestión más abiertas y democráticas, la multiplicación de los intercambios y de los canales de distribución, la diversificación de las actuaciones del Estado en ámbitos cada vez más lejanos de la tradicional esfera de lo administrativo, el progresivo proceso de unidad europea, la definitiva consolidación del funcionamiento del Estado de las Autonomías, el robustecimiento de los poderes locales y, finalmente, entre otras causas, las crecientes demandas de los ciudadanos de una mayor extensión y calidad de los servicios públicos han conducido a una sociedad extremadamente difícil de administrar y han obligado al Estado, de una forma quizás más brusca en el caso español, a incrementar y diversificar su presencia en todos los ámbitos de la actividad en un proceso lógico de adecuación a las nuevas circunstancias.

Se constata, asimismo, que el sector público, de forma especialmente relevante en las últimas décadas, ha experimentado en casi todos los países aunque por razones en cada caso singulares un crecimiento importante, basado en la idea de atender más ámbitos y con mayor calidad; crecimiento que ha llevado aparejado, en multitud de casos, una ineficacia unánimemente reconocida, un despilfarro importante de medios y un crecimiento del gasto público improductivo que han terminado por resquebrajar la idea «angelical» de identificación —casi automática— de lo público con valores como la generosidad y la solidaridad. Muy al contrario, en multitud de campos, el sector privado ha demostrado la capacidad de prestar servicios públicos con calidad contrastada y con costes similares, cuando no más reducidos, que el propio sector público.

Simplemente, para hacernos una idea de la magnitud de este proceso de incremento de la presencia del Estado en la sociedad durante las últimas décadas, baste señalar que la relación Gasto Público/PIB en España ha crecido en el período 1977-1988 quince puntos, del 27 al 42 por 100 en términos porcentuales.

La Administración pública, consecuente con esta presencia del Estado en la sociedad, ha experimentado un cambio considerable (en sus funciones, en su estructura territorial y funcional, en su complejidad, en el ejercicio de sus potestades...), pero las líneas generales de su organización y de sus procedimientos no se han adaptado igualmente a la situación cambiante que la sociedad actual presenta ¹.

La Administración y la sociedad, sin embargo, como han puesto de relieve autores como Forsthoff, García Pelayo o Parejo Alfonso, han llegado a ser interdependientes y no suponen fenómenos paralelos, sino, más bien, imbricados e interrelacionados entre sí cada vez más fuertemente. Dicho fenómeno ha llevado aparejado que, de un lado, los ciudadanos, e incluso las empresas, dependan de las prestaciones administrativas en materia de salud, educación, asistencia social..., y de otro, debido a la excesiva normación existente en nuestra sociedad, que los ciudadanos dependan cada vez más de autorizaciones y actuaciones de la Administración pública y, consiguientemente, de la eficiencia y calidad de ésta en la gestión de sus procedimientos de actuación.

Precisamente, por lo anteriormente expuesto, nuestra Administración ha tenido que diversificar sus actuaciones alejándose cada vez más de la tradicional esfera de lo administrativo para convertirse, básicamente a los ojos de los ciudadanos, en un conjunto de organizaciones que prestan servicios esenciales para la ciudadanía y la vida en sociedad.

En efecto, la fuerza, la capacidad de coacción y de influencia que acumula el Estado a fines del siglo XX, carece de precedentes en la historia moderna y, lo que es más importante, la práctica totalidad de este poder se concentra en

¹ Informe OCDE, *La Administración al servicio del público*.

manos de los respectivos Gobiernos y Administraciones; los restantes poderes del Estado, por relevantes que sean en el plano cualitativo, son sumamente débiles en el plano de los medios, de los hechos y de sus posibilidades de actuación, dependiendo de la Administración, casi por completo, para la adecuada efectividad de sus acciones y decisiones. En una palabra, como se repite por la doctrina, se ha pasado de un Estado legislativo, propio de un Estado liberal, a un Estado administrativo que presta numerosos servicios a los ciudadanos, a veces, en competencia con empresas privadas en el marco del mercado.

Esta panoplia de causas, diversas y complejas, a las que antes nos referimos, exigen, sin duda, mejorar la organización y el funcionamiento de nuestra Administración.

A. ¿UNA NUEVA FUENTE DE LEGITIMIDAD PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

En el Estado-Policía, propio de la etapa liberal, el actuar público se caracterizaba y justificaba en base al origen electivo de la soberanía que dotaba de fundamento a la potestad pública y a los privilegios del Estado en su actuación. Posteriormente, el Estado-Providencia buscará la legitimidad en la finalidad de su actuación ², pero ¿es posible mantener actual-

² En la profundización de esta teoría encuentra algún sector doctrinal la fórmula de superar las tensiones a que se ve sometido el Derecho administrativo actual. Véase, en este sentido, MARTINEZ MARIN, A., «La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española», *Rica*, núm. 3, 1989, págs. 280-281, donde expone: «Sí está en crisis, sin embargo, el buen funcionamiento de los servicios públicos en nuestro país del actual Estado de Derecho social y democrático. Y esta funcionalidad servicial es motivada en buena medida por una mayor sensibilidad social, ¿cuándo ha funcionado bien el ferrocarril en España?, ¿cuándo no ha sido lenta la justicia en España?, deslegitima en mayor o menor medida al mismo Estado constitucionalizado. Ahora bien, esta insuficiencia evidenciada en los comienzos del nuevo régimen jurídico sólo posibilita, en rigor, afirmar que es de desarrollo y de perfección. No obstante, también el buen funcionamiento —continuidad y regularidad— es un principio jurídico del servicio público y en la medida que se quebranta responsabiliza y deslegitima al mismo Estado servicial en cuando se muestra incapaz de satisfacer las necesidades públicas comprometidas. En

mente estos fundamentos de legitimidad en la actuación de los entes públicos? o, por el contrario, ¿nos enfrentamos a una crisis de legitimidad del sector público y, sobre todo, de sus procedimientos de actuación?

En este sentido, se ha producido una evolución importante en la consideración del Estado, y consiguientemente de su Administración, desde los ojos de los ciudadanos: no basta ser electo y gozar de la legitimidad que proporciona el sistema democrático para justificar cualquier acción de gobierno que despliegue sus efectos frente a la ciudadanía. El ciudadano exige, en forma creciente, participar en la adopción de decisiones y que sus representantes sean, además de esto, buenos y transparentes administradores ³.

este momento debemos afirmar con Ramón MARTINEZ MATEO que el "Estado del Bienestar no se encuentra en trance de liquidación".

Este último dato social ha de incidir y animar aún más —ya lo está haciendo— a los juristas a continuar la evolución de la teoría del servicio público.»

En torno a las perspectivas del concepto de servicio público y su funcionalidad, tras la Constitución española de 1978, son de obligada consulta: ARIÑO ORTIZ, G., «El servicio público como alternativa», *REDA*, núm. 33, 1979; VILLAR EZCURRA, J. L., *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid, 1980; DE LA CUETARA, J. M., *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983; SERRANO TRIANA, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado Bienestar*, Madrid, 1983; MARTIN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, núms. 100-102, 1983, y FERNANDEZ GARCIA, J. J., *Definición de servicio público: su aplicación al problema del gas*, Pamplona, 1984.

³ Hace casi veinte años y en el momento de tránsito de España hacia un sistema democrático, NIETO, siempre atento a los problemas que presenta el Derecho administrativo, entendió que el núcleo de la problemática se centraba en la falta de reconocimiento de intereses colectivos, como medio de superar la dicotomía entre el interés público y el privado. Señalaba NIETO, en este sentido, *La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo*, pág. 897, que: «¿Qué sucede aquí? Pues, sencillamente, que los intereses colectivos —tan respetables o más que los individuales— aun en el supuesto de que estén reconocidos en las normas, carecen de verdadera operatividad jurídica. Y la razón es muy sencilla: el Derecho administrativo, salvo excepciones, sólo reconoce y sólo se extiende a los derechos individuales o a la suma de ellos. Más allá de esta frontera empieza lo político, en cuyo terreno no se decide a entrar. La insuficiencia de este planteamiento es obvia, y más cuando lo político es una zona también exenta a la penetración democrática, coto cerrado de quienes dominan formal o informalmente el poder sin responsabilidad de ninguna clase.»

En estos momentos, el problema planteado parece mantenerse y, de alguna manera, su planteamiento es más radical: ¿sirven las estructuras administrativas y sus procedimientos de actuación para una gestión adecuada de los intereses públicos sean o no colectivos?

Los distintos retos planteados por la sociedad tecnológica e industrial de nuestros días no parecen encontrar una respuesta adecuada en los cánones tradicionales y en los procedimientos clásicos de actuación de nuestras Administraciones públicas. Dicha concepción tradicional, aún subsistente en nuestra legislación, se ve, sin embargo, fuertemente contestada en la actualidad, no sólo por las tendencias existentes en los ordenamientos públicos anglosajones dirigidas al establecimiento de un Estado formal de derecho que establezca unas garantías procesales, sino, también, por la importancia creciente que el factor «tiempo» y su gestión —*timed-base-management*— han adquirido en nuestros días⁴. Es evidente que la Administración pública ha de acompañar sus procedimientos de actuación a la sociedad en la que se desenvuelven y a la que sirve y, consiguientemente, responder, en «tiempo», a las necesidades que marca ésta.

De esta forma, e intentando responder a este vacío entre las expectativas que los ciudadanos tienen del sector público y las prestaciones que éste puede efectivamente ofrecer, en casi todos los países se ha abandonado el concepto tradicional de reforma administrativa, pues dicha idea se plasmó, en la década de los sesenta y setenta en casi todos los casos, en el intento de cambio de nuestra Administración mediante la promulgación de una norma legal que, a modo de bálsamo de fierabrás, serviría para dar solución a los problemas que aquejan a nuestro sector público. Hoy se habla en nuestro país de

⁴ En torno a dicho tema, la tensión entre los procedimientos administrativos tradicionales y el necesario reconocimiento del tiempo como un factor decisivo en la configuración de los mismos, puede verse el trabajo de BULLINGER, M., «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)», REDA, núm. 69, 1991, págs. 5 y sigs., donde el autor diseña y propone diversos instrumentos —Gestor de Proyectos, procedimiento consensuado...— en orden a dar una respuesta a la celeridad que caracteriza la sociedad de nuestros días.

modernización administrativa y en otros países se adopta otra denominación: estrategia de eficiencia en el Reino Unido, renovación del sector público en Francia y Suecia, desburocratización en Alemania... Pero tampoco, a nuestro juicio, es una cuestión de nombres. Lo realmente importante es que implique una transformación auténtica del sector público que dé respuesta a las demandas que, en los albores del siglo XXI, demanda nuestra sociedad ⁵.

Algunos autores han propuesto así, como alternativa a esta crisis en la legitimidad de las organizaciones públicas ⁶, la calidad de los métodos que han de ser empleados en la gestión pública. Se habla de racionalización de la gestión y participación de los ciudadanos como claves para el reencuentro de la legitimidad administrativa. Como consecuencia de ello se proponen una serie de medidas para lograr la legitimidad del actuar administrativo: utilización de las ciencias sociales, utilización de las técnicas del marketing, constitución de comités de usuarios, preocupación por la adaptación del servicio público a las necesidades de los usuarios, etc. ⁷. Pero ¿basta, sin más, la traslación de técnicas y medios de gestión al sector público para un reencuentro de éste con los ciudadanos?

⁵ En realidad, no puede olvidarse que estos procesos de racionalización del sector público tienen, asimismo, un fuerte componente económico basado en la necesidad de limitar el crecimiento de la Administración e, incluso, limitar su tamaño relativo en relación a la sociedad. De esta forma, en la actualidad, la expansión ilimitada del sector público determina, casi ineludiblemente, el crecimiento de los impuestos y la financiación del déficit público mediante el crédito y, junto con ello, los efectos negativos subsiguientes sobre la creación de empleo, la inversión productiva, la tasa de ahorro y el alza de los tipos de interés.

De otro lado, el renovado bagaje ideológico neoliberal que se produce en el Reino Unido, Alemania, Japón, Bélgica..., en la década de los setenta y ochenta, aporta el soporte ideológico y político a la necesidad de reducir el peso del sector público en la sociedad.

⁶ Los teóricos del estudio organizacional ponen el acento, en el caso de la empresa privada, en la necesidad de que ésta se abra a su entorno y que exista un intercambio constante entre la organización y su entorno. Puede consultarse por todos, en este sentido, KATZ y KAHN, *The Social Psychology of Organizations*, Londres, 1966, y LAWRENCE y LORSCH, *Organization and environment*, Harvard, 1967.

⁷ LAUFER, R., y BURLAUD, A., *Dirección pública...*, *op. cit.*, págs. 43 y sigs.

B. LAS NUEVAS RELACIONES CIUDADANO-ADMINISTRACIÓN

En el comienzo de la década de los noventa, y frente a los nuevos retos industriales, económicos y culturales, avanza una sensibilidad social que pide profundizar los cambios en la Administración y los servicios públicos, de forma que se conviertan en el instrumento eficaz para desarrollar las políticas públicas y satisfacer las demandas sociales sobre la base de nuevos componentes:

— La mejora del servicio, de forma que sea más accesible, ágil y humano.

— La reforma de las estructuras y de los sistemas, de modo que representen la forma más eficaz y eficiente de atender los problemas y ordenar las responsabilidades y tareas.

— El aumento de la productividad, como resultado del mejor dimensionamiento, cualificación y distribución de los recursos, el óptimo aprovechamiento de las tecnologías, bajo una exigencia permanente de contención del gasto público.

Con estos parámetros y exigencias, propias de la sociedad y el Estado en que vivimos, la Administración tiene que caminar hacia un nuevo modelo cuyas características, según se recoge en los estudios más avanzados, sean:

— Abierta al entorno, es decir, receptiva para captar la variedad de oportunidades y recursos existentes.

— Flexible, para adaptarse al cambio acelerando con la velocidad adecuada para dar respuesta a los retos que la sociedad plantea.

— Participada, en cuanto al compromiso de todos sus miembros con los objetivos generales de la organización.

— Autónoma, en cuanto a no desviarse de su obligación de producir el beneficio económico o social esperado.

— Gestionada por objetivos en los que la productividad ha de figurar en los primeros puestos, sin olvidar los compromisos relativos a lograr la satisfacción de los ciudadanos.

Se plantea, por tanto, en la actualidad, el reto de que la Administración sea eficiente y mejore la calidad de sus servicios. La Administración, se exige por el ciudadano, ha de estar más en contacto con el público, ha de ser más servicial; en fin, ha de responder a las exigencias que la sociedad actual le plantea y que nosotros, todos nosotros, exigimos, con total legitimidad, a nuestros gestores.

En este sentido, un reciente informe de la OCDE, «La Administración al servicio del público», ha puesto de relieve los requerimientos de la Administración en el contexto actual ⁸ y, por supuesto, parece que esos condicionantes exigen a nuestra Administración pública realizar una seria reflexión sobre sus procedimientos de actuación y, realizada ésta, adecuarlos necesariamente a los ciudadanos.

C. LA «EFICACIA», PARÁMETRO MODELADOR DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

La Administración pública de finales del siglo XX es, sin duda, y en muchos casos por los motivos anteriormente expuestos, una organización determinada por un parámetro esencial: la eficacia. En efecto, la modulación que en la definición del Estado introduce su consideración como social obliga a una especial reflexión en torno a este principio de actuación de nuestra Administración pública recogido en el artículo 103 CE. Ya aludimos, en un apartado anterior, a la crisis de legitimidad que la actuación del Estado encontraba en la actualidad. La Administración pública de nuestros días, por el contrario, se encuentra sometida a la necesidad de ser una Administración eficaz y, en tanto en cuanto su actuación lo sea, en esa medida el ciudadano y la sociedad encuentran causas suficientes para aceptar el papel del poder público en la sociedad.

⁸ Precisamente, el informe destaca que la institución del Defensor del Pueblo, refiriéndose al caso de Suecia, ayuda a llevar a buen término las quejas y favorece la mejora del funcionamiento de la Administración.

La Constitución española de 1978, preocupada por dicha situación, ya aludió la necesidad de superar una actuación formal de los poderes públicos. Al respecto, el artículo 9.2 CE ordena una actuación dirigida a hacer real y efectiva la igualdad y la libertad, se preceptúa en el artículo 24 CE una tutela judicial efectiva, se requiere por el artículo 138 CE que se produzca una realización efectiva del principio de solidaridad... y éstos y algunos otros ejemplos, también recogidos en el texto constitucional, ponen de manifiesto, en una primera lectura, la orientación que a la actividad del Estado y, por ende, a la de nuestra Administración marca este principio.

La importancia del mismo, como configurador de la organización y el actuar de nuestra Administración, ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional que, en la sentencia 178/1989, de 2 de noviembre, declaraba:

«Si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente.»

y, añade el Tribunal, en deducción lógica con lo expuesto que el principio debe ser considerado como un principio ordenador esencial ⁹.

⁹ PAREJO ALFONSO, L., «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, págs. 23 y sigs., alude a que, en un análisis de la jurisprudencia constitucional, se pueden extraer una serie de consecuencias que concretiza en las siguientes: a) El principio consagra un bien o interés jurídico integrado en el orden constitucional material de valores y principios, incluidos los superiores; integración en la que juega una función servicial dirigida a asegurar el cumplimiento o realización reales y efectivos de dicho orden. b) El principio tiene contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, por lo que su concreción queda remitida al legislador en el curso del proceso de desarrollo de la norma fundamental. c) El principio se traduce en

En este sentido, Parejo Alfonso ha señalado que «el Estado se encuentra, así, enfrentado a un reto de adaptación a la realidad social, que demanda una racionalidad estatal distinta a la vigente y formalizada y que es la que el Estado sigue encarnando», aunque existe un poderoso factor de distorsión, sigue diciendo el autor anterior, «derivado de la combinación de la lentitud en la reconstrucción del sistema estatal (fuertemente lastrado por la inercia de los esquemas y categorías en que se ha ido decantando el Estado de Derecho primero y el Estado social de Derecho después), de un lado, y la dinamicidad de la evolución económico social... se explica así —según este autor— el deterioro continuo del prestigio de la cultura de lo público... Tanto o, incluso, más que la corrección jurídica de la acción estatal importa su eficaz gestión, sus resultados reales o fácticos medidos en términos de eficacia»¹⁰.

Sin duda que, en relación con el citado principio, el problema fundamental viene dado por su eventual colisión con las garantías jurídicas de protección al ciudadano que ha supuesto la construcción de un Estado de Derecho en el que el maquiavélico paradigma «el fin justifica los medios» no pue-

cualquier forma en un deber jurídico a cargo de la Administración pública, de todas y cada una de las Administraciones públicas. *d)* El contenido del principio de eficacia alcanza: 1) la organización misma de la Administración, incluida la de sus medios personales, es decir, del estatuto de los empleados públicos; 2) el régimen jurídico determinante del estatuto general de la acción de la Administración en cuanto poder público y, concretamente, las potestades generales de la misma atribuidas; 3) extensión del ámbito del principio más allá de la organización y la acción de cada una de las Administraciones individual e independientemente consideradas, para extenderse al entero poder público administrativo, al conjunto de las Administraciones públicas.

¹⁰ PAREJO ALFONSO, L., «La eficacia como principio jurídico...», *op. cit.*, págs. 16 y sigs. El mismo autor ha subrayado la importancia del principio de eficacia en *Estado Social...*, *op. cit.*, págs. 143 y sigs. y donde el autor subraya cómo los principios de eficacia y coordinación «son... de alcance general por excelencia, de modo que puede decirse que son los que están al servicio de la reconducción a unidad del complejo mundo de los entes administrativos. Y tienen ese alcance general, porque se trata de principios de la Administración en sentido dinámico (y no meramente estático), es decir, de la Administración como resultado de las relaciones intersubjetivas entre estos entes públicos y como complejo *ad extra*, frente y para los ciudadanos».

de encontrar acomodo. Por ello, la consagración de los principios de eficacia y eficiencia no puede significar un grado menor de protección jurídica, ni cabe plantear un posible conflicto entre legalidad y eficacia; simplemente no son bienes jurídicos contrapuestos. Precisamente, una de las condiciones de eficacia, en el caso de las Administraciones públicas, será ser escrupulosas con el diseño constitucional del poder y de la legalidad vigente y, sólo en este sentido, cabe interpretar la dicción del artículo 103 CE cuando somete plenamente la actuación administrativa, presidida por la eficacia, a la Ley y al Derecho ¹¹.

La realidad es que, fruto precisamente de conseguir una Administración más eficaz ¹², se está produciendo en los momentos actuales un fenómeno de cierta importancia en torno a la configuración de nuestra Administración: la creciente utilización por la Administración pública de formas jurídicas de Derecho privado. La clave de respuesta a dicho fenómeno radica, precisamente, a nuestro juicio, en encontrar el necesario equilibrio entre el principio de eficacia de la Administración pública y un Derecho administrativo que responda al vertiginoso mundo económico-social y sus repercusiones sobre la

¹¹ En palabras de PAREJO ALFONSO, «La eficacia como principio jurídico...», *op. cit.*, pág. 39, «la eficacia no es, en la Constitución, principio que pueda asociarse a determinados... y enfrentarse a otros... La eficacia administrativa predicada por el texto constitucional es la posible o factible en el tipo de Estado por él mismo construido. Es una eficacia de acuerdo con y en ese Estado, no a pesar del mismo. Sobre ella no es legítimo, por tanto, intento alguno de subsanación de supuestos déficits de eficiencia o eficacia imputados a la estructura y el funcionamiento resultantes de la integración supranacional o de la descentralización política y administrativa interna. Pues cualquier intento en tal sentido habría de reposar sobre un concepto de eficacia sin cobertura constitucional».

¹² De alguna forma, los proyectos de modernización de la Administración pública son paradigma de lo que venimos exponiendo. Sin embargo, a pesar de ciertos triunfalismos en su presentación, las deficiencias de éstos han sido puestas de manifiesto por NIETO GARCIA, A., «La Reforma de la Administración», *RVAP*, núm. 34, 1991, págs. 145 y sigs., donde se lamenta de cómo «los analistas del futuro no podrán entender cómo se dejó pasar la oportunidad de montar una Administración estatal democrática y unas Administraciones autonómicas verdaderamente modernas, empezando como se empezaba de cero o casi de cero».

actividad administrativa. Hagamos alguna reflexión sobre ello.

D. LA PRIVATIZACIÓN: ¿UNA ALTERNATIVA ADECUADA?

A la vista de esta falta de conexión entre ciudadanos y poderes públicos y a la necesidad de prestar con calidad determinados servicios públicos, nuestros gestores han vuelto la vista a la gestión privada y las técnicas utilizadas por el sector privado como una alternativa de solución para lograr una Administración más eficiente¹³. En este sentido, por privatización se viene entendiendo una panoplia de medidas: despublificación fáctica de actividades, disociación de titularidad y gestión, desnacionalización, suspensión de monopolios, utilización del Derecho privado en la gestión pública, desregulación... y no, simplemente, como en sentido lato cabría entender, la transferencia al sector privado de servicios para su gestión por el mismo¹⁴.

¹³ Según el comité de expertos asesores de la División de Administración pública de las NNUU, Proposed objectives and Programmes in Public Administration in the Second United Nations development decade. ST/AG/AC.6/1.12, Nueva York, 1970, los objetivos para promover una Administración pública eficaz son los siguientes: 1) Creación de organismos en sectores claves. 2) Aplicar nuevas técnicas que lleven a la racionalización del trabajo del sector público. 3) Hacer frente a las necesidades del personal a lo largo de toda su carrera administrativa. 4) Mejorar la capacidad de gestión. 5) Promocionar la investigación y el intercambio de información. En este sentido, dentro de los programas concretos proponen medidas tales como: organización administrativa de la planificación, empleo de técnicas modernas de management, participación de ciudadanos en la Administración.

¹⁴ DE RUH y WETTENHALL, R., «Progresos, beneficios y costes de la privatización: Una Introducción», *RICA*, núm. 1, vol. 57, págs. 9 y sigs., ponen de manifiesto que la privatización entendida como venta al sector privado de empresas, activos o participaciones accionariales del sector público, es distinta a la comercialización, como concepto referido a cambios en la gestión interna de organismos públicos que introducen disciplinas mercantiles de mercado como directrices fundamentales y a la corporativización, entendida esta última como desplazamiento de empresas y actividades de la Administración General a órganos especiales (aunque todavía públicos), normalmente bajo la forma de empresas públicas o estatales. Dichas líneas de actuación constituyen una característica de nuestro tiempo. Así la elección de un medio u otro dependerá del tipo de estrategia y del contexto nacional. En relación con ello, arguyen dichos autores que «en algunos sistemas económicos

Metcalfe y Richards añaden a estas consideraciones la opinión de que la privatización comprende temas diversos, como la desreglamentación, cobrar por los servicios públicos, contratar en el exterior, adoptar métodos comerciales en la Administración pública y transferir la propiedad del sector público al sector privado ¹⁵.

Por tanto, cambio en la estructura del sector público que no sólo afecta a la concepción del Derecho administrativo, sino, también y en forma decisiva, según se viene expresando unánimemente, a sus procedimientos de actuación ¹⁶. Así lo expresa Martín Retortillo, quien alude a que:

«sectores muy amplios del ordenamiento jurídico-administrativo, de hecho, están quedando prácticamente relegados, y de continuar la línea que señalo, habrán de serlo a ámbitos casi marginales. Ya lo son, en la práctica, algunos de ellos: así, y entre otros, todo el de la contratación administrativa o buena parte del derecho de la función pública. Hay que pensar también en la suerte que pueden correr la ordenación del procedi-

y constitucionales la corporativización y la comercialización prevalecen (por ejemplo, USA); en otros, la más relevante es la privatización (Francia) y los restantes las tres pueden tener una importancia similar».

¹⁵ METCALFE, L., y RICHARDS, S., *La modernización de la gestión pública*, Madrid, 1989.

¹⁶ DELION ha señalado, en esta línea, que en Francia las distintas medidas adoptadas para el éxito de la empresa pública puedan clasificarse en ocho medidas:

1. *Status* y normas legales: sometimiento al Derecho privado.
2. Estructura y elección de órganos de gobierno: se han diversificado los Consejos de Dirección aumentando la parte técnica y potenciando los conocimientos gerenciales.
3. Formación de los trabajadores y motivación: con medidas como planes de formación y estímulo continuados, participación en la adopción de decisiones —círculos de calidad, etc.— y participación en los beneficios.
4. Mejoramiento de los sistemas de información sobre gestión.
5. Facilidades para la financiación de las empresas públicas.
6. Reducción de los controles *a priori* que van a ser reservados para grandes decisiones estratégicas y relevantes.
7. Reforzamiento del control *a posteriori*.
8. Compensaciones financieras por el cumplimiento de obligaciones inherentes a las políticas públicas.

miento administrativo o de la propia jurisdicción cuando actuaciones básicas y condicionantes de la Administración puedan discurrir por cauces distintos a los que aquélla establece o no tengan la cobertura que la jurisdicción ofrece»¹⁷.

Dicha actuación plantea varias cuestiones.

La primera, relativa al poder público y a la extensión del mismo que los ciudadanos desean. En este sentido, ¿se ha traducido todo este complejo entramado de acciones en pos de la reducción del aparato administrativo en una sociedad menos regulada, más exenta de controles y con menos presencia del sector público?; mucho nos tememos que no, manifestación que se puede corroborar desde la propia experiencia de la institución. Por el contrario, en los más variados sectores —educación, sanidad, cultura, asistencia social, comercio, comunicaciones, la banca, el mercado de valores...— los poderes públicos en general acuden en su intervención y control¹⁸. La explicación a dicha contradicción tal vez se encuentre en que dicha situación es, en cierto modo, irrenunciable e impuesta por la dinámica social que ha determinado una existencia en sociedad más compleja¹⁹. Precisamente, la posibilidad de permanecer en dichos sectores que se ven fuertemente influenciados por la sociedad tecnológica y veloz de nuestros días explica, quizá, la actuación de los distintos poderes públicos como personas jurídico-privadas. La alternativa a la privatización en sentido estricto —transferencia de servicios públicos al sector privado— o, si así se prefiere, un medio de ésta va a consistir en la utilización del Derecho privado como

¹⁷ MARTIN RETORTILLO, S., *Las empresas públicas...*, pág. 124.

¹⁸ DEL SAZ, S., *op. cit.*, pág. 102, denunciando dicha actuación exponiendo cómo lo que se pretende con la privatización de las formas de gestión de las organizaciones públicas es «la huida de los procedimientos administrativos de control del gasto tachado de lentos, ineficaces e inadecuados, y la fuga de los procedimientos de selección de contratistas y de funcionarios».

¹⁹ Así lo ponen de relieve CATHERINE, R., y THUILLER, G., *Tratado de Ciencia Administrativa*, Madrid, 1973, pág. 1047, donde exponen cómo el Estado, debido precisamente a tal complejidad, es requerido por los ciudadanos para tomar a su cargo nuevas tareas que diversifican más y más su acción.

medio de gestión de los servicios públicos y, de forma más concreta, a través de empresas públicas o de entes privados que someten, no obstante, su actividad al Derecho privado ²⁰.

En segundo lugar, es necesario reflexionar sobre las ventajas de la asunción por los entes públicos de los medios de gestión privados. Desde este punto de vista, si bien es cierto que el fenómeno privatizador ha logrado aunar voluntades y se ha impuesto —más por deméritos ajenos que por méritos propios— en la mayor parte de los países, no es menos cierto que, al igual que la publicación general de actividades acontecida a partir de la recepción del Estado social hasta nuestros días, no puede ser considerado como una solución definitiva en el devenir de la sociedad ni como una solución milagrosa que permita superar los problemas de las sociedades modernas. La privatización, y así se está poniendo de relieve en países donde se han emprendido políticas tendentes a la misma, también presenta, en algunos casos, problemas de aplicación y sus resultados pueden defraudar las expectativas iniciales ²¹.

En definitiva, hay dos ideas que subyacen al fenómeno que venimos exponiendo: la primera, es que la única forma de hacer más eficiente a la Administración requiere dotar a ésta de un componente empresarial y, por tanto, gestionarla como una empresa privada aunque modulada por su carácter público ²²; la segunda, más crematística, es que al Estado no

²⁰ Véase, al respecto, lo establecido en la LRJPAC.

²¹ Con sumo acierto ha señalado dicho fenómeno MARTIN RETORTILLO, S., «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *Revista de Administración Pública*, núm. 125, pág. 98, relativizando las bondades del fenómeno señala: «La privatización, se dice, constituye hoy una auténtica revolución —revolución silenciosa— socioeconómica. Y con expresión significativa de lo que, con la pedantería que supone la utilización del término, se dice también que constituye la nueva cultura de lo público. Unos enunciados que, en cualquier caso, es obligado relativizar y en relación con los que cabrá preguntarse si no correrán la misma suerte que los años han deparado a aquellos planteamientos que, según vimos, se expresaban en torno a los cincuenta para justificar la nueva sociedad socializada que se vislumbraba y en la que el sector público papel tan fundamental había de desempeñar.»

²² METCALFE y RICHARDS, *op. cit.*, págs. 232 y sigs., contemplan concretamente cinco iniciativas dirigidas a dotar a la gestión pública de una

le llegan los «fueros», es decir, no es posible dar respuesta, desde el sector público, a los ciudadanos en la variada gama de servicios y prestaciones que el ciudadano de nuestras sociedades modernas demanda.

No obstante, tal como señala Eaton, no puede olvidarse que en la empresa privada operan tres factores que, tarde o temprano, obligan a adoptar soluciones: 1) pérdida de rentabilidad; 2) riesgo de bancarrota, y 3) pérdida de empleo de los empleados y gestores. Sin embargo, ninguna de ellas acontece en las organizaciones públicas ni aun, en la mayor parte de los casos, cuando adoptan formas privadas de gestión²³.

Por ello, desde la perspectiva de una institución como el Defensor del Pueblo, garante de los derechos de los ciudadanos ante la Administración pública, estimamos que la voluntad de modernización y búsqueda de calidad en la Administración pública no nos debe hacer caer en la tentación del mimetismo con la técnica y procedimientos gerenciales imperantes en el sector privado. Desde esta perspectiva, la contribución a la especificidad de la gestión pública parece pasar, a juicio de los expertos, por el reconocimiento de diversos aspectos, entre los que podemos destacar los siguientes:

— La sustitución del mercado como mecanismo de asignación de recursos por el proceso político.

— El carácter de poderes públicos de las Administraciones públicas.

mayor eficiencia: 1) mejora de la contabilidad pública; 2) cobrar por la provisión de servicios comunes dentro de la Administración; 3) cobrar por los servicios prestados a clientes externos; 4) contratar al exterior la provisión de servicios, y 5) contratar servicios de gestión.

²³ DEL SAZ, S., «Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid, 1992, expone con absoluta claridad, denunciando las argumentaciones en torno a la eficacia realizadas para evadir el control de los tribunales administrativos sometiéndose al Derecho privado, que «la presunta eficacia de la empresa privada rigiéndose por el Derecho privado lo es porque los resultados de la gestión repercuten céntimo a céntimo en el patrimonio del empresario. Pero la Administración, incluso cuando actúa en régimen de Derecho privado, no está condicionada por el riesgo empresarial, porque también en estos casos dispara con "pólvora de rey" que es, por definición, ilimitada». Sin comentarios.

— La diferente naturaleza de los procesos de creación de valor por el sector público.

— La dificultad de medida del valor creado.

Sin embargo, ha de aceptarse que, con independencia de la ideología política mantenida, se empieza a admitir la privatización, en sus variadas formas, como un modelo deseable de gestión y, en el contexto general, son pocos los países que no mantienen entre sus objetivos una reducción del aparato público mediante su transferencia al sector privado o, alternativamente, una mejora de la gestión de los servicios públicos mediante la utilización del Derecho privado.

Se está produciendo, a juicio de Laufer y Burlauh, de esta manera, una importante paradoja: mientras que el sector privado debe inspirarse en los fines del sector público (precisamente por la necesaria relación de la organización con su entorno que genera en dichas empresas una cierta responsabilidad social), éste debe utilizar, en mayor medida, los métodos del sector privado ²⁴.

En último lugar, insistiendo en la perspectiva que desde esta institución nos preocupa, no es sino una cuestión de equilibrio que plantean estas formas de actuación de los poderes públicos. Las empresas privadas responden de su libertad de actuación en todas las esferas, respuesta que se traduce en beneficios, pérdidas, despidos... ahora bien, la asunción por el sector público de este modelo de actuación: libertad en la contratación de obras, suministros y servicios públicos, selección discrecional del personal, contabilidad menos rigurosa..., sin tener, en cambio, que responder con el mismo rigor que responde una empresa privada de su gestión, ¿no supone una ruptura del equilibrio entre formas y responsabilidad? Es más, ¿no existen ciertos servicios que por su naturaleza requieren su prestación singularizada a través de procedimientos jurídico-públicos? Hagamos alguna reflexión más detenida sobre ello.

²⁴ LAUFER, R., y BURLAUD, A., *Dirección Pública: gestión y legitimidad*, Madrid, 1989, pág. 38.

Si bien es cierto que la utilización de las formas jurídico-privadas puede aportar un factor de enriquecimiento de la esfera jurídica pública también se requiere, en dichas circunstancias, que exista un equilibrio entre los privilegios que la Administración continúa disfrutando (porque, en definitiva, no deja de ser Administración pública) y los beneficios que dichas fórmulas le aportan. En definitiva, es necesario reencontrar, como ya expresara García de Enterría, un equilibrio entre los privilegios del poder público (aunque actúe sometido al Derecho privado) y las garantías de los ciudadanos.

Asimismo, dicho modelo de actuación sin criterios ni reglas puede poner en peligro garantías de los administrados e imposibilitar, incluso, el control judicial, lo que podría eventualmente suponer una quiebra del Estado de Derecho. En efecto, no olvidemos que puede dificultarse el control a través de la jurisdicción administrativa —actúan como entes privados—, pero tampoco existe un control accionarial que impugne ante la jurisdicción ordinaria los acuerdos eventualmente lesivos en la gestión.

En este sentido, parece necesario, por una parte, arbitrar mecanismos de evaluación de la gestión y responsabilidad dentro del sector público, similares a los existentes en el sector privado, para equilibrar esta conjunción de privilegios que los poderes públicos, utilizando a la vez la gestión privada y pública, disfrutan; de otra parte, es necesario establecer controles de eficiencia en la gestión, ya que se carece de accionistas, como ocurre en el sector privado, atentos a que se realice una adecuada gestión de sus fondos.

Por último, digámoslo ya, no puede olvidarse la falacia que supone pensar que el remedio a los males está en cambiar las formas y en confiar en las técnicas de gestión privada y en el mercado como la única alternativa posible a la eficacia de la Administración pública. Dicha alternativa padece, como ha señalado Martín Retortillo, de un inequívoco simplismo²⁵.

²⁵ MARTÍN RETORTILLO, tras criticar acertadamente que la solución sea únicamente la búsqueda de una legitimidad mediante acudir a las técnicas y a las soluciones que ofrecen otros ordenamientos jurídicos («la solución me parece de un inequívoco simplismo») subraya que, no obstante, es

En definitiva, el planteamiento podría ser un tanto distinto: reconociendo las diferencias que separan al sector público y al sector privado, reflexionar sobre los puntos de común encuentro y enseñanza recíproca entre ambos sectores ²⁶.

Pero la realidad no es, y hay que insistir en ello, como dicotómicamente se pretende presentarla: una disyuntiva entre eficacia y garantías administrativas. El sistema de garantías administrativas, construido a lo largo de una evolución larga y delicada en el seno del Estado de Derecho, no puede disolverse sin que existan razones suficientes para ello; junto a ello, es necesario que los entes públicos pasen a dar una respuesta a la sociedad tecnológica y compleja de nuestros días.

necesaria una evolución de nuestro Derecho público. En este sentido alude a que:

«Entiendo que más que desechar lo que evidentemente no sirve —los sistemas de actuación jurídico-administrativos—, y acudir a procedimientos cuya eficacia está todavía por demostrar, ¿no resultaría más razonable incidir, e incidir de verdad en los distintos procedimientos de actuar de la Administración, flexibilizarlos, haciéndolos operativos en relación con las necesidades ciertas que impone la vida real, que no relegarlos, como se hace, al cajón de los trastos viejos, con lo que quedan ya esclerotizados para siempre? ¿Es que es posible mantener, piénsese, por ejemplo, en el ámbito de la Administración económica, que las relaciones jurídicas de ésta con los administrados discurren a través de exigencias de peticiones, de plazos para que se entiendan desestimadas por silencio, de recursos previos y posteriores de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el régimen general establecido al efecto? ¿Es que alguien que mínimamente se encuentre en sus cabales puede entender que éste pueda ser cauce jurídico adecuado para afrontar la regulación que la Administración debe cumplimentar, de modo muy particular, en relación con la realidad económica? Quede planteado lo dicho como alternativa, como esperanzadora alternativa, al proceso de privatización de los procedimientos de actuar de las propias Administraciones públicas.»

²⁶ Al respecto, es llamativa la opinión de EICHHORN, P., «¿Qué pueden recíprocamente las empresas privadas y las Administraciones públicas?», *Documentación Administrativa*, núm. 218-219, 1989, donde se intenta luchar contra el desconocimiento y prejuicios entre los dos sectores clásicos: público y privado.

II. CRISIS DEL SECTOR PUBLICO Y REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es justo en este contexto donde se ha producido la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y, entre otras cuestiones —entre las que no ocupan un lugar secundario las de orden técnico—, la pregunta más relevante que debe responderse es, en la línea de razonamiento que seguimos, si se da o no respuesta con la misma a estas variadas y complejas causas de tensión que aquejan al sector público.

En efecto, la Ley de Procedimiento Administrativo constituye, sin duda alguna, la ley que sitúa al ciudadano frente a la Administración pública, que delimita más específicamente las garantías de éste frente a la actuación administrativa —sin perjuicio, claro está, de lo dispuesto en la legislación sectorial— y que define, de una forma más certera, qué modelo de Administración pública, en consonancia con el texto constitucional, se persigue.

Y, desde este punto de vista, si la reforma de cualquier ley que afecte al ciudadano y que regule el funcionamiento de la Administración pública no escapa, ni puede ni debe escapar, a la preocupación del Defensor del Pueblo, si la reforma de que se trata es, como acontece en el presente caso, en una ley, sin duda, trascendental —auténtica espina dorsal del funcionamiento de la Administración pública—, no se escapará que a esta institución le es sumamente importante la repercusión que la misma tenga en la posición del ciudadano frente a la Administración pública.

En cualquier caso, la realidad es que, con independencia de que algunas de las resoluciones del Defensor del Pueblo fuesen en su día asumidas en la génesis de esta ley, parece necesario señalar algunas consideraciones que, a juicio de esta institución, deben subrayarse en orden a una mejor regulación del régimen jurídico y del procedimiento administrativo de las Administraciones públicas.

A. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO UN PARÁMETRO
NECESARIO DE LA ACCIÓN DEL LEGISLADOR
AL CONFORMAR LOS PROCEDIMIENTOS DE ACTUACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El contenido material que la consideración social aporta al Estado Liberal del Derecho determina que el valor de la seguridad y de la previsibilidad pierdan importancia frente a la necesidad de cambio y evolución social plasmada en la idea de justicia social. Sin embargo, ambas exigencias, tal y como plasma nuestra Constitución en los números 2 y 3 del artículo 9, exigen un necesario equilibrio.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, al inicio de su andadura, ya dejará claro que la seguridad jurídica deviene así en nuestro ordenamiento como una suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad favorable, interdicción de la arbitrariedad (STC 27/1981), pero equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad.

Es inútil la contraposición, por consiguiente, entre la justicia, la igualdad o la eficacia con la seguridad, que es también otro parámetro necesario en la acción de conformación de la sociedad y que se proyecta, fundamentalmente, a través del principio de irretroactividad, respecto de los derechos adquiridos, límites a la revocación de actos ilegales y confianza legítima.

Obvio es, también, que la creación de situación de certidumbre jurídica, de certeza, de seguridad en la sociedad, es fundamental en un sistema económico y de mercado como el existente en Europa. Efectivamente, el ingreso de España en el que se ha venido a denominar, con cierta metáfora teatral, «escenario» del noventa y dos, nos ha introducido en un tipo específico de espacio político y social, la Unión Europea, que ha hecho de la seguridad jurídica un valor en alza. En efecto, el desarrollo económico inherente a ese tipo de sociedad exige la creación de certeza, de certidumbre y de seguridad. La acción empresarial requiere unas condiciones de estabilidad de mercados que exigen, a su vez, que las innovaciones legis-

lativas y los actos del poder público se acompañen: de un lado, al ritmo económico y social; de otro, al movimiento marcado por las expectativas y promesas generadas por el poder público en su actuación.

En un Estado de Derecho, pues, presidido por una economía de mercado, es manifiesta la idea de que es necesario la certeza jurídica en la configuración de la sociedad en su conjunto. La vigencia de principios como el de jerarquía y de irretroactividad normativa, la regulación del paso del tiempo como elemento que consolida situaciones jurídicas, la prohibición de la modificación unilateral de contratos civiles... y diversas manifestaciones más son, en suma, expresión de la necesidad de dotar a las relaciones interprivatos de la necesaria certidumbre.

Y si manifiesta la necesidad de que esa certeza exista en las relaciones entre particulares, la importancia de dicho aspecto adquiere mayor firmeza cuando nos referimos a los organismos del sector público que con sus declaraciones van a definir derechos subjetivos de los ciudadanos, van a modificar situaciones jurídicas de éstos, van a generar expectativas, etc.: en estos casos, la necesidad de certidumbre y seguridad es, si cabe, mayor²⁷. Que los ciudadanos, digámoslo ya, conozcan con exactitud la norma jurídica aplicable, los mecanismos de actuación y de defensa frente a la Administración pública, los procedimientos que articulan la creación de las declaraciones de voluntad en ésta parece algo, ciertamente, ineludible.

García Añoveros reflexiona que «para ello se ha dotado a la Administración, como personificación orgánica del Estado, de unos medios que permitan la fijación objetiva de una certeza respecto a las situaciones afectadas por el ejercicio de las potestades administrativas» y, entre esos medios, dicho autor significa y destaca tres: la presunción de legalidad de los

²⁷ En este sentido, DIEZ PICAZO, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, y GARCÍA DE ENTERRIA, E., «La doctrina de los actos propios y el recurso de lesividad», *RPA*, 1952. Con posterioridad GARCÍA AÑOVEROS, J., «La llamada revisión de oficio en materia tributaria», *REDF*, núm. 1, año 1974.

actos administrativos, la excepcionalidad al apreciar nulidades establecidas en el Derecho público frente al Derecho privado y, por último, el principio de conservación de los actos²⁸.

En suma, en los casos de transformación del orden jurídico ya consolidado, legalidad y seguridad jurídica, dos principios rectores de cualquier ordenamiento, se van a ver sometidos a una importante tensión: la necesidad de reformar el ordenamiento jurídico para adaptarlo a situaciones sociales cambiantes y, por otro lado, la ineludible exigencia de la certidumbre en ese proceso.

No se está defendiendo con ello la petrificación *ad eternum* del ordenamiento jurídico, la inalterabilidad a ultranza de lo no conveniente o la justificación a la inactividad por temor a vulnerar míticos derechos adquiridos. No, no se trata de eso.

Se trata, más bien, de asegurar la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos, de garantizar al conjunto de la ciudadanía unos derechos elementales frente a las Administraciones y organizaciones del sector público, de posibilitar la creación de condiciones jurídicas y económicas factibles y reales para la creación de riqueza, de proteger la actividad económica planificada y a largo plazo, etc.

A este respecto, sí cabe reflexionar sobre el impacto que sobre este aspecto de certidumbre tiene la reciente ley aprobada, respecto de la cual algunos autores ya han puesto de manifiesto cómo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, añade un inquietante factor de incertidumbre en el Derecho público español²⁹.

²⁸ GARCIA AÑOVEROS, J., «La llamada revisión...», *op. cit.*, págs. 103 y sigs.

²⁹ Al respecto, pueden consultarse las reflexiones realizadas por GARCIA DE ENTERRIA, E., en la introducción al volumen colectivo dirigido por los profesores LEGUINA VILLA y SANCHEZ MORON, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, págs. 11 y sigs., donde indica, tras señalar el importante hito unificador marcado por la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, que «en esa secuencia de Leyes de Procedimiento que jalonan más de cien años relevantes de nuestro Derecho público, la nue-

En efecto, baste señalar un dato, simplemente la discutida entrada en vigor de la ley ³⁰ y la multitud de normas jurídicas que su promulgación ha engendrado suponen un importante factor de desconcierto y de «colapso» en el ciudadano medio que de esta forma, cada vez más, necesitará de sesudos expertos para sus relaciones con la Administración pública. Pero, incluso, la promulgación de la misma ha sumido a la Administración *in totum* en un nada desdeñable desconcierto sobre las normas aplicables para la tramitación de un procedimiento concreto ³¹.

va ley no parece responder inicialmente al prestigio de sus predecesoras. De una manera que cuesta algo comprender, se ha minusvalorado esa tradición y la virtud conformadora que de ella ha venido para nuestra situación social y jurídica, situación relevante, dado que una Ley de Procedimiento Administrativo viene a definir necesariamente el *status* ordinario del ciudadano en su relación cotidiana y común con los múltiples poderes administrativos que hoy coinciden sobre la escena pública (comunitario europeo, estatal, comunitario autonómico, provincial, municipal, las múltiples esferas entrecruzadas de las múltiples Administraciones institucionales y corporativas). Parece haberse entendido que una ley es un conjunto casuístico de reglas y no el intento de una construcción institucional orgánica, especialmente cuando esa ley es, como es el caso, uno de los quicios del sistema jurídico institucional general».

³⁰ Véase, al respecto, la Instrucción de 24 de febrero de 1993 de la Subsecretaría para las Administraciones Públicas, por la que se adoptan criterios sobre la entrada en vigor y aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, puede consultarse LOPEZ MENUJO, F., «La entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 12, 1992, donde ya se indica que ha podido haber alguna precipitación en la promulgación de la ley que ha generado confusión en la propia Administración pública.

Asimismo, el Real Decreto-ley 14/1993, de 4 de agosto, por el que se modifica la disposición adicional tercera y la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, retrasa la entrada en vigor de la Ley, ya que, según confiesa la propia exposición de motivos, «la aplicación directa de la Ley 30/1992 plantearía una serie de problemas que constituirían un serio obstáculo para el logro de los objetivos de la ley».

³¹ Al respecto, puede señalarse la existencia de quejas de ciudadanos que aducen, con evidente razón, la anticipación en la entrada en vigor de la Ley 30/1992 en materia de recursos para desestimar la presentación de éstos.

Asimismo, parece haber existido cierta prisa en el legislador en la promulgación de la ley que se manifiesta no sólo al atrasar su entrada en vigor, sino, también, en la necesidad de dar cierta «marcha atrás» en algunas previsiones como la establecida para los procedimientos disciplinarios en cuanto a su propia exclusión de la Ley 30/1992. Esa previsión, que provocaba una grave carencia procedimental, ha obligado, posteriormente, a la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, en su disposición adicional tercera, a declarar aplicable a los mismos los Títulos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII y X de dicha Ley y, asimismo, a establecer las referencias contenidas en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios al servicio de la Administración del Estado. En pocas palabras, parece lógico exigir menos improvisación de una ley tan trascendental en el ordenamiento jurídico.

B. LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

España se ha visto inmersa en los últimos años en un progresivo proceso de internacionalización de nuestra economía que exige, obvio es, volver la vista a la necesidad de incrementar las ventajas competitivas de nuestro sistema económico. Al respecto, parece claro que en la actualidad los factores estructurales —y no sólo los factores productivos como la mano de obra y las materias primas— juegan un papel clave. En este sentido, dichos factores estructurales tienen que ver muy directamente con las políticas del sector público. El sistema fiscal, la política monetaria, la seguridad de los mercados, la previsibilidad de la actuación pública, las infraestructuras, la formación... son, sin duda, esenciales para determinar las ventajas competitivas de un país. Y en este proceso no parece que sea ajeno que los procedimientos de actuación del sector público ofrezcan características como seguridad, rapidez y eficiencia.

De otro lado, es evidente que el proceso de Unión Europea conduce, como es obvio, al surgimiento de un sustrato jurídico común. Dicho sustrato jurídico viene conformado, junto a las normas dictadas por los órganos comunitarios en las distintas materias competencia de la Comunidad, por la creación de un Derecho jurisprudencial europeo, construido principalmente a través de principios generales extraídos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En este sentido, parece claro que asistimos al alumbramiento de un nuevo Derecho público común, un nuevo *ius commune* que recoge en cierto modo la tradición del Derecho romano de finales de la Baja Edad Media ³².

En este sentido, la reforma de nuestro régimen jurídico y de la actuación de nuestra Administración, parece conveniente que responda el contexto europeo en el cual se inserta, respondiendo a la ya rica tradición jurídica emanada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Consecuencia incluso obligada y que deriva de la propia jurisprudencia comunitaria que, como es conocido, reconoce la propia incidencia de los principios comunitarios sobre la legislación interna (sentencia de 20 de septiembre de 1990, Comisión vs. Alemania) ³³. Al respecto, por ejemplo, se echa de menos que el le-

³² En torno a este Derecho común, ALONSO GARCIA, R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Madrid, 1989, y en el Derecho comparado, RIVERO, J., «Vers un Droit Commun Européen: nouvelles perspectives en Droit Administratif», en el volumen colectivo *New perspectives for a Common Law of Europe*, Florencia, 1978, y SCHWARZE, J., «The Administrative Law of the Community and the protection of human rights», *CMRL*, 1986. Este Derecho común, conformado a través de principios comunes a los Estados miembros, responde a un movimiento cíclico de la historia que se manifiesta en que de alguna forma asistimos al cierre de un período marcado, *ab initio*, por la Revolución Francesa, con sus ideas de división de poderes, racionalismo y codificación. En efecto, la Revolución Francesa, con la exaltación del poder legislativo, con la idea de la ley como expresión de la voluntad del pueblo soberano, etc., supuso una ruptura, casi inevitable, del *ius commune*, del *altes gutes Rechts*, del derecho de la tradición trencado, creado y consolidado a través de la historia y del tiempo. El buen derecho, a partir de ese momento, es el derecho nuevo, el derecho creado *ab novo*, el derecho surgido de la Asamblea Legislativa que por ser nuevo, fruto del raciocinio y la voluntad popular, aportaba la justicia.

³³ Resulta de sumo interés la consulta del trabajo de MUÑOZ MACHADO, S., «Los principios generales del procedimiento administrativo comuni-

gislador español no haya reparado, entre otros, en el principio de protección de la confianza legítima de honda tradición en la legislación de los Estados miembros de la Comunidad y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ³⁴.

C. LA EVENTUAL CRISIS DE LAS FORMAS CLÁSICAS DE NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

En realidad, el Derecho administrativo surgido de la Revolución Francesa, consagrado como un Derecho de privilegios, parece haberse vuelto, precisamente por ello, inservible, en ocasiones, a los fines de actuación de una Administración moderna. Piénsese, por ejemplo, en los privilegios de inembargabilidad o ejecutividad de los actos administrativos, elementos prototípicos de la Administración pública que, no obstante, ven discutido su alcance y vigencia.

Fijémonos, sin más, en el caso de inembargabilidad. ¿Es posible mantener en el mundo actual, con una Administración que recurre al crédito como una forma de financiación normal —en algunos casos, la principal—, el privilegio de inembargabilidad? ³⁵. Evidentemente no, y por ello, la legislación se cuida de suavizar dichos privilegios y permite la afec-

tario y la reforma de la legislación básica española», *Estudio Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, vol. I, Madrid, 1994, págs. 517 y sigs.

³⁴ Incluso la doctrina española ha propuesto su conocimiento a nivel constitucional. En este sentido, SUAY RINCON, J., «Reflexiones sobre la posición de la Administración pública en la Constitución española de 1978. En particular, comentarios a los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pág. 91.

³⁵ En torno al tema de la inembargabilidad y la crisis de los principios presupuestarios clásicos ha escrito GARCIA DE ENTERRIA, E., «Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración», *REDA*, núm. 52, 1986, y del mismo autor, «Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas», *DA*, núm. 208, 1987; ARIÑO, G., «Principios de legalidad y función de gobierno. El tema de los créditos extraordinarios», *HPE*, núm. 3, 1970; PASCUAL GARCIA, «La legalidad presupuestaria de las obligaciones del Estado en la jurisprudencia», *PGP*, núm. 13, 1982, y RUIZ OJEDA, A., *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Madrid, 1993.

tación de ingresos para la garantía de las operaciones de crédito (art. 50.4 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Es decir, por un lado, con arreglo a las construcciones de nuestro Derecho público clásico se parte del privilegio: inembargabilidad de los efectos públicos, pero, por otra parte, se flexibilizan cada día más la afectación de los ingresos y gastos públicos para posibilitar el recurso al crédito ³⁶.

Y es que, más que contradictorio, lo que pretende ser el precepto de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales comentado anteriormente es un punto de encuentro entre el ordenamiento administrativo, con su *status* especial para los entes públicos deudores, y el del crédito, donde no es costumbre prestar dinero sin garantías especiales. El significado, por ello, no puede ser otro que entender que dicho pulso está siendo perdido por el ordenamiento administrativo, que ha dejado de tener confianza en sus propios principios, y es que si la Administración, en busca de mayor flexibilidad y de una actuación más ágil, prescinde de su propio Derecho, es lógico que deje atrás no sólo las servidumbres de los procedimientos y las formas burocráticas (los famosos privilegios en menos), sino también, y en justa correspondencia, los tratos a favor. A las duras y a las maduras.

³⁶ Como puso de relieve FEDERICO DE CASTRO, la palabra crédito lleva implícita la idea de confianza y el *status* de los sujetos públicos, con ese y otros privilegios, no es el más adecuado para inspirar en el acreedor ningún tipo de esperanza en ver su crédito asegurado y garantizado, y por ello se admite, vía pacto, el aseguramiento del crédito. En pocas palabras, se pasa del *ius cogens* al *ius dispositivum*. Y sin duda, como indica RUIZ OJEDA, las prácticas de privilegio en ocasiones tienen un coste precisamente para la Administración a quien teóricamente sirven: «Estamos pagando un precio demasiado alto —nada menos que con el falseamiento de la contratación pública— por el olímpico y radical destierro de la ejecución forzosa del Derecho administrativo. Y es que nadie da en condiciones ventajosas si no tiene suficientes garantías de cobro, y eso es, precisamente, la responsabilidad: lo que permite mantener la esperanza de una contraprestación, y sin esperanza no hay confianza, y sin ésta es sencillamente imposible un provechoso intercambio de bienes y servicios.» De esta forma, como indica dicho autor, «el prurito de que asegurando la relevancia externa de la cobertura presupuestaria se salvaguarda del mejor modo la libertad de los ciudadanos es, además de una ilusión, la más perfecta coartada para una Administración incua que primero contrata y recibe la prestación y luego se cobija en la hipocresía de que la obligación es nula por falta de dotación presupuestaria previa».

En definitiva, asistimos —y al debate sobre privatización subyace precisamente dicho dato— a una crisis fiscal del Estado: sencillamente, que existe una crisis económico-financiera del Estado de Bienestar que se está manifestando en el mundo jurídico de variadas formas, entre ellas la necesidad de anteponer eficacia y eficiencia a las formas clásicas de sometimiento de la Administración a la legalidad.

De hecho, como consecuencia de ello nos encontramos, de alguna manera, a una cierta anglosajonización del mundo, a la prevalencia de los métodos y formas jurídicas del Derecho anglosajón, que se impone en los más variados campos al Derecho continental clásico. Basta ver, a estos efectos, cómo los contratos «estrella» mercantiles se denominan mediante su expresión inglesa (*factoring, leasing, etc.*), cómo se produce una incesante importación de instituciones procesales, observar el cada día más frecuente sometimiento de la Administración al Derecho común, la puesta en cuestión de numerosos privilegios otorgados otrora a la Administración, etc. Desde este punto de vista, empieza a cobrar consistencia la idea de que empezamos a asistir al cierre de un ciclo histórico marcado por la Revolución Francesa. A un ciclo que se inicia por la Administración pública «escapando» del Derecho común y que se cierra con una Administración volcada hacia éste, y todo ello con las matizaciones que sea preciso establecer.

III. LA REFORMA PROCEDIMENTAL DE 1992 Y SU RESPUESTA A LOS RETOS PLANTEADOS

De esta forma, seguridad jurídica, una mayor eficiencia y rapidez en los procedimientos de actuación de la Administración pública y acomodación al contexto socioeconómico en que España se desenvuelve son, desde nuestro punto de vista, elementos ineludibles a la hora de abordar una reforma procedimental.

Desde este punto de vista, y aun cuando la ley, de forma enfática, declara en su preámbulo su intención de adaptarse a los retos que hasta aquí hemos expuesto, mucho nos tememos que, con independencia de la idoneidad de las soluciones

aportadas por la Ley de Reforma del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, la misma no logra sino quedarse en el caparazón de los auténticos problemas que aquejan a los procedimientos de actuación, que exigirían, a nuestro juicio, un planteamiento más amplio de reflexión.

A. LA TRASCENDENCIA DE LA REFORMA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

La institución del Defensor del Pueblo, cuya misión viene constitucionalmente referida a la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución española —a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración—, nos conduce, de forma obvia, a resaltar la importancia que para éste tiene la regulación del procedimiento administrativo. En efecto, la actividad de la Administración pública se desenvuelve a través del procedimiento, y son los derechos existentes en el mismo, las garantías que los adornan y la agilidad y eficiencia de ese procedimiento lo que hace visible para los ciudadanos la actividad de los entes públicos y, por ende, en muchos casos, la eficacia de nuestra Administración.

En suma, la actuación del Defensor, tendente a hacer visible en la actuación de la Administración pública los principios del Estado de Derecho ³⁷, no puede olvidar ni le es intrascendental, en relación al cumplimiento de sus fines y de su actividad cotidiana, la regulación que el legislador, del que es comisionado, haga de esta materia. Sencillamente, los principios del Estado de Derecho se preservan, en forma concreta, a través del procedimiento por el que la Administración realiza sus declaraciones de voluntad.

En realidad, la mayor parte de las reclamaciones y quejas que se reciben en la institución tienen una relación mediata o inmediata con el procedimiento en el cual se han visto vulne-

³⁷ No en vano la Comisión sobre la Constitución del Senado (*BOC*) propuso la introducción de un párrafo en el artículo 53 del proyecto constitucional que atribuía a éste la misión de preservar los «principios del Estado de Derecho».

rados eventualmente los derechos del reclamante. No obstante, y precisamente por lo hasta aquí expuesto, las quejas recibidas en la institución hacen referencia a la «patología» del procedimiento, incluyéndose en este concepto no sólo los efectos indeseables que su aplicación pueda producir en algunos casos, sino más bien los incumplimientos de las normas procedimentales que generan en todo caso una merma de las garantías que corresponden a los administrados. En este sentido, la experiencia del Defensor del Pueblo deriva de la valoración del procedimiento vigente sobre la base de los aspectos concretos del mismo en los que la reiteración o la frecuencia de las quejas pone en evidencia la existencia de una disfunción o anomalía que aconsejaría tomar en consideración una eventual modificación del régimen jurídico regulador de dicho aspecto.

B. LAS QUEJAS MÁS FRECUENTEMENTE PLANTEADAS ANTE LA INSTITUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN ESTA MATERIA

En realidad, es difícil destacar y, de acuerdo con ello, deslindar un «antes» y un «después» de la entrada en vigor de la ley en las quejas dirigidas por los ciudadanos a esta institución. La retrasada entrada en vigor de la ley, por una parte, y, por consiguiente, el período tan escaso en que los ciudadanos han podido apreciar el impacto de las reformas —las de mayor calado y relevancia— y, por qué no decirlo, las todavía arraigadas costumbres de funcionamiento en nuestras estructuras burocráticas públicas, determinan que pueda, en general, afirmarse que los ciudadanos siguen quejándose, tras casi dos años después de promulgada la ley, de los mismos «síntomas» que les aquejaban en noviembre de 1992: demoras, falta de calidad en la atención al ciudadano, inexistencia de una auténtica cultura *pro cives*, inadecuada y jerarquizada estructura burocrática, duplicidades en la tramitación de expedientes, etc.; son anomalías que siguen subsistiendo en 1994 en las quejas de los ciudadanos, sin que, como por otra parte pueda resultar bastante lógico, la promulgación de una ley —aunque disponga de un título tan rimbombante y así se pre-

sentase— tenga la virtualidad de cambiar, por arte de magia y sin que cambie la cultura del servicio público subsistente, la criticada —a veces injustamente— burocracia pública y sus procedimientos de actuación.

Eso hace que, *mutatis mutandis*, las referencias a temas procedimentales más frecuentemente planteados por los ciudadanos en la actualidad no sean sustancialmente distintas —con la especialidad que presenta cada caso concreto y cada sector del ordenamiento jurídico-administrativo— que los que ya se venían produciendo anteriormente y al respecto venían siendo recogidos en los informes anuales de esta institución y que pueden circunscribirse a los siguientes temas generales que paso seguidamente a describir.

En primer lugar, y muy destacadamente respecto de cualquier otro tema, la disfunción más frecuentemente denunciada al Defensor del Pueblo es el habitual incumplimiento de los plazos previstos para resolver por la Administración pública³⁸, tanto en las normas generales del procedimiento administrativo como en las especiales de cada uno de los procedimientos concretos (homologaciones de títulos académicos, concesión de becas y ayudas al estudio y resolución de recursos administrativos...). Por contra, la Administración, habitual incumplidora de los plazos previstos en las normas procedimentales, exige con un rigor digno de mejor causa el cumplimiento exacto de los plazos a los administrados cuando éstos han de cumplir cualquier obligación frente a ella. De alguna forma, se constata en las quejas la necesidad de una sociedad moderna de recibir en tiempo, dimensión que puede medirse económicamente, una respuesta adecuada a las pretensiones planteadas por la ciudadanía³⁹.

³⁸ Aspecto este último de velar por que la Administración resuelva expresamente en tiempo y forma las peticiones y recursos que le hayan sido planteados que constituye una obligación del Defensor del Pueblo de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución.

³⁹ Respecto al factor «tiempo» en el procedimiento administrativo, son interesantes los trabajos de JIMENEZ BLANCO, A., «El factor tiempo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», y de BACIGALUPO SAGESSE, M., «El factor tiempo en el procedimiento adminis-

Una segunda cuestión, también reflejada habitualmente en los informes anuales que esta institución realiza, es la utilización abusiva de la figura del silencio administrativo negativo y que, en forma reiterada, ha sido denunciada por la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales⁴⁰. Al respecto, es paradójico observar cómo una institución jurídica, en principio garantizadora para el ciudadano⁴¹, ha llegado a gozar de un desprestigio importante⁴², pudiéndose afirmar que por parte de la doctrina y la jurisprudencia existía cierta unanimidad en considerar que la legislación de 1958 era insuficiente en relación a este aspecto y estaba necesitada de una reforma que recuperase las posibilidades que eventualmente pudiese ofrecer el silencio administrativo positivo u otra medida⁴³.

trativo desde la óptica del Derecho comparado, en particular del Derecho alemán», en el volumen colectivo *Estudios sobre el procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas*, Granada, 1993.

⁴⁰ Al respecto es relevante el trabajo de VILLAR PALASI, J. L., «El silencio administrativo en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 1988.

⁴¹ En este sentido es precisa y descriptiva de su virtualidad la monografía de GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo en el Derecho español*, Madrid, 1990. Junto a esta monografía reciente se pueden destacar, entre otras obras, la de ALVAREZ GENDIN, S., «El silencio administrativo en el Derecho español», en *Studi in onore di Silvio Lessona*, Bolonia, 1963; FERNANDEZ PASTRANA, J. M., «Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autoridades administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 127, 1992; FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., «La aprobación por silencio positivo de los planes de urbanismo», *REDA*, núm. 2, 1974; FERRET Y JACAS, J., «El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración», *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986; GOMEZ FERRER, R., «Resoluciones administrativas tardías y conflictos de intereses privados», *Revista de Administración Pública*, núm. 68, 1972; MORELL OCAÑA, L., «La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio ante los estándares de conducta previstos por la Ley», *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986, y SANTAMARIA PASTOR, J. A., «Silencio positivo: una primera reflexión sobre la posibilidad de revitalizar una técnica casi olvidada», *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986.

⁴² De «vergonzante» la califica MORILLO-VELARDE PEREZ, J. I., *Hacia una nueva configuración del silencio administrativo*, núm. 49, 1986, pág. 74.

⁴³ MORILLO-VELARDE PEREZ, J. I., «El Silencio Administrativo», en el volumen colectivo *El procedimiento administrativo en Derecho Comparado*, Madrid, 1993, pág. 161, afirma que puede afirmarse, sin exageración,

Asimismo, con reiterada frecuencia se han puesto de manifiesto ante esta institución quejas referidas a la evidente insuficiencia de la regulación que de las notificaciones al administrado realizaba la Ley de 1958; regulación que provocaba, a modo de *boomerang*, para responder a algunos vicios en la actuación de los administrados, diversas conductas administrativas que atentaban a derechos procedimentales de los ciudadanos necesitados de protección. En este caso, la obsolescencia y la incapacidad de respuesta de la legislación en esos momentos vigente era manifiesta, aunque, justo es reconocerlo, ofrecía evidentes dosis de certeza y seguridad.

La ausencia de motivación suficiente de los actos denegatorios de derechos de los ciudadanos resulta también excesivamente frecuente en las quejas dirigidas a esta institución. Igualmente, y relacionado con ello, se observa un uso excesivo de resoluciones-tipo que bajo el formato de modelos, con escasa o nula conexión con el supuesto concreto planteado, resuelven las reclamaciones de los ciudadanos sin argumentar ni, por tanto, motivar adecuadamente las resoluciones que se adoptan.

La aplicación del régimen sancionador, en ausencia de garantías elementales reconocidas por los Tribunales, ha sido también una importante fuente de quejas de los ciudadanos. Desde la aplicación de los plazos de prescripción a la ausencia de actividad probatoria suficiente y otros aspectos que se consideran ineludibles de un Estado de Derecho se producían hechos que hacían buena la calificación de actuación prebaccariana que, desde la doctrina científica, se había otorgado a dichos procedimientos.

Junto a estos aspectos, desde la creación del Defensor del Pueblo venía haciéndose patente la necesidad de un desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución que regulase el derecho de acceso a archivos y registros públicos de los ciuda-

que la técnica del silencio administrativo ha fracasado entre nosotros. Por su parte, SAINZ MORENO, F., «Obligación de resolver y actos presuntos», en el volumen colectivo *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, pág. 126, también habla del viejo problema del silencio administrativo.

danos y, consiguientemente, hiciese más transparente la actuación administrativa. Es decir, de alguna forma se constataba en la actividad diaria de esta institución cómo, junto a la necesidad de mejorar la técnica jurídica que afecta al acto administrativo, se hace preciso una creciente y más activa participación del individuo en la toma de decisiones dentro del poder público que exige determinados requisitos ineludibles, como éste al que se hace referencia.

También ha sido patente en las reclamaciones presentadas ante esta institución la necesidad de dar una respuesta eficiente, en materia de coordinación administrativa y recepción documental, a la nueva estructura territorial del Estado plasmada en la Constitución española de 1978 y a los nuevos retos tecnológicos planteados en las últimas décadas. En definitiva, el Estado y las estructuras administrativas que se originan no tienen justificación, según ya hemos expuesto, sino en el servicio a los individuos que la integran. Al respecto, era preciso dar una solución a la existencia de una disparidad de registros administrativos, en algunos casos absolutamente descoordinados, y que provocan en el ciudadano, en algunas ocasiones, una verdadera «carrera de obstáculos» para la presentación de documentos; dificultades que, por la propia naturaleza de las cosas, aún eran más ostensibles en el caso de ciudadanos extranjeros que pretendían presentar documentos ante oficinas consulares radicadas en el exterior.

Asimismo, íntimamente conectado a lo anterior se encontraban, en algunas quejas de ciudadanos, las dificultades existentes para la presentación de documentación debidamente compulsada y cotejada, dadas las restricciones que a estos efectos, y sin duda para garantizar una mayor seguridad jurídica, contempla la regulación vigente, al sólo poder realizarse dichas operaciones en la Administración destinataria del acto, con lo que pierde, en gran medida y a efectos prácticos, cualquier regulación que permita la presentación de documentos en cualquier Administración pública.

No puede olvidarse tampoco la existencia de una normativa administrativa de funcionamiento interno de nuestras Administraciones —pero con repercusiones evidentes para el ciudadano— dispersa y enormemente cambiante, falta de publi-

cación de normas que afectan a ciudadanos decisivamente en su relación con las Administraciones (Circulares de la Seguridad Social) con complejas e indescifrables derogaciones, de redacción confusa, etc., que volatilizan, en algunas ocasiones, los derechos de los ciudadanos.

También pueden destacarse, en forma enumerativa, problemas de utilización de las lenguas cooficiales, persistencia en la petición de documentación innecesaria o que ya constaba en la Administración competente para la resolución de lo solicitado por el ciudadano, cobro de exacciones sin amparo legal alguno, trato dispensado a los ciudadanos nacionales y extranjeros por los órganos administrativos radicados tanto en territorio nacional como en embajadas y consulados, tramitación dada a las peticiones de responsabilidad extracontractual de la Administración pública, objetividad y trato idéntico a los aspirantes a procesos selectivos o a prestaciones sociales o de otro tipo ante la Administración, negligencias inexcusables en la tramitación de peticiones de los administrados, existencia de actividades duplicadas en distintas Administraciones y, significativamente, otras en las cuales se produce una «laguna» de actuación por parte de las Administraciones competentes, y, en suma, una actuación del sector público en ocasiones dotada de «pocos reflejos» para satisfacer positiva y adecuadamente las pretensiones de los ciudadanos.

C. UNA EXPOSICIÓN DE URGENCIA —SIN LA NECESARIA EXPERIENCIA Y PERSPECTIVA DEL TIEMPO—
DE LOS PUNTOS MÁS PREOCUPANTES QUE PLANTEA LA LRJPAC DESDE UN ENFOQUE DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

No es precisamente el contenido de esta ponencia, como ya expuse en su inicio, el marco adecuado para abordar un análisis exhaustivo de los distintos aspectos que la Ley 30/1992 presenta para su análisis. Dicha tarea excedería, incluso, de las posibilidades que ofrecen estas Jornadas, sin perjuicio, claro está, de mostrar nuestra opinión y experiencia en los temas que son objeto de reflexión en las mismas. Sin duda, a

lo largo de éstas, en las intervenciones de los cualificados ponentes e integrantes de las distintas mesas redondas previstas en su desarrollo, tendremos oportunidad de conocer los problemas y las alternativas a éstos en aquellos puntos que se han seleccionado para ser objeto de debate y reflexión.

Limitaré por ello, de forma consciente, esta última parte de mi intervención a subrayar aquellos puntos de la normativa contenida en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común que más nos preocupan, en su interpretación y ejecución por parte de las Administraciones públicas en relación con los derechos de los ciudadanos y su posición ante las Administraciones públicas.

Al respecto señalábamos hace un momento que, en forma destacada, preocupaba a los ciudadanos la pasividad de la Administración y su resistencia a resolver —y resolver en «tiempo»— las demandas planteadas por los ciudadanos. Pues bien, sin duda esa preocupación ha estado presente en los redactores de la ley, que han arbitrado un novedoso sistema a fin de abordar el tradicional silencio y excesiva lentitud de la Administración pública a la hora de resolver las distintas peticiones, demandas, autorizaciones, recursos, etc., que se les plantean. Pero si nos consta que dicha intención estuvo presente a la hora de abordar este problema, no parece, sin embargo, y creo que sobre esto existe cierta unanimidad doctrinal, que el procedimiento seguido sea el más idóneo.

En efecto, como es conocido, la institución del silencio administrativo prevista ante la patología de una Administración que no resuelve ⁴⁴ exige dos polos de tensión para ser eficaz: de un lado, que la regulación de la misma garantice una situación de seguridad y certeza al ciudadano; de otro, que las normas hagan posible la responsabilidad de quienes paralizan procedimientos o no resuelven con la debida celeridad. Ambos requerimientos, básicos a mi juicio para que el sistema

⁴⁴ MORILLO-VELARDE, *op. cit.*, p. 162, alude a que el silencio administrativo se ha convertido en nuestro Derecho en el símbolo de una Administración que no funciona, cuando con tanta frecuencia, tal cual venimos denunciando, se recurre a éste.

funcione, parecen no haber encontrado una respuesta adecuada en la ley.

En este sentido, y refiriéndonos ya al primer punto indicado, nos parece sumamente grave —para la seguridad jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración— la multiplicación de efectos contrarios, positivos y negativos, que el silencio puede tener dependiendo de cada Ministerio, de cada Consejería, de cada Ayuntamiento, etc. (art. 43.5 LRJPAC). En efecto, la posibilidad de que una misma petición de un administrado tenga efectos ciertamente distintos según, por ejemplo, el municipio en que se presente, no nos parece, en un primer acercamiento a dicha cuestión, una manera muy efectiva de conseguir la igualdad de derechos de todos los ciudadanos en todo el territorio español (art. 149.1.1 CE), más bien entiendo que puede provocar una importante confusión y desorientación del ciudadano, que observará que, según donde se presente una determinada solicitud, los efectos atribuidos a la pasividad de la Administración pública son distintos.

Desde nuestro punto de vista, la técnica del silencio positivo o negativo como mecanismos de respuesta frente a la ausencia de «reflejos» de la Administración pública no son técnicas *per se* mejores o peores, sino que depende esencialmente de qué tipo de actos nos enfrentemos para que la articulación de dicha técnica sea más adecuada. En suma, no se trata de que el silencio sea negativo o positivo, sino que lo primero que hay que remediar y poner coto —de una vez para siempre— es la utilización abusiva de la figura, que no es sino signo, cuando se utilice —como sucede en la actualidad— en forma creciente y abusiva, de que algo funcional mal⁴⁵. No

⁴⁵ A este respecto es muy orientativa la anécdota relatada por SAINZ DE ROBLES RODRIGUEZ, F., «El llamado “silencio administrativo”: un escándalo en el Estado de Derecho», en *Estudio Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid, 1993, pág. 622, en la cual se describe que reunido un Ayuntamiento de Tierra de Campos para resolver el recurso de reposición de un ciudadano, acordó por unanimidad: «contestar con el silencio administrativo», de lo que se deduce que: «regular en la Ley las secuelas de la infracción de un deber constitucional por parte de un poder público es colocar en la vida pública la piedra del escándalo». Por lo demás, ejemplos como éste se dan con relativa frecuencia con ocasión de la tramitación de las que-

obstante, dicho funcionamiento anómalo no parece que deba o pueda resolverse con una institución que no tiene sino un cometido, como hemos apuntado, excepcional. Efectivamente, la conversión de dicha institución en norma de utilización cotidiana exige pensar más en las causas de dicho problema que en los efectos de la conducta, a fin de atemperar aquéllas. De otro lado, según hemos expuesto más arriba, la opción por un silencio de naturaleza negativa o positiva, o la opción de articularse como una simple técnica para permitir el acceso judicial ⁴⁶, tal vez ha de realizarse en razón del tipo de actos (así, parece más adecuado el positivo cuando nos enfrentamos a actos de control y autorización administrativa), por lo que la imposición, con carácter general, de un tipo de silencio puede ocasionar las disfunciones que tanto el procedimiento previsto en la Ley de 1958 presentaba como las que, muy presumiblemente, se puedan producir en la regulación actual con un silencio de signo contrario ⁴⁷.

Unase a lo anterior que, de acuerdo con la experiencia acumulada en esta institución, en numerosas ocasiones la no resolución de los asuntos no se debe sólo al personal burocrático ⁴⁸, sino que, muy por el contrario, en ocasiones se debe

jas recibidas por esta institución. Por aludir a algún caso ilustrativo puede citarse el acuerdo adoptado por un determinado Consejo General de Colegios Profesionales, al que se refería en los siguientes términos el informe remitido por la corporación profesional denunciada en una queja: «Por el Pleno del expresado Consejo General de Colegios, y en relación con las peticiones de colegiación de aquellas personas que han cursado sus estudios en el extranjero, se adoptó Acuerdo de fecha 22 de noviembre de 1983, ratificado por otro de 18 de septiembre de 1986, de inexcusable cumplimiento para este Colegio Profesional, en el sentido de aplicar a tales solicitudes el silencio administrativo.»

⁴⁶ En este sentido puede verse MORILLO-VELARDE, *op. cit.*, pág. 198.

⁴⁷ En efecto, ya SANTAMARIA PASTOR, *op. cit.*, pág. 112, advertía de los eventuales peligros que se esconden sobre la técnica del silencio administrativo cuando la misma no esté perfectamente articulada.

⁴⁸ Sobre todo en las Administraciones municipalizadas, dada la «cercanía» de los órganos políticos, de tal forma que en éstas la dirección efectiva de las dependencias y el efectivo despacho y resolución de los asuntos corresponde, en muchos casos, esencialmente a éstos. De todas formas, el fenómeno no es extraño a las Administraciones central y autonómica, donde también el órgano resolutorio por excelencia es la Dirección General.

a los responsables políticos, con lo cual se está carente de mecanismos de exigencia de responsabilidad que la ley sólo articula, según la dicción de la misma, para el supuesto de que los responsables sean funcionarios públicos, pues sólo a éstos le es exigible responsabilidad disciplinaria (art. 42.3 LRJPAC) ⁴⁹.

Siguiendo con los puntos que suscitan de forma inicial nuestra atención, parece lógico que dediquemos, aun de forma breve, unas palabras al catálogo de derechos y deberes que para el ciudadano se recogen en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común. Si la ley, en su posición frente al ciudadano, intenta establecer un catálogo de derechos, intento que es, en cualquier caso, loable, no lo es menos que numerosos derechos de los allí establecidos ya estaban recogidos en la legislación anterior (derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos; derecho a obtener copia sellada de los documentos que presenten y a la devolución de éstos; derecho de ser tratado con deferencia y respeto por los funcionarios y autoridades; derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia; derecho a exigir responsabilidades a las Administraciones públicas y al personal a su servicio y que, sin embargo, se ha reducido al suprimir la posibilidad prevista en la legislación anterior de exigir responsabilidades patrimoniales directas a funcionarios y autoridades...), y en otro caso, aun siendo nuevos, su virtualidad y eficacia pueden no responder a las expectativas creadas ⁵⁰ (derecho a identificar a autoridades y funcionarios a efectos de exigencia de respon-

⁴⁹ MORILLO-VELARDE, *op. cit.*, p. 196, llega a la conclusión de que el silencio administrativo es dogmáticamente inviable: «Sólo con cuantiosas dosis de voluntarismo es posible mantenerlo, y ello contando con que esté dispuesto a llegar a las situaciones más monstruosas entre las que incluye prodigar indemnizaciones, sin respeto alguno al gasto público y al sufrido contribuyente.»

⁵⁰ Véase a este respecto la opinión de BAÑO LEON, J. M., «Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración», en el volumen colectivo dirigido por LEGUINA VILLA y SANCHEZ MORON, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pág. 88.

sabilidad) o reconocen obviedades ⁵¹ (derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate) o se hacen depender de normas reglamentarias que —espero equivocarme— reducirán sensiblemente el alcance del mismo (derecho a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante), etc.

Y todo ello sin perjuicio del merecido aplauso que supone la sistematización de un catálogo de derechos del ciudadano ante la Administración. Y sin duda existen una serie de logros, en mayor o menor medida en el artículo 35, que por supuesto merecen destacarse, como la extensión del derecho a obtener copias de los expedientes, la utilización de las lenguas propias frente a la Administración, el derecho a obtener información y asesoramiento que amplía el régimen de la Ley de 1958, en tanto que la dicción del mismo parece aludir a un contenido más amplio que el de conocer la organización y fines de la Administración (art. 33.2 LPA de 1958) y que orientan a la Administración en un sentido como el que se ha venido manteniendo más arriba, es decir, al servicio del ciudadano.

Mención aparte merece el derecho de acceso a archivos y registros ⁵², cuestión también que, como antes se aludió rei-

⁵¹ En este sentido se pronuncia SANTAMARIA PASTOR, J. A., «Los derechos y deberes de los ciudadanos», en el volumen colectivo de la Comunidad de Madrid *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pág. 96, quien indica que «se trata de una norma irreprochable, pero revolucionaria; en otros términos, una prescripción cuya obviedad produce sonrojo, pero cuya aplicación va a producir a la Administración una serie de dificultades prácticas que, en una primera fase, no es aventurado pensar que puedan resultar insuperables».

⁵² En relación al mismo, ALVAREZ RICO, «El acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos», *Documentación Administrativa*, núm. 182, 1979; SAINZ MORENO, «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos», *REDA*, Madrid, 1982; CASTELLS ARTECHE, «El derecho de acceso a la documentación de las Administraciones Públicas», *RVAP*, núm. 10, 1984; POMED SANCHEZ, L. A., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, 1989; SANCHEZ BLANCO, A., «El sistema de archivos», *REDA*, núm. 67, 1990, y FANLO LORAS, A., «La Ley italiana de 7 de agosto de 1990 de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos», *RAP*, núm. 124, 1991.

teradamente, es exigida en las quejas dirigidas por los ciudadanos y que plantea —amén del aplauso que merece que se aborde la legislación de desarrollo del art. 105.b) de la Constitución— algunos puntos de consideración. En realidad, a nuestro juicio, la regulación que se realiza es, al menos aparentemente, más restrictiva que la establecida en el artículo 105.b) de la Constitución, en cuanto a exclusiones, regímenes especiales y de límites que, tal vez en conjunto, no hagan sino vaciar, a efectos prácticos, de contenido el reconocimiento y regulación de este derecho⁵³. Por ejemplo, la negativa del acceso a los archivos y registros fundamentada, sin más matizaciones, en el interés público (art. 37.4 LRJPAC), su sujeción a «que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos», pueden dar lugar, y nuestra experiencia nos indica dicho dato, a un ejercicio abusivo en la aplicación de los límites del derecho no conciliables con la dicción del texto constitucional⁵⁴.

También respecto del mismo tema cabe hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979, que remitió a una ley el desarrollo y despliegue efectivo de los derechos contenidos en el artículo 105.b) CE.

⁵³ Es destacable, al respecto, el análisis que realiza SANTAMARIA PASTOR, J. A., *op. cit.*, págs. 89 y sigs., sobre el contenido y desarrollo de este derecho. Asimismo, en forma más amplia puede consultarse el trabajo de EMBID IRUJO, A., «El derecho a los archivos y registros administrativos», en el volumen colectivo *La nueva Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, págs. 99 y sigs.

⁵⁴ Al respecto, TORNE-DOMBIDAU JIMENEZ, J., y CASTILLO BLANCO, F. A., «Informática y protección de la privacidad del individuo», *Actualidad Administrativa*, núms. 22, 23 y 24, 1993, exponen, en relación a la regulación de este derecho de protección de la privacidad, que: «La nueva Ley parte (apartados 1 y 2) del reconocimiento del derecho de acceso a archivos y registros “cualquiera que sea... el tipo de soporte material en que figuren”», matizando que el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservada a éstas.

Este reconocimiento, consecuente con las garantías contenidas en el artículo 8 del Convenio de Estrasburgo de 28 de enero de 1981, al que venimos haciendo referencia, es más adelante limitado en su ejercicio. En efecto, el apartado 3 del mismo artículo limita este derecho a que prevalezcan razones de interés público, intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley, obligando, en estos casos, a dictar una resolución motivada.

Asimismo, el apartado 5 niega, al parecer en todo caso, el derecho de acceso a los signuantes expedientes (...). La regulación a que se ha hecho re-

Un tercer punto a destacar es la regulación del régimen de las notificaciones previsto en la ley, y respecto del cual se suscitan puntos de análisis en su viabilidad y, lo que es más importante, su conciliación con los derechos de los ciudadanos. De esta forma, se suscitan dudas sobre el equilibrio necesario entre el derecho de defensa de los administrados en los procedimientos y el régimen de las notificaciones defectuosas⁵⁵, más flexible sin duda que en la anterior ley; la articulación de las notificaciones rehusadas que obliga al destinatario del acto a probar que no es cierto lo que consta en el expediente (a menos que se equiparen éstas a los requisitos establecidos en el art. 59.4), etc.

ferencia es, si cabe, menos respetuosa que la anterior con el respeto a la privacidad del individuo al regular, con carácter general, el derecho de acceso a los archivos y registros públicos. Entre otras razones podemos apuntar las siguientes:

1. La ley —sin rango orgánico— añade, a las causas que limitan el derecho de acceso a datos con relevancia para la intimidad de las personas establecidas en la Ley 5/1992 (apartado tercero), conceptos jurídicos indeterminados, tales como: razones de interés público o interés de terceros más dignos de protección. Causas que, recordemos, no se encuentran admitidas en las excepciones al derecho de acceso de los interesados que consagra el artículo 9 del Convenio referido.

2. Como hemos visto, la limitación de los derechos de acceso a archivos que contengan datos de carácter personal está presidido en los Convenios Internacionales conforme a un principio: la proporcionalidad («una medida necesaria en una sociedad democrática», establece el Convenio de 1981). No obstante, el apartado 5, llevando las limitaciones más allá de las establecidas en el artículo 9 del Convenio, no las condiciona a dicho requisito, sino que directamente prohíbe el acceso a los expedientes que más arriba enumerábamos, sin distinguir si los datos tienen o no un componente personal que afecte o no a la intimidad y quién sea la persona que ejercite ese derecho.

La realidad es que, a nuestro juicio, hubiese sido más consecuente una remisión a la regulación contenida en la Ley 5/1992 en aquellos casos en que los archivos y registros automatizados contuviesen datos de carácter personal susceptibles de invadir el ámbito de la privacidad del individuo (apartado 2 del artículo 37). En este sentido, se hubiese reservado el derecho de acceso regulado en la Ley de Procedimiento Administrativo para aquellos archivos y registros no susceptibles de contener datos personales, los denominados «no nominativos».

⁵⁵ Véase a este respecto GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1994, págs. 28 y 772.

Asimismo, el régimen de los actos administrativos y, más concretamente, su régimen de intangibilidad es uno de los puntos donde mayor debilidad se ha otorgado a la prevalencia del principio de seguridad jurídica: la creación *de facto* de un espacio de cuatro años donde los actos administrativos van a poder ser objeto de revisión, la supresión de la vinculación del dictamen del Consejo de Estado, la debilitación en las causas por las cuales se puede proceder a la revisión de actos anulables, el aumento paralelo de los actos nulos de pleno derecho, etc., provocan, a nuestro juicio, un régimen de certeza y seguridad de los ciudadanos frente a la Administración pública más sensible y débil que el existente en la legislación procedimental de 1958⁵⁶. Es, por ejemplo, en este punto donde se ha prescindido de recoger la rica y consolidada doctrina que en torno a la revocación de actos y la confianza legítima de los ciudadanos se ha elaborado en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

También presenta interés la supresión del recurso de reposición y, en este último caso, la posibilidad de que en las entidades locales, dada la peculiar estructura de sus órganos de gobierno (art. 52 LRBRL), los ciudadanos tengan que sufrir la carga de un proceso contencioso-administrativo para cualquier pequeña reclamación o petición, lo que puede hacer palidecer, a efectos prácticos, la tutela judicial efectiva (por el sentido disuasorio que la interposición del recurso contencioso-administrativo puede suponer), sin coadyuvar, sin embargo, a una justicia rápida, dado que curiosamente se conserva el privilegio (art. 110.3 LRJPAC) de comunicación previa de interposición del recurso jurisdiccional procedente⁵⁷.

⁵⁶ A estos efectos, GARCIA DE ENTERRIA, E., «Introducción: Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992», en el volumen colectivo dirigido por LEGUINA VII.I.A, J., y SANCHEZ MORON, M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993.

⁵⁷ Incluso el juego conjunto de este precepto en el artículo 105 —en el caso de los actos de gravamen y no declarativos de derecho— hacen pensar en la subsistencia del privilegio sin la justa contrapartida de la garantía en el ciudadano.

Otro punto que supone una clara innovación respecto de la regulación contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 viene constituido por las sanciones administrativas. La rica doctrina jurisprudencial plasmada, incluso antes de la Constitución de 1978, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y recogida, posteriormente, en su conexión con los derechos fundamentales y consecuencias que se derivan de los artículos 24 y 25 de la Constitución por el Tribunal Constitucional, ha sido objeto, en un intento loable, de plasmación en el Título IX de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común con un resultado que, reconociendo lo anteriormente expuesto, suscita, no obstante, numerosos interrogantes ⁵⁸.

Sorprende, desde luego, la renuncia de la ley a regular un procedimiento administrativo sancionador común como exigencia del artículo 149.1.18 de la Constitución (STC 227/1988), con el enorme costo, en materia de fragmentación de este procedimiento, que corre el riesgo de producirse; renuncia que pugnaba tanto con lo aconsejado por el Consejo de Estado ⁵⁹

⁵⁸ En primer término cabe preguntarse por la oportunidad de esta regulación. NIETO, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1993, págs. 15 y 16, opina en torno al mismo que: «El legislador de 1992 se encontraba ante un dilema: o bien dejar esta materia como estaba —es decir, en manos de la doctrina jurisprudencial— y esperar a una regulación exhaustiva a través de una ley general, o bien abordar él mismo este tratamiento general. Pues bien, no ha hecho ni una cosa ni otra. No ha habido (por fortuna) energía suficiente para establecer un texto definitivo, pero tampoco se han querido dejar las cosas como estaban y se ha escogido la fórmula intermedia de “parcheo”, regulando, con éxito vario, unos puntos convencionalmente escogidos. A mi juicio (...), la característica más llamativa —junto con lo fragmentario de su contenido— del nuevo texto es su cerrado dogmatismo. Lo que en él se dice parece más propio de un manual que de un Parlamento que ha de responsabilizarse de la viabilidad de lo que legisla.»

⁵⁹ Al respecto, el dictamen del Consejo de Estado de 31 de octubre de 1991 estableció inequívocamente que: «Debiera regularse un procedimiento sancionador en el que se proyectaran las garantías constitucionales inferibles del artículo 24 de la Constitución, tal y como las ha alumbrado la jurisprudencia constitucional. El procedimiento que se propugna debe configurarse como procedimiento común y general, de modo que quede previsto que las leyes sectoriales, cuando así se requiera, puedan establecer especialidades siempre que en su regulación queden preservadas las garantías a que anteriormente se hacía referencia.»

como por la doctrina científica, que optaban por la inclusión de un procedimiento sancionador que adquiriese el carácter de común en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común⁶⁰. Sin duda, algunos problemas que suscita la regulación tienen que ver con esta aparente falta de rango legal que, *a sensu contrario*, presenta el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

En este sentido, la aparente vía abierta por el artículo 134 de la ley para regular por vía reglamentaria el procedimiento sancionador presenta, sin duda, el riesgo de que se actúe sobre derechos íntimamente conectados con el artículo 24 de la Constitución y de esta forma regular por vía reglamentaria aspectos tales como la presunción de inocencia, trámite de audiencia y vista en el expediente, las distintas medidas provisionales que pueden imponerse...⁶¹, que podrían poner en cuestión la constitucionalidad de tales medidas reglamentarias.

⁶⁰ GONZALEZ NAVARRO, F., «El big-bang del procedimiento sancionador», *REDA*, 1993, y GARCIA DE ENTERRIA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1993, págs. 185-186, que indica que: «Sorprendentemente, sin embargo, la LRJPAC no ha regulado un procedimiento sancionador común, que ya existía en la anterior LPA y que parece una exigencia de ese "procedimiento administrativo común" que, con base en el artículo 149.1.18 de la Constitución, ha llevado a su propia denominación (...). El hecho verdaderamente lamentable es que la disgregación absoluta de esta pieza esencial del régimen sancionador que es el procedimiento de imposición de las sanciones queda, incomprensiblemente, consagrada no sólo contra la Constitución y contra la ley, sino contra el más elemental sentido común. Admitir como normal que cada Administración, cada dirección general, cada unidad administrativa, cada organismo autónomo, cada ayuntamiento, pueda establecer procedimientos sancionadores propios para cada uno de los poderes sancionadores que respectivamente ejerciten es una regresión al arcaísmo jurídico más absoluto y patente (piénsese en que el proceso penal se singularizase también para cada uno de los delitos y faltas, o un proceso civil igualmente específico para cada regulación material; aquí la situación es aún más grave, puesto que los procedimientos pueden dictarse por normas de rango y extensión ínfimas).»

⁶¹ Efectivamente, en este sentido el Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aborda aspectos como la vinculación entre procedimientos administrativos y penales, presunción de veracidad de las denuncias efectuadas por agentes de la autoridad, etc.

También presenta puntos de reflexión la vigencia y extensión del principio acusatorio y, correlativamente con éste, la posibilidad de defensa del ciudadano. En efecto, no ya la refundición en un solo momento del pliego de cargos y de la propuesta de resolución, sino la eventual supresión del trámite de audiencia y vista en el expediente pueden hacer palidecer el derecho de defensa de los ciudadanos.

De otro lado, también preocupa a esta institución las actuaciones inspectoras y la constatación de hechos por funcionarios (SSTC 76/1990, 341/1993...) y la situación que en la práctica administrativa cotidiana pueden producir los reiterados intentos de excluir a los procedimientos disciplinarios de las garantías derivadas de los artículos 24 y 25 de la Constitución⁶², la articulación de la vinculación de la Administración a las declaraciones realizadas por órganos judiciales, la posibilidad de que la propuesta de resolución de los expedientes sancionadores no opere como límite máximo para la autoridad competente, etc.

Por último, en este breve repaso también pueden destacarse como problemáticos la eliminación, en materia de responsabilidad, de la posibilidad contemplada en la Ley de Expropiación Forzosa y en la anterior Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de optar en la exigencia de responsabilidad entre la Administración o el propio funcionario o autoridad responsable del servicio—el art. 145 LRJPAC sólo contempla el supuesto de exigencia de responsabilidad a la Administración pública, y en el caso del funcionario sólo podrá realizarse a través de la vía de regreso— que no ayuda a responsabilizar a los funcionarios públicos de la calidad de sus actuaciones que tengan incidencia en los ciudadanos o la tímida regulación de la responsabilidad del Estado legislador y otras cuestiones que reservo ya, sin más dilación, a los ponentes y participantes en mesas redondas que intervendrán posteriormente.

⁶² Al respecto, GARCIA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1992; SUAY RINCON, J., *Sanciones Administrativas*, Bolonia, 1989, y CASTILLO BLANCO, F. A., *Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*, Madrid, 1991.

IV. REFLEXION FINAL

Empezábamos al principio de esta intervención haciendo hincapié en la necesidad de realizar una reflexión que nos llevase más allá de la mera crítica y nos condujese —precisamente por ello se han invitado a ponentes tan ilustres— a poder hacer análisis más globales de los problemas.

No es esta ponencia la que seguramente suscitará esas respuestas, pero deliberadamente, si me permiten decirlo, sí se ha realizado con un sentido un tanto «provocador», en el sentido de provocar la reflexión de enunciar temas, de hacer breves apuntes que permitan a continuación a los participantes y al resto de los ponentes aportar y debatir sobre los problemas que con más frecuencia plantean los ciudadanos a esta institución.

Decía Benavente en *Santa Rusia* que: «Lo de cambiar los nombres sin cambiar las cosas es lo primero con que se engaña al pueblo en todas las revoluciones.» Espero que al término de estas Jornadas no tengamos que llegar a la conclusión de que esta ley, surgida con el propósito de dar una respuesta normativa a los problemas que aquejan a nuestra Administración, no supera ese análisis. Ustedes tienen la palabra.

Muchas gracias.

PONENCIA II

TRANSPARENCIA
Y PARTICIPACION
EN LA ADMINISTRACION
PUBLICA ESPAÑOLA

GASPAR ARIÑO ORTIZ

I. INTRODUCCION

Durante la década de los años sesenta se produjo en los medios intelectuales y universitarios del mundo occidental como un sentimiento de profundo malestar frente a un tipo de sociedad y de Estado que, bajo formas de democracia, esclavizaba de hecho al individuo en cuanto tal, ignoraba en la práctica su libertad, su vida y su dignidad. Este era el sentimiento que imperaba en muchos sectores de la sociedad, especialmente los jóvenes. Las luchas por los derechos civiles de tantos marginados en los Estados Unidos, los violentos estallidos en las Universidades y la oposición a la guerra de Vietnam (que a la postre acabaron con Johnson y produjeron la histeria de su sucesor) fueron acompañados en Europa por los movimientos estudiantiles de protestas que estallaron en el mayo francés del 68 y que alarmaron profundamente a Europa.

La crítica era certera. El ciudadano, al que pomposamente se le llamaba «soberano», en el orden constitucional, era de hecho considerado un simple «súbdito» por la maquinaria implacable del Estado. Se le adula a la hora de conseguir su voto en una elección, y después se le ignora hasta la elección siguiente. Además, las elecciones se les antojaban a los jóvenes, triviales y lejanas, montadas sobre unas declaraciones vagas y solemnes que no tienen después realidad; en cambio se les negaba voz y voto en asuntos que directamente afectaban a su trabajo, a sus intereses o a su entorno vital. Bajo la máscara de una presunta soberanía popular se ocultaba una real dominación a través de arcanos procesos de decisión asumi-

dos en exclusiva por la burocracia, la tecno-estructura, o como se quiera llamar. La representación parlamentaria era un pobre consuelo, pues los Parlamentos habían dejado de ser, bastantes años ha, la poderosa institución de dirección y control del Estado.

Es por ello que, a finales de la década, se levantará como gran bandera el eslogan de la participación de los ciudadanos afectados, de los interesados (ya veremos más adelante cómo éstos se identifican) en la toma de las decisiones administrativas que les conciernen.

Uno de los primeros juristas que en Europa tomó conciencia de la profunda contradicción entre los planteamientos políticos en que se basaba el Estado constitucional y la realidad de la Administración que éste había alumbrado fue Jean Rivero. En 1963, en los Estudios-Homenaje a Jean Dabin ¹, formuló una primera crítica a la tradición francesa de elaboración de la decisión administrativa, tanto reglamentaria como individual, que se inspiraba en dos modelos —el judicial y el militar— hasta cierto punto opuestos, pero coincidentes en una de sus notas definitorias: el *secreto en el que se toma la decisión* ². El deseo de eficacia y la remisión al control posterior del Juez diluyó o eliminó el sistema de garantías previas a la decisión, al cual el Marqués de Gérando, en los orígenes del Derecho administrativo francés, daba preferencia. El resultado de ello fue la construcción de una posición *carismática* para la Administración pública a la que se exime, como regla general, de dar a conocer en vía administrativa los motivos en que basa su decisión. Ciertamente, el Juez podrá obligar a la Administración, en caso de recurso, a «abrir el expediente» y a motivar y defender sus actos, pero conviene observar que esta obligación afecta a las relaciones de la Admi-

¹ Jean RIVERO, *Le Système Français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits*, tomo II, Melanges-Dabin, págs. 813 y sigs.

² Esto no siempre fue así. En un primer momento, según relata GERANDO, la Administración del Imperio se caracterizó por la multiplicación de las ocasiones en las que se daba la palabra a los administrados. Pero esta tradición, según RIVERO, se perdió pronto, como se dice en el texto (*op. cit.*, págs. 819-820).

nistración con el Juez, no a sus relaciones con el administrado³.

Todo ello se acompañaba de una serie de características que restringían, todas ellas, la presencia y participación de los ciudadanos en la gestión o tramitación de las decisiones administrativas: una legitimación estricta basada en la titularidad de derechos subjetivos (más tarde se ampliará al interés «legítimo y directo»), en el carácter potestativo de la información pública, en la iniciativa de acción, en exclusiva, a favor de la Administración, en el carácter «revisor» de la jurisdicción, en la imposibilidad de controlar eficazmente la inactividad o el incumplimiento de mandatos legislativos, en el carácter hermético e impersonal de su actuación, en la difícil exigencia de responsabilidad de autoridades y funcionarios, en una Administración Consultiva que es un órgano puramente interno de información y asesoramiento técnico (más que de representación y audiencia de los interesados), etc. Si todo ello se veía acompañado de una estricta «división de poderes», de la inmediata ejecutividad del acto, sin apenas posibilidad de suspensión del mismo y de una difícil ejecución de sentencias, que quedaba remitida a la propia Administración, la contradicción entre principios políticos y sistema administrativo resultaba clamorosa.

En efecto, la mecánica del poder que soñaron los doctrinarios revolucionarios del siglo XVIII —Gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo— se veía profundamente traicionada. Frente a ella nos encontrábamos con una Administración rígidamente jerárquica, autoritaria, con afición al secreto y al misterio de sus razones (los viejos *arcana imperii*); una Administración que ha estado —y sigue estando— excesivamente politizada, demasiado sumisa al mandato político (al que se suma hoy el mando de partido), con muy estrechas vías de exigir responsabilidad a autoridades y funcionarios; que tiene un sentido iluminista —y exclusivista— de lo que sea el interés público; que se considera siempre en posesión de la verdad, y que tiene, en definitiva, muy poco respeto al ciudadano, al que dice servir.

³ Vid. RIVERO, J., *op. cit.*, p. 821.

Como reacción ante tal situación se levantará como gran bandera, desde mediados de los años sesenta, en Europa y América, eso que se llamará «una democracia de participación». En Inglaterra, el Skeffington Report ofrecerá todo un programa articulado de participación ciudadana en los procesos de planificación. En los Estados Unidos, la Administración Johnson incluirá, como standard legal de obligado cumplimiento en la gestión de los programas de su Great Society, el logro de la *maximun feasible participation*. En Francia, tras las protestas de mayo de 1968, que alarmaron profundamente a Europa, el General de Gaulle y algunos de sus hijos espirituales (Peyrefitte, Poniatowski, Giscard) reiterarán, una y otra vez, en escritos y discursos la necesidad de «devolver al ciudadano la capacidad política y social» de pronunciarse de manera concreta y frecuente sobre los temas que le afecten, se denunciará la crisis de la autoridad carismática de las relaciones jerárquicas y de los *arcana imperii*, la conveniencia de avanzar hacia una estructura pluralista del poder político, la necesidad de instaurar un nuevo modelo de diálogo y negociación, de concertación y arbitraje, en la toma de decisiones por la Administración. En una palabra, la urgencia de abandonar los hábitos y los modos de una Administración napoleónica y avanzar hacia una Administración «de concertación social»⁴.

En el mundo anglosajón, el tema de la participación ciudadana y la rebelión contra el poder de las Agencias, que ni respondían a los deseos del público, ni se ajustaban a los mandatos legales, excesivamente vagos e indefinidos por parte del Congreso, arranca también a mediados de los sesenta. De esta época son dos famosos artículos de Charles A. Reich y Ernest Gellhorn, ambos publicados en *The Yale Law Journal*⁵.

⁴ Vid. tres testimonios, publicados casi simultáneamente, de tres de estos hombres: Alain PEYREFITTE, *Le Mal Français*, París, 1976; Michel PONIATOWSKY, *Conduir le Changement*, París, 1975, y V. GISCARD D'ESTAING, *Democratie Française*, Fayard, París, 1976. En estos tres libros pueden encontrarse continuas referencias a la necesidad de introducir estos cambios en la Administración francesa.

⁵ Charles A. REICH, «The Law of the Planned Society», *Yale Law Journal*, vol. 75, julio de 1966, págs. 1227 a 1269, y E. GELLHORN, «Public Par-

Y a este tema dedicó su atención en 1972 la Administrative Conference of the United States, bajo la presidencia de Roger C. Cramton⁶. De entonces acá se han escrito miles de páginas sobre la necesidad de ampliar y ensanchar, a *todos* los interesados potenciales, el derecho de conocer y a ser oídos en el proceso de adopción de decisiones.

Tal era el panorama de críticas al Derecho administrativo tradicional que se levantó en Europa y América, entre 1963 y 1973. Y lo primero que hay que preguntarse es: ¿por qué resultaba todo esto un «gran descubrimiento»? ¿es que acaso no consistía en esto, precisamente, la democracia, ya desde sus orígenes?, ¿dónde estaba la raíz de tal contradicción?

De nuevo fue la inteligencia, la lucidez y la finura intuitiva de Jean Rivero (quizás el jurista francés más interesante de este siglo en el campo del Derecho público), quien trató de explicar tal paradoja en un penetrante artículo que publicó dos años después del anterior en los Estudios-Homenaje a René Savatier⁷.

Cuando surge en Europa la democracia constitucional —dice Rivero— la máquina del viejo Estado absoluto se enfrenta a una sociedad que quiere someter el poder público a su propio control; el instrumento será una asamblea representativa a la cual el Gobierno quede estrictamente subordinado. Los asuntos públicos —que eran pocos— se decidirán por la Asamblea y al Gobierno-Administración se le encomendará estrictamente la ejecución; los ciudadanos, representados en aquélla, pondrían así a su buen seguro la defensa de su propiedad, su libertad y sus derechos fundamentales. En tales condiciones, con un Estado abstencionista, una asamblea todopoderosa y una Administración que sea «pura ejecución de la Ley», pudo pensarse, al menos en teoría, que instituciona-

participation in Administrative Proceedings», *Yale Law Journal*, vol. 81, enero de 1972, págs. 359 a 404.

⁶ *Vid.* también, de este último, su artículo titulado «The Why, Where and How of Broadened Public Participation in the Administrative Process», 60, *Georgia Law Journal*, 1972, págs. 525 y sigs.

⁷ Jean RIVERO, *A propos de métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration*, Mélanges-Savatier, Dalloz, París, 1965, págs. 821 y sigs.

lizando la representación parlamentaria los ciudadanos tenían asegurada la participación en la dirección de los asuntos públicos. El hecho de ser un mero «súbdito» ante la Administración no entrañaba mayor riesgo ⁸.

Y es que, en efecto, en el origen de la democracia constitucional moderna, la doctrina del gobierno representativo tenía una visión muy simple: al Parlamento, que es la representación del pueblo, corresponde la elaboración de las leyes, la adopción de las grandes decisiones, de las grandes opciones que se plantean a la comunidad; en él reside la soberanía, puesto que es la emanación de la comunidad misma, integrada por sus representantes políticos libremente elegidos; a éstos corresponde no sólo la aprobación de las leyes, sino también la fijación de las *metas y objetivos* de la comunidad política, formulados en un *programa de actuación que el Gobierno debe presentar* periódicamente para su aprobación. El Gobierno se concibe como un órgano subordinado al que se encomienda fundamentalmente la «ejecución de la Ley» (y a través de ella, de los planes y programas que el Parlamento le apruebe). Tendrá excepcionalmente la función de proveer a las necesidades públicas en ausencia de Ley o en materias que no pueden prever (o proveer) por leyes: el poder —escribirá Locke— de actuar de acuerdo con su discreción en la consecución del bien común, sin que exista una prescripción legal... Pero *éste es un poder excepcional*, de prerrogativa, cuyo uso sería muy escaso.

Una explicación prácticamente idéntica a la de Rivero fue dada unos años más tarde por el Profesor de la Harvard Law School, Richard B. Stewart, en un largo y enjundioso artículo publicado en 1975 ⁹, en el que puede leerse: «el modelo tradicional de Derecho administrativo concibe la Administración y sus agencias como una mera *correa de transmisión (transmission belt model)* para ejecutar las normas y directivas del legislador en los casos particulares. Ello legitima la intromisión en las libertades privadas por parte de autoridades y funcio-

⁸ J. RIVERO, *A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui...*, Mélanges-Savatier, 1965.

⁹ Richard B. STEWART, «The reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review*, vol. 88, págs. 1669 a 1813.

narios no sujetos a control electoral alguno mediante la garantía de que tales intrusiones están ordenadas por una fuente legítima de autoridad: el legislativo...; y la función de los Tribunales se dirige, justamente, a garantizar que la Administración actúa dentro de las directivas que el Congreso ha formulado».

En este esquema la única falla, aceptada como excepción, es la *discrecionalidad*, que amenaza la legitimación de este modelo de Administración. Pero se argumentará que son manifestaciones residuales de una apropiación del poder político por la Administración, que serán sometidas progresivamente a la Ley.

Pero ocurrió que la excepción se fue ampliando y ampliando hasta alcanzar, casi, la extensión de la regla. Y aquella pretendida «ejecución de la ley» o «vinculación estrecha a las directivas del legislador», por múltiples razones, entró irremediablemente en crisis. En primer lugar, a medida que los Estados iban asumiendo la dirección y el protagonismo de la vida económica y las tareas de asistencia vital, surgieron muchas materias en las que la actuación de la Administración escapaba a la iniciativa y al control del Parlamento; porque en tales materias, de política económico-social, se exige un saber especializado del que normalmente los parlamentarios carecen. Estos carecen también en muchos casos de la información suficiente para llegar a decisiones racionales. Y aun cuando la tengan, por las características mismas de la Institución (número de sus miembros, reglas de actuación, carencia de servicios de apoyo, etc.), el Parlamento, en todos los países, se ha mostrado absolutamente incapaz de asumir o dirigir las nuevas tareas.

Se han invertido así los papeles: el Gobierno ha pasado de ser el ejecutor de la política, a ser el formulador de la misma, en campos cada vez más amplios. Y las asambleas de representantes elegidos han tenido que, o bien otorgar amplias y constantes «delegaciones en blanco» a los Gobiernos, o bien limitarse a asentir sin más (o con leves alteraciones) a los planes y programas que éstos les presentan.

Esta realidad es universal. La asamblea legislativa más activa, flexible y mejor dotada del mundo, que es el Congreso de los Estados Unidos, ha tenido que hacer uso constante de tales delegaciones que en muchos campos son un cheque en blanco al Gobierno. Los estándares, directrices o límites de tales delegaciones, que se exigieron inicialmente para que éstas no fueran anticonstitucionales, han llegado a ser tan vagas, que quien fue quizás el más ilustre profesor de Derecho administrativo de aquel país, K. C. Davis, de la Universidad de Chicago, pudo decir entonces (1972): «La diferencia entre delegaciones con tan vagos estándares y delegaciones en blanco sobre una materia es más o menos cero.» Lo que el Congreso hace es decirle a la Administración: «aquí hay un problema. Resuélvalo. Y en algunas ocasiones, incluso, puede decir: nosotros, el Congreso de los Estados Unidos, no sabemos cuáles son los problemas actuales o los que puedan venir. Descríbalos, identifíquelos cuando surjan y resuélvalos»¹⁰. Además, en lugar de ser una excepción, se convirtió en técnica habitual de gobierno a partir de 1929. El traspaso del poder es evidente. ¡Y todo ello en un país en el que se afirmó durante mucho tiempo la delegación como algo anticonstitucional!

Naturalmente que los Parlamentos siguen desempeñando su labor de emitir reglas jurídicas, normas de conducta social, en aquellos campos que pertenecen al orden de las convicciones ideológicas, o que regulan el comportamiento individual, o que establecen procedimientos o cauces formales de actuación, o que reflejan las decisiones jurídico-políticas importantes que afectan a la estructura del Estado (regulación de las libertades, régimen local, sistema judicial, leyes civiles y penales, etc.); pero en materias económico-sociales, que son las que constituyen hoy el núcleo de la actividad del Estado, hemos asistido a un desplazamiento del poder de decisión desde el Legislativo al Gobierno-Administración. Esto es algo que nadie puede seriamente negar¹¹.

¹⁰ K. C. Davis, *Administrative Law Text, West*, 1972, pág. 27.

¹¹ Una razón profunda de este cambio ha sido señalada por la ciencia política: «la función capital del Estado, hoy, no es sólo legislar, sino, ante todo, actuar, y, por consiguiente, el *locus* de la decisión se traslada a las instancias que por su estructura están en capacidad de actuar, concretamente

La segunda causa que ha venido a invertir los papeles constitucionales en los países de régimen parlamentario (y aun en algunos de régimen presidencialista) es sencillamente la disciplina de partido. Permítaseme traer aquí el testimonio de dos distinguidos profesores, uno inglés y otro germano-norteamericano; el primero de ellos reconoce que aunque teóricamente es total el *control del Parlamento inglés sobre el ejecutivo*, «en la práctica las cosas son completamente al contrario», pues, dado el sistema electoral «en el cual hay muy pocas posibilidades de obtener un escaño en el Parlamento sin el apoyo del partido, esto significa que para un diputado el hecho de retirar su apoyo al Gobierno (y al partido) es un suicidio político»: por lo que, en la realidad —sigue diciendo—, «la legislación representa la voluntad del ejecutivo más que del legislativo»: «en asuntos económicos y financieros —concluye— el sistema es virtualmente dictatorial»¹². El segundo testimonio, de Karl Loewenstein, dice así: «Cuando una mayoría disciplinaria no corre ningún peligro de ser infiltrada o desbancada por la oposición, el legislativo no es sino un instrumento más o menos dócil que ejecuta el programa gubernamental que se le dicta. Ya no hay iniciativas legislativas espectaculares. Todo lo que el gobierno tiene que hacer es preocuparse de que sus corderitos parlamentarios permanezcan en el redil, lo cual se consigue en Inglaterra por medio de los látigos del partido (*party whips*), en Francia gracias a la autoridad de De Gaulle (el autor escribe en 1961) y el miedo a la oposición, y en la República Federal de Alemania por medio del compromiso con el eventual aliado en la coalición. El resultado es el mismo en todas partes; el Gobierno, solo, lleva a cabo la toma de decisiones y su ejecución legislativa y administrativa, y la función de control del Parlamento se convierte también en ilusoria»¹³.

del Parlamento a las instancias gubernamentales y administrativas» (GARCÍA PELAYO).

¹² B. SCHWART y H. W. R. WADE, *Legal control of Government*, Oxford, 1972, págs. 13 y sigs.

¹³ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, trad. española, 2.ª ed., 1976, pág. 475.

Por una u otra vía, el resultado final es así de claro: en la determinación de la política nacional (planes y programas de actuación del Estado) unas élites político-burocráticas (gubernamentales o de partido) imponen sus dictados al resto de los representantes elegidos por el pueblo. Y, por supuesto, al pueblo mismo.

He dicho político-burocrática porque esta élite tiene dos componentes principales. Unos son los que en el seno del partido consiguen ocupar las posiciones dominantes y constituyen la «clique», los «caucus», el «Secretariado», o como se quiera llamar. Otros son los altos burócratas, los expertos, técnicos, etc., fichados por el partido gobernante para instrumentar la política: son los que disponen de la información y son capaces de imponer sus análisis, sus racionalizaciones o su competencia técnica. Frente a ellos, las bases de los partidos o los representantes elegidos para las asambleas se encuentran en una dramática inferioridad. El control de éstos sobre los verdaderos centros de decisión del aparato del Estado irá haciéndose, a partir de la Segunda Guerra Mundial, cada vez más débil. El triunfo de los gobiernos laboristas o socialistas en la Europa de la posguerra, con la secuela de nacionalizaciones en cadena, hará escribir a Hayek en 1956 de la existencia de un *«nuevo despotismo, ejercido si se quiere por una dedicada y honesta burocracia que sinceramente busca el bien del país (lo que ya es mucho suponer, añadido yo), pero que no deja de ser un gobierno arbitrario, libre de todo efectivo control parlamentario»*.

Este ha sido el resultado de lo que podríamos llamar la democracia convencional, que ha venido a parar así a un modelo de Estado, muy lejano del que soñaron sus doctrinarios propositores: gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo.

He aquí un nuevo *challenge* del Estado de nuestros días: sin ceder un ápice en las exigencias posibles de un control parlamentario del poder, el problema hay que abordarlo hoy, allí donde realmente está: la representatividad, estructura y funcionamiento del Gobierno y Administración.

II. EL MITO DEL INTERES PUBLICO

Este continuo apoderamiento en blanco del legislativo al ejecutivo viene referido una y otra vez a un concepto que, en teoría, legitima la actuación gubernamental: la búsqueda y realización del interés público en el sector o campo de que se trate. En ocasiones la Ley intentará definir cuáles son los objetivos o las políticas en las que ese interés público se concreta. Pero en la mayor parte de los casos, el legislativo, en el marco del Estado social, es incapaz de definir, de manera concreta, los criterios, opciones y objetivos que deben presidir la elección de unas u otras soluciones. Así, por ejemplo, las formulaciones legales en las que se concreta nuestra política energética (los conceptos de «diversificación», «seguridad del abastecimiento», «competitividad», «protección medioambiental», «autoabastecimiento nacional», «reserva estratégica», etc.) son completamente vagos e indeterminados, de modo que *cualquier decisión* mínimamente articulada *es posible* a la vista de ellos. Otro tanto ocurre con nuestra política de transportes o nuestros planes de viviendas, con la legislación bancaria y financiera o con la regulación de las telecomunicaciones. En todos estos campos, a la postre, se ha operado una *transferencia total y completa de la decisión política del Congreso a cada uno de los Ministerios sectoriales*. Incluso las posibilidades de control del legislativo son escasas en estos campos, como lo son también las posibilidades del control jurisdiccional en base a los criterios de decisión mantenidos en las Leyes.

Naturalmente que estos estándares tan generales pueden concretarse administrativamente por la vía reglamentaria, pero no hemos de olvidar que el Reglamento es también un producto del Gobierno, y la cuestión que hay que plantear es ésta: ¿con qué criterios, en base a qué razones elige el Gobierno unas soluciones y no otras al desarrollar las Leyes?

Ciertamente hay todavía campos en los que la determinación del interés público se hace directamente por Ley del Parlamento y así ocurre todavía con la política y las leyes fiscales o laborales. Pero en la gran mayoría de los campos de actua-

ción, económica o asistencial, en todo lo que es propio del Estado Social, los Parlamentos se limitan a unas amplias delegaciones en las que todo cabe.

Por otro lado, el Presupuesto, en su estructura y formulación actual, no es tampoco instrumento adecuado de control o dirección política por parte del Parlamento, pues, aparte de los irrisorios plazos de estudio y enmiendas que se deja a los parlamentarios (quince días en la última legislatura), su formulación es, salvo en los conceptos de personal, completamente hermética, vaga e inexplicada. Se habilitan cifras globales de cientos de miles de millones, sin que se diga lo que hay detrás. Se sabe lo que la Administración gasta, pero no lo que la Administración hace. Todo ello hace del Presupuesto un documento formal y contable, pero perfectamente inútil como instrumento de dirección, salvo para aquellos que están en el secreto de las cifras; y a veces ni para éstos, pues las cifras se consignan apriorísticamente sin que respondan a una realidad previa de programas de actuación previstos por los Departamentos o Instituciones gestoras.

Quiere todo ello decir que, a través de genéricas delegaciones sustantivas y de apoderamientos financieros de tipo global, la Administración —se insiste en ello— es la protagonista real de los planes de actuación del Estado. Resulta hoy ingenuo creer que los representantes políticamente elegidos toman las decisiones acerca de los objetivos y que los administradores se limitan a ejecutarlos, y ello por la sencilla razón de que *es en la elección de los medios*, en la formulación de los programas y planes de actuación, *donde se ventilan las verdaderas decisiones*, la resolución de los *trade-off*, la elección de unos grupos o sectores sociales que van a ser beneficiados por una determinada «política», con olvido de otros que resultarán perjudicados. No se olvide: la elección de los medios —típica función de administradores y burócratas— nunca es neutral. Y es justamente aquí donde se plantea el problema de determinar en qué consiste el interés público. Pues bien, ¿quién valora las opciones posibles?, ¿en base a qué razones y criterios?, ¿cuál es su legitimidad para dispensar los favores —o los rigores— entre los diferentes grupos afectados por una decisión? Y sobre todo, la cuestión funda-

mental es ésta: ¿debe ese proceso quedar remitido, como hasta ahora, únicamente a la política, a factores ignotos, a las presiones que son capaces de ejercer los grupos económicos, o los sindicatos obreros, o simplemente a las preferencias burocráticas?, ¿no es éste un mundo en el que el Derecho administrativo puede establecer cauces, procedimientos y salvaguardas que aseguren en lo posible una decisión equilibrada, justa, con igualdad de trato para todos los sectores afectados por ella? Este es un gran envite a nuestro Derecho administrativo. Cuando ello se consiga se abrirán para el poder judicial nuevas posibilidades para un control más completo del poder estatal.

La razón de por qué esto no se ha hecho hasta ahora es, quizás —aparte de la dificultad intrínseca que la tarea conlleva—, una concepción sacralizada del Estado, que ha heredado la Administración. Se presume que ésta busca en todo momento el interés público que, en el marco de las leyes y principios que integran el ordenamiento jurídico, a la Administración le corresponde la tarea de descubrir y defender ese bien común o interés público, como si éste fuese algo racional, objetivo, identificable y mensurable. Esta concepción iluminista de lo que sea el interés público es una herencia hegeliana (el Estado como la realización de la idea moral, intérprete auténtico del bien común en cada momento); y una expresión máxima de esa convicción fue, en España, la contenida en la Ley Orgánica del Estado de 1967, en la que se proclamaba del modo siguiente: «La Administración, constituida por *órganos jerárquicamente ordenados*, asume el cumplimiento de los fines del Estado, en orden a la *pronta y eficaz satisfacción del interés general*.»

Pero esto es algo que ha pasado a la historia. La «encarnación» del interés público en políticos, administradores o burocratas es algo que ha ido degradándose progresivamente en la conciencia social y no puede subsistir. Con mayor o menor fundamento (casi siempre con bastante) las sociedades ilustradas de nuestros días desconfían de sus gobernantes. Como ha demostrado Anthony Downs¹⁴, la burocracia (y por su-

¹⁴ Anthony DOWNS, *Inside Bureaucracy*, Rand Corporation, 1966. Las

puesto los políticos) no encarna el interés público, sino, ante todo, un sistema de intereses personales o de partido. En segundo lugar, un sistema de intereses sectoriales del grupo u organización a la que sirve, o de la clase a que pertenece; y, finalmente, en la medida en que ambos lo permiten, el aparato burocrático se mueve por una cierta idea, casi siempre vaga e imprecisa, de lo que puede ser el interés público.

Esto es especialmente cierto en el marco del Estado social, en el que se ha ampliado considerablemente el número de las necesidades y fines que el Estado tiene que satisfacer. No se trata sólo de que los objetivos de la Administración sean más numerosos, sino que son también más complejos, más interrelacionados y, a veces, incompatibles entre sí. De ahí la necesidad de establecer prioridades, de valorar el coste de oportunidad en la asignación de recursos y la creciente función de arbitraje entre grupos de intereses que asumen hoy los Estados modernos. La ilusión de un interés público objetivo, mensurable, de aquello que es «lo mejor» para todos, está cada vez más lejos de la realidad. Y no es fácil identificar que sea ese inalcanzable «interés público», por la sencilla razón de que no sólo hay «un público», sino «muchos públicos». Y, por tanto, se hace difícil aceptar como indiscutible esa presunción de titularidad en exclusiva del interés público a favor de alguien que, de una manera arcana y como por iluminación divina, nos puede decir a todos lo que más nos conviene ¹⁵.

Se hace por ello necesario, para garantizar el acierto en las decisiones, la toma en consideración del mayor número posible de *in-puts* de información, de audiencia de todos los grupos interesados, de toma en consideración de todos los factores y valores en juego, para que las decisiones que adopte la

conclusiones de este estudio están hoy ampliamente aceptadas. En el mismo sentido, entre nosotros, NIETO, «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *RAP*, núm. 76, 1976, págs. 12 y sigs.

¹⁵ Y así ha sido reconocido también por los juristas. «The public interest —escribió Justice FRANKFURTER en una famosa decisión— is a texture of multiple strands» (apud. STEWART, «Reformation...», cit., pág. 1683). *Vid.* los análisis de Emmette S. REDFORD, *Ideal and Practice in Public Administration*, University of Alabama Press, 1958, págs. 107 y sigs.

Administración sean lo más ilustradas y racionales posibles. Y para ello, lo primero y más necesario es *abrir los dossiers* a cuantos puedan tener algún interés, en el más amplio sentido del concepto, individual o colectivo, directo o indirecto, en el proceso de que se trate. Tal es una de las exigencias imperiosas en la Administración moderna.

III. EL DERECHO A CONOCER

Obviamente, la primera condición para que todo ello sea posible es que el ciudadano conozca qué se está haciendo, qué se va a hacer o qué quiere hacer la Administración en aquellos sectores que le afectan. Las posibilidades que el Derecho administrativo tradicional ofrecía para ello hasta ahora eran bastante escasas. En la vieja Ley de Procedimiento este derecho de información aparecía recogido en los artículos 62 y 63, que decían: «los interesados en un expediente administrativo tendrán *derecho a conocer*, en cualquier momento, el estado de su tramitación; recabando la oportuna información de las oficinas correspondientes...». «Podrán solicitar que se les expida copia certificada de extremos concretos contenidos en el expediente.» Eso era todo: el estado de la tramitación y algún documento aislado, siempre que al funcionario, naturalmente, le pareciese bien, pues no había sanción para su denegación.

Estaba también previsto en algunos procedimientos —no en todos, ni preceptivamente, sino sólo «cuando la naturaleza de éste lo requiera» a juicio del órgano competente— un trámite de información pública, previsto en el artículo 87.1 y en el artículo 130.5, este último referido a la elaboración de disposiciones generales. Pero este trámite, que podría constituir un excelente medio de articulación de las demandas sociales, no ha tenido nunca entre nosotros el vigor y la importancia que su naturaleza hubiera podido darle. La falta de una regulación adecuada de la institución, la inexistencia de una instrumentación orgánica (la figura del encuestador y su informe que, de forma imparcial, filtra y valora toda la información aportada por los comparecientes en el trámite), su carácter po-

testativo (salvo en procedimientos especiales), la ausencia en los últimos años de los presupuestos políticos indispensables para su buen funcionamiento (sucesivos períodos autoritarios o de democracia formal, falseada por el caciquismo), y —¿por qué no decirlo?— la apatía, el desinterés y el individualismo de este pueblo viejo y escaldado, que sabe que nada va a cambiar y al que falta por lo común todo sentido comunitario, hicieron de esta vía un trámite degradado que para nada ha servido en los últimos cincuenta años.

La Ley de Procedimiento de 1958 preveía también, en su artículo 91, el trámite esencial de la «audiencia del interesado» que ha sido calificado en nuestra jurisprudencia con los más solemnes adjetivos («sustancial», «fundamental», «capital», «esencial», «esencialísimo», «sagrado», «eterno principio de justicia», etc.)¹⁶, y cuya falta se consideró siempre vicio de nulidad radical porque constituía motivo de indefensión. Finalmente, el artículo 130.4 de la antigua Ley preveía («siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje») la audiencia, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, de las «entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición». Pero este trámite tenía también carácter potestativo, por cuanto se podría prescindir de él por «razones de interés público debidamente consignadas en el Anteproyecto». De hecho la jurisprudencia, hasta fecha reciente, consideró abrumadoramente esta omisión como no invalidante, situación que ha cambiado recientemente, como en seguida veremos.

Tales eran hasta 1978, año de la aprobación de la Constitución española, las vías, ciertamente escasas y, sobre todo, mezquinamente practicadas en las que se concretaba el derecho a conocer y la posible participación de los interesados en los procesos administrativos de decisión. Todas ellas venían además seriamente limitadas por un concepto clave que abría

¹⁶ En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1984, citada por GONZALEZ NAVARRO en *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, comentario al Título VI, Madrid, 1994, pág. 923.

—o cerraba— las posibilidades de actuación: el concepto de «interesado».

Aparecía éste regulado de una manera directa en el artículo 23 de la vieja Ley que los circunscribía a quienes fuesen «titulares de derechos o intereses legítimos» [apartado a)], «intereses legítimos, personales y directos, que puedan resultar afectados por la resolución» [apartado c)]. Y con este alcance habría que entender los artículos 62, 63, 91, 113 (legitimación para recurrir reconocida a «los titulares de un derecho subjetivo o de un interés directo personal y legítimo en el asunto») y 130.4, antes citados.

Ciertamente la jurisprudencia fue ampliando, progresivamente, mediante una interpretación extensiva, el concepto jurídico indeterminado de interés directo, aceptando que éste siempre se daba cuando en el acto o resolución pudiera derivarse alguna ventaja o perjuicio a un ciudadano. En reiteradas sentencias, a partir de los años setenta, el Tribunal Supremo insistirá en que el concepto de interesado es «amplio y no restringible», que «el interés directo hay que tomarlo en sentido amplio y no angosto», sin que sea necesario el respaldo de un precepto legal concreto. Y así, otras afirmaciones semejantes. Pero por mucha que fuera la amplitud del concepto de «interés directo» resultaba necesario concluir que, *a sensu contrario*, los intereses *simples* o los *meros* intereses no eran título de legitimación suficiente para intervenir, conocer, ser oído o impugnar un procedimiento. El «simple» interés permitía el acceso al trámite de información pública, cuando ésta existiese, pero nada más.

La crítica que esta situación merecía fue hecha contundentemente por Alejandro Nieto en dos memorables artículos ¹⁷, cuyo contenido no voy a repetir aquí. Su tesis es que el Derecho administrativo tradicional se proclamó defensor del individuo y sus intereses (es decir, de aquellos individuos que tenían derechos e intereses personales que defender), pero el

¹⁷ Alejandro NIETO, «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *RAP*, núm. 76, enero-abril de 1975, págs. 9 a 30, y «La discutible supervivencia del interés directo», *REDA*, núm. 12, Civitas, enero-marzo de 1977, págs. 39 a 58.

interés público y los intereses colectivos, en cuanto tales, estaban desprovistos de protección por esa barrera legitimadora que, tanto en el procedimiento administrativo como en el contencioso, sólo se abre a los titulares de derechos (o intereses) *individuales*. Por tanto, quedan fuera de la garantía del Derecho público los intereses colectivos, sean o no de contenido económico-patrimonial, en la medida en que no afecten a la esfera vital de intereses de un individuo concreto. Por mucho que se amplíe el concepto de interés directo se exige «una relación inmediata entre el objeto de la pretensión y quien la ejerce».

¿Y qué ocurre con los intereses colectivos? Pues que quedan remitidos al campo de la decisión política (no del Parlamento, sino de la Administración, como hemos visto), «en cuyo terreno (el Derecho administrativo) no se decide a entrar»¹⁸. Entre los intereses individuales —dice Nieto— y un interés público general, que a todos alcanza, la acción administrativa perpetra cada día atentados a intereses colectivos (de grupos, sectores sociales o comunidades de ciudadanos) que ni pueden solicitar adecuada protección judicial ni han sido tomados en consideración, por falta de cauces para ello, a la hora de adoptar las decisiones que directamente les afectan. Pues bien, Nieto reclama, para esos sectores sociales, a los que están hoy cerrados tanto los mecanismos forenses como los políticos, un nuevo Derecho administrativo, instrumento de realización de los intereses colectivos, «cuyo presupuesto imprescindible es una mayor participación en todos los niveles». Ello implicará, desde luego, «*romper el monopolio interpretativo de lo que es el interés público*, en cuya definición deben participar de alguna manera hábil los ciudadanos, y, por otro lado, romper con la idea de que el interés público es independiente de los intereses individuales y colectivos»¹⁹.

Por lo demás, Nieto subraya con acierto que en la Administración del Estado social, en el que proliferan actuaciones discrecionales y aun metajurídicas de difícil control judicial, lo importante no es tanto configurar una legitimación para re-

¹⁸ Loc. cit., pág. 25.

¹⁹ Loc. cit., pág. 28.

currir, sino que «mayor importancia puede tener aún *el control anterior*: si los ciudadanos consiguen que el acto se produzca correctamente, se hace inútil el recurso jurisdiccional». No me resisto a la tentación de transcribir aquí un texto que tiene visos de conclusión y que el propio autor escribe en cursiva. Dice así: «la última idea que subyace en esta línea evolutiva es la afirmación de un nuevo protagonista del interés público. Hasta la fecha —y aparte, naturalmente, del legislador— se entendía que a la Administración correspondía definir el interés público y, en su caso, valorar los intereses concurrentes de otra naturaleza. Recientemente ya hemos visto que los tribunales se arrogan también esta potestad, rechazando el monopolio administrativo anterior. Pues bien, he aquí que ahora aparece un nuevo sujeto —llamémosle el ciudadano— que, titular del derecho originario de la soberanía, parece reservarse directamente esta potestad definitoria, aunque siga sin encontrar cauces adecuados de articulación técnica para su ejercicio».

Llegados a este punto, debemos preguntarnos: ¿ha abierto la nueva Ley 30/1992, del Procedimiento Administrativo Común, esas nuevas vías?

IV. TRANSPARENCIA Y PARTICIPACION EN LA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO

Antes de entrar en el análisis de esta Ley, debemos recordar que la Constitución en diversos artículos había apuntado estos nuevos caminos, reiterando en distintos artículos expresiones muy significativas. En primer lugar, al calificar a España, en su artículo 1, como «un Estado social y *democrático* de Derecho», expresión en la que la doctrina apuntó unánimemente a esa pluralidad de vías de participación en el proceso político administrativo. Después, en el artículo 9 insiste en la misión de los poderes públicos de «facilitar la *participación* de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». El 23 reitera que «los ciudadanos tienen el derecho a *participar* en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes...», y el 27.5 concreta una mo-

dadidad de esa participación en la «programación general de la enseñanza con *participación* efectiva de todos los sectores afectados». Los artículos 36 y 52 se refieren a los colegios y a las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que le sean propios. El artículo 105 constitucionaliza algunos de estos *derechos de información* y audiencia al decir:

«a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativa que les afecten ²⁰.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas ²¹.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado ²².

Finalmente, recordemos que el artículo 129 contempla las «formas de *participación* de los interesados en la *seguridad social* y en la actividad de los organismos públicos, cuya función afecte directamente a la *calidad de la vida o al bienestar general*». Y el 131 prevé la elaboración de *planes económicos* «con el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas».

Todos estos preceptos y alguno más que podría encontrarse apuntan claramente al reconocimiento constitucional de un nuevo derecho ciudadano: el *right to know*, en su más amplio sentido, en el que se incluye el derecho a participar y, en general, una llamada a la transparencia de los asuntos públicos. La vieja expresión «luz y taquígrafos» parece predicarse ahora no sólo de los legisladores, sino de los administradores, lo

²⁰ Véase el artículo 130 de la LPA (núm. 300). Téngase en cuenta también lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, citado en nota al artículo 51.

²¹ Véase la LSO (núm. 90) y la LDH (núm. 75).

²² Véase la LPA (núm. 300).

cual ha querido de alguna manera reflejarse en la nueva Ley de Procedimiento en los términos que en seguida veremos.

Antes, sin embargo, conviene recordar que la promulgación de la Constitución de 1978, en sí misma, introdujo ya algunos cambios en la interpretación jurisprudencial de la vieja Ley. Así, por ejemplo, frente a la tradicional interpretación jurisprudencial del artículo 130.4 de la LPA como requisito del carácter facultativo, más que imperativo, el texto del artículo 105.a) ha provocado un *cambio radical* a partir de 1985 en que el Tribunal Supremo mantiene la tesis opuesta y exige, cuando menos, una justificación de la omisión de este trámite. Y entra a juzgar si las causas de justificación, que en el precepto legal se contenían, estaban o no acreditadas. En definitiva, lo que parecía un buen consejo del legislador se convirtió en una clara exigencia que da lugar a la nulidad de la disposición si se incumple.

Pues bien, dicho esto veamos cuáles son las notas diferenciales que han venido a introducir la nueva Ley respecto de la anterior.

La Exposición de Motivos en su apartado 3 anuncia ya que:

«la Constitución de 1978 alumbró un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La CE consagra al carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla. El Régimen Jurídico de los APPS debe establecerse desde este concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la Sociedad a la que sirve como instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos».

En otros pasajes de este mismo texto se hace referencia a «la necesidad de ampliar y reforzar las garantías de los ciuda-

danos para la resolución justa y pronta de los asuntos», así como a «una trascendente formulación de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos» entre los que destaca como innovación más significativa «la posibilidad de identificar a las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos» —rompiendo la tradicional opacidad de la Administración—... lo que abrirá «la posibilidad de solicitar la exigencia de responsabilidad por las anomalías en la tramitación».

Tales son, aparte de otras referencias menores, los términos en los que la Ley se presenta a sí misma. Pero la verdad es que, tras las retóricas declaraciones de la Exposición de Motivos, los artículos en los que se concreta esa reforma no son todo lo novedosos ni tienen todo el alcance que hubieran debido tener. Sus principales innovaciones son las siguientes, por el orden en que aparecen en la Ley:

A. SOBRE EL CONCEPTO DE INTERESADO

Hemos visto que éste es uno de los conceptos clave para articular una verdadera transparencia y participación de los ciudadanos en los procesos de decisión de la Administración. La Ley lo regula en el artículo 31, que supone, sin duda, una reforma del viejo artículo 23 en términos de mayor amplitud y apertura del procedimiento. En efecto, ha sido suprimida la expresión «interés directo» y sus análogas (aunque ésta reaparece en el art. 37.3 para legitimar el acceso a los documentos de carácter nominativo), ha sido ampliada la legitimación a quienes ostenten o promuevan no sólo intereses individuales, sino también «colectivos» (aquí puede apreciarse con toda evidencia la influencia ejercida por la autoridad de A. Nieto, en sus dos artículos citados *supra*) y, finalmente, se ha ampliado igualmente el concepto —lo que era una exigencia constitucional— a «las Asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, titulares de intereses legítimos colectivos», si bien esto no se hace con carácter general, sino sólo «en los términos que la Ley reconozca». Surge con ello la duda de si para que sean reconocidos como interesados ha de estar expresamente declarado su in-

terés (o su legitimación) en una Ley sectorial o si, por el contrario, ésta se dará siempre que exista una conexión o relación sustancial entre el procedimiento sectorial de que se trate y las organizaciones sociales que se sientan afectadas. Obviamente, la interpretación debe ser la segunda y así parece desprenderse de los términos en que se desarrolló el debate parlamentario en este punto, en el que se eliminó la exigencia de una Ley especial para el reconocimiento de tales intereses. En definitiva, lo que se quiere decir en la Ley es que hay que acotar el campo de actuación de las asociaciones representativas a lo que constituya su objeto específico (y no a otros).

Así pues, en este punto hay un cambio importante que se verá completado por una interpretación amplia de lo que sea «interés legítimo» (toda alteración en un *status* o ámbito vital de la que se derive un eventual daño o beneficio para un sujeto), en los términos amplios en que la jurisprudencia ha venido reconociendo la existencia de dicho interés, con la ampliación esencial de que éste no tiene por qué ser estrictamente personal, sino que puede ser también colectivo o social.

B. EL LLAMADO «DECÁLOGO DE LOS DERECHOS ADMINISTRATIVOS»

Esta expresión que con cierta sorna ha utilizado Parada para calificar al artículo 35 de la Ley viene a sintetizar el contenido de este pomposo artículo, no exento de buenos deseos, en el que se recogen 10 derechos que los ciudadanos ostentan ante la Administración y una cláusula residual. La mayoría de ellos [así, apartados *a*) —derecho a conocer—, *a*) y *c*) —a obtener copia de los documentos—, *e*) —formular alegaciones—, *f*) —no presentar documentos no exigidos—, *g*) —obtener información y orientación—, *i*) —ser tratados con respeto y deferencia— y *j*) —a exigir responsabilidades—] o estaban reconocidos ya en las Leyes de Procedimiento y Régimen jurídico (arts. 62, 63, 64 y 83 LPA, y 40 a 49 LRJ), o por su obviedad, de hecho, ya se disfrutaban en la práctica, en la mayoría de los casos (tampoco se van a disfrutar ahora

más, si el funcionario no quiere, aunque la Ley lo diga). De modo que, hasta aquí, es más el ruido que las nueces.

Las tres verdaderas innovaciones de esta Ley son los apartados *b)* —derecho a identificar a las autoridades y al personal responsable—, *d)* —derecho a utilizar las lenguas oficiales en cada territorio— y *h)* —derecho de acceso a los registros y archivos de la Administración—. El derecho a la lengua es consecuencia, obviamente, del artículo 3 CE, que es quien lo otorga y no esta Ley. No vamos a entrar ahora en él, sino que nos remitimos a lo que fue el último libro de Aurelio Guaita, que versó justamente sobre este tema.

En cuanto a los otros dos, el primero ha sido valorado de distinta forma por la doctrina. Para Garrido es un gran logro «en una materia que, hasta ahora, podría considerarse tabú»²³. Según Parada esto es algo que «se ha dado siempre por supuesto en la Administración española» y estaba sobreentendido —además de que se practicaba a diario— en los artículos 33 (derecho a la información), 34 (Oficina de iniciativas y reclamaciones), 70 (derecho de petición) y 42 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico (responsabilidad de autoridades y funcionarios)²⁴.

Quizás ambas apreciaciones son ciertas, pero el hecho es que la Ley trata con ello de «personalizar» a la Administración pública y hacer más responsable a las autoridades y funcionarios que han de salir de ese anonimato que el solemne concepto del Estado les otorgaba. Por lo demás, el sistema de identificación del empleado público, contenido en la resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, de 3 de febrero de 1993 (*BOE* de 11 de febrero), ha sido objeto de una cierta chanza entre los profesores de Derecho administrativo²⁵. No hay que darle mayor importancia.

²³ GARRIDO FALLA y FERNANDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas (un estudio de la Ley 30/1992)*, Madrid, 1993, pág. 82.

²⁴ Ramón PARADA, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, 1993, pág. 150.

²⁵ Vid. S. MARTIN-RETORTILLO, «Acotaciones escépticas sobre la nueva regulación del procedimiento administrativo», *REDA*, núm. 78, abril-junio de 1993, pág. 219.

C. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DERECHO
DE ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LOS DOCUMENTOS
ADMINISTRATIVOS

Esta es ciertamente una novedad de mayor calado con la que nuestra Administración viene a sumarse a un movimiento generalizado de apertura de los archivos y registros de la Administración a los ciudadanos a quienes debe servir. Con ello nuestro país viene a seguir la línea de la *Freedom of Information Act* norteamericana, de 5 de junio de 1967, de las Leyes francesas número 78/753, de 17 de julio de 1978 (*Liberté d'accès aux documents administratifs et dispositions diverses améliorant les relations entre l'administration et le public*) y la Ley de 11 de julio de 1979 (Motivación de los actos administrativos y comunicación de documentos), de la recomendación 854/1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa al acceso del público a los documentos gubernamentales y a la libertad de información o, finalmente, la Ley italiana 241, de 7 de agosto de 1990 (Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos). Todos ellos son, a su vez, seguidores de los países escandinavos, y en especial de Suecia, pioneros en la regulación del derecho de acceso (recuérdese el principio de la «pecera de cristal» con el que Shonfield caracterizaba a la Administración sueca).

No vamos a entrar aquí en lo que sería una investigación interesante de Derecho comparado que, por sí sola, bien merecería un seminario ²⁶. Nos limitaremos a glosar, brevemente, el artículo 37 de la nueva Ley, una regulación —en mi opinión— equilibrada y prudente, que supone una verdadera innovación respecto del anterior sistema, pues si bien es cierto que en éste existía un derecho de acceso a los expedientes por

²⁶ El trabajo que contiene un análisis más completo del Derecho comparado en este punto sigue siendo el del profesor canadiense Donald C. ROWAT, *Administrative secrecy in developed countries*, Macmillan Press, 1979. Muy interesante también por el momento en que se publicó (1977), el libro de Itzhak GALNOOR, profesor de la Universidad de Jerusalén, *Government secrecy in democracies*, Harper, Nueva York, 1977.

parte de los interesados y/o recurrentes, en el seno de un proceso judicial, de lo que ahora se trata es del acceso de *cualquier ciudadano* siempre que tales expedientes y/o ciudadanos reúnan determinadas condiciones.

Resultaba verdaderamente llamativo que, siendo públicas las sesiones de las Cámaras legislativas y —en principio— también las actuaciones judiciales, la Administración siguiera conservando ese viejo estilo del secretismo en la instrucción de los expedientes y de opacidad de sus archivos y registros.

A partir de ahora el principio inspirador de la acción administrativa debería ser el contrario. La Administración debería tener a disposición de los ciudadanos una información completa y segura sobre cómo funcionan los servicios públicos, cuánto cuestan, qué criterios inspiran su actuación y quiénes son los responsables de cada uno de ellos. Todo aquello que se financie con fondos públicos, tanto presupuestarios como extrapresupuestarios, debe estar abierto a la información al público a quien debe servir, desde las escuelas de enseñanza primaria hasta los puertos o aeropuertos, pasando por todos los servicios de la Administración central e institucional. Los ciudadanos tienen derecho no tanto a la consulta de los expedientes nominativos que puedan afectar a las personas singulares, sino sobre todo a los planes y proyectos de la Administración, a los estudios, memorias o informes en los que ésta basa sus decisiones, a los presupuestos de las obras y servicios que se prestan al ciudadano, a los expedientes de autorización o concesión de obras y actividades que han de tener un impacto sobre la población (impacto ambiental, cultural, económico o social), a todos los expedientes tarifarios de los servicios públicos y, en general, a toda la actividad de prestación o fomento que en dimensiones verdaderamente ingentes tiene asumida hoy la Administración.

Sólo cuando «prevalezcan razones de interés público, intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley» (art. 37.4) podrá ser denegado este «derecho a conocer» y, aun en estos casos, deberá «el órgano competente dictar resolución motivada».

Naturalmente que esto no puede ser una puerta abierta a la violación de la intimidad de las personas ni a la pura curio-

sidad de terceros sobre documentos de carácter nominativo (esto es, personal), salvo que esos terceros acrediten un interés directo y legítimo, como así lo establece el artículo 37, números 2 y 3.

No comparto la crítica un tanto desafortunada que le hace Parada a este artículo, aunque sí la que formula en particular a ese requisito de que los expedientes «correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud». No se alcanza a comprender las razones de esta amputación de un derecho constitucionalmente reconocido. Más aún en ocasiones será, justamente, la información de lo que está en trámite lo que puede ofrecer una mayor importancia —y garantía— tanto para los ciudadanos como para los intereses públicos, siempre, claro es, que el buen funcionamiento de los servicios no se vea perturbado o desbordado por unas peticiones irrazonables.

Razonables parecen, en cambio, los supuestos contenidos en el apartado 5, que contiene una lista de materias excluidas del ejercicio de este derecho. Y otro tanto hay que decir de aquellas materias que tienen en este punto una regulación específica (materias clasificadas, datos sanitarios, información electoral, etc.).

Si cuanto en este artículo se prevé se lleva a la práctica y la Administración es respetuosa con la Ley (por cierto, que nada dice ésta sobre las consecuencias del incumplimiento de estas normas, lo cual puede ser una invitación a desconocerlas), habrá cambiado realmente el estilo y el clima de las relaciones entre Administración y ciudadanos²⁷. Y la transparencia e información sobre las actividades de aquélla conducirá de la mano a una mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

²⁷ La experiencia dice que no hay que confiar demasiado en la buena voluntad de los políticos y los administradores. *Vid.*, como ejemplo, el frustrante relato de Valentín R. VAZQUEZ DE PRADA sobre lo que fue la aplicación en Francia, en los primeros años, de la Ley de 17 de julio de 1978, más arriba citada, en «Nuevas perspectivas en la relación Administración Pública-administrados», *Documentación Administrativa*, núm. 186, 1980, págs. 171 y sigs.

D. MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Es ésta otra de las técnicas en las que se manifiesta la transparencia u opacidad de una Administración pública. Es bien sabido que, hasta fecha relativamente reciente, la Administración no tenía por qué motivar sus actos. En concreto, en España esta obligación arranca de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, e incluso en ésta se limita la exigencia a algunas categorías de actos bien definidos y no a todos ellos con carácter general. Sin embargo, esta exigencia ha venido imponiéndose progresivamente, cada vez con mayor extensión, y ello por dos motivos: porque es una garantía importantísima para la protección de los derechos del ciudadano, permitiendo un control jurisdiccional mucho más riguroso y, al mismo tiempo, porque es también una garantía de buena administración por cuanto que en ella se debe reflejar la explicación detallada de la causa y el fin al que el acto se encamina, lo que obliga al funcionario —y a las Autoridades que dictan el acto— a tomar en consideración todas las razones, intereses y circunstancias que justifiquen la decisión adoptada. Por lo demás, una decisión explicada, razonablemente justificada, tiene muchas más posibilidades de ser comprendida y aceptada por los destinatarios de la misma, obliga a realizar un esfuerzo de información y de diálogo con los sectores afectados y contribuye a la racionalidad de la decisión política.

Pues bien, en este punto el artículo 54 de la nueva Ley supone también una considerable ampliación de este requisito de los actos administrativos en relación con lo que se preveía en el viejo artículo 43. Y así, los supuestos en que se exige la motivación se amplían considerablemente al incluir en ellos no solamente los que limiten derechos subjetivos, sino también los que afecten a «intereses legítimos», expresión que debe ser interpretada a la luz de lo que ya se ha dicho en el comentario al artículo 31 y, sobre todo, se amplía la exigencia de motivación a todos «los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales» y los que supongan acuerdos de «tramitación de urgencia o de ampliación de plazos», así como los que «pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva».

Dentro de estos supuestos quedarán incluidos la mayoría por no decir todos los actos de favorecimiento y de ordenación económica, tan importantes hoy en el Estado social. Es éste otro avance importante en cuanto a la publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas.

E. LA AUDIENCIA DEL INTERESADO

Ya nos hemos referido a ella reiteradamente y no hay mucho más que decir en este momento. Los términos en los que el artículo 84 la regula, en relación con lo que preveía el viejo artículo 91, son más o menos idénticos. La única diferencia apreciable es que en la LPA se anteponía el trámite de audiencia, tanto al informe al Consejo de Estado como de la Asesoría Jurídica, lo que ha desaparecido en la regulación vigente, por lo que cabe concluir que podrá hacerse ahora tanto en uno como en otro momento.

Desde el punto de vista de la sanción que merezca la omisión de este trámite, nada ha cambiado. Lo que sí ha cambiado es la amplitud del concepto de «interesado», en los términos ya vistos. La referencia a los principios de contradicción y de igualdad, contenidos en el artículo 85.3, era algo consagrado por la jurisprudencia anterior a la Ley.

F. LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Es éste —como ya se dijo— un trámite verdaderamente importantísimo, tanto para la transparencia como para una eventual participación de los administrados, en la toma de las decisiones. Bien instrumentado sería, quizás, el principal medio de articulación, en nuestro Derecho, de las demandas sociales; y es, sin duda, el gran avance que el Derecho anglosajón —inglés y, sobre todo, norteamericano— presenta sobre los sistemas continentales.

Pues bien, resulta decepcionante la regulación de la nueva Ley en este punto.

La necesaria revitalización de las informaciones públicas en el contexto sociopolítico y jurídico español había sido solicitada con reiteración en los últimos años ²⁸ no sólo porque tienen un «valor incalculable cara al replanteamiento del sistema de toma de decisiones por parte de los órganos de la Administración pública» (y, por tanto, respecto del tema de las relaciones entre el ciudadano y el poder), sino porque, además, en la compleja sociedad de intereses interdependientes, a la que nos referíamos al comienzo de estas páginas, sólo una amplia y diversificada información pública puede hacer presentes los muchos aspectos que casi siempre se ventilan en cada decisión. Como ya se ha dicho en páginas anteriores, difícilmente la Administración adoptará decisiones justas y eficientes, sobre todo en el terreno de las intervenciones económicas, en las infraestructuras, en las prestaciones sociales, etc., sin una toma en consideración, ordenada, sistemática, articulada, financiada incluso —si es necesario— con fondos públicos, para que eso que llamamos «interés público» pueda acercarse a una resultante última de todos los intereses afectados. Cuando ello no ocurre así, se siguen caminos oscuros (*lobbys*, compra de influencias políticas o puro y simple cohecho). Resulta difícil imaginar cómo pueden tomarse decisiones en materia de transportes, de carreteras, de planes de ordenación urbana, de ordenación turística, de concesiones mineras, de planificación hidrológica o de protección de espacios naturales, y tantas otras, sin una adecuada articulación de este mecanismo administrativo de la información pública.

Pues bien, nada de eso aparece en la nueva Ley de Procedimiento que se ha limitado de una manera tosca y simplona a repetir en el artículo 86 los mismos términos, en los que la información aparecía regulada en el viejo artículo 87. Es una verdadera pena esta ocasión perdida de modernizar los

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, los trabajos de BERMEJO VERA en torno a esta institución, así como los estudios de FORTES. Del primero, sobre todo su colaboración al libro *Aspectos Jurídicos del Trasvase del Ebro*, Zaragoza, 1975, págs. 55 a 101, y, sobre todo, su excelente recensión al libro de BOUS-SARD, J. L., *L'enquête publique en Angleterre*, PUF, París, 1969, aparecida en la *RAP*, núm. 81, 1976, págs. 473 y sigs.

procesos de decisión y de cumplir con los principios y valores proclamados en la Constitución.

G. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

Como es bien sabido, ésta es una de las escasas partes de la antigua Ley que la nueva ha conservado vigente y que, tras la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llevado a efecto en cuanto a la exigencia de audiencia y participación de aquellas entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo y que se vean afectados por la disposición en cuestión.

En definitiva, nada nuevo en la Ley 30/1992, pero sí una completa revalorización de este trámite por obra de la Constitución y la jurisprudencia.

H. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO

Es ésta otra de las grandes novedades de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, consistente en la terminación de los procedimientos mediante la celebración de pactos, acuerdos, convenios o contratos, que tengan por objeto satisfacer el interés público, siempre que no sean contrarias al ordenamiento ni versen sobre materias no susceptibles de transacción.

Se ha querido abrir con ello una vía amplia a esa Administración por concierto o Administración por convenio que, un poco al margen de la Ley (y con toda clase de peligros), se ha venido practicando en los últimos años, especialmente en el sector urbanístico-inmobiliario, forestal, medioambiental, energético, de I + D y, en general, en toda la Administración de fomento (desarrollo regional, política de exportación, etc.). Y para ello se ha trasladado al Derecho español la regulación alemana de los convenios de Derecho público como una posibilidad de terminación del procedimiento administrativo, cuando se den determinadas condiciones: que no

esté prohibida por la Ley, que verse sobre materias susceptibles de transacción, que no suponga alteración del sistema objetivo de competencias administrativas y, además, que esté previsto, en cada caso, por una disposición específica que lo regule porque si no es así no cabe la celebración de convenio alguno.

El artículo 88 establece, por tanto, un régimen más bien estricto y limitado para este tipo de actuación por concierto. Quizás no le faltan razones para ello, por cuanto tal modalidad de actuación fácilmente puede suponer una puerta abierta al favoritismo y a la discriminación; en definitiva, un atentado al principio de legalidad y a la predeterminación de las conductas por la norma.

Y es que, en definitiva, lo importante no es actuar por acto o por convenio, sino actuar con publicidad, con transparencia y con una amplia representación de todos los sectores interesados en los procesos de decisión. Lo importante es hacer pública la información de que la Administración dispone hacer públicos los criterios y objetivos que se persiguen con la actuación, someter a crítica las posibles propuestas o proyectos antes de que sean aprobados y, en la medida de lo posible, establecer con carácter previo las reglas del juego en cuyo marco todos deben moverse.

Otros aspectos de la estructura y el funcionamiento de las Administraciones públicas podrían ser examinados para completar este análisis somero de la Administración española, tras la Ley 30/1992. Por ejemplo, los aspectos relativos al control de la inactividad (de la que en su día se ocupó también Nieto), al régimen de responsabilidad de autoridades y funcionarios, a la reforma de la Administración consultiva (que debería dejar de ser un órgano puramente interno de estudio y asesoramiento propio para convertirse en un órgano del Estado con más fácil acceso por parte de la sociedad); o la gran cuestión, hoy muy candente, de la reforma de la organización para pasar de una Administración unitaria, jerárquica y burocrática a una Administración policéntrica, con vida institucional propia y participativa, en defensa de sectores e intereses que deben quedar al margen de la lucha partidista. Sobre algunos

de estos aspectos me he pronunciado en trabajos anteriores y a ellos me remito ²⁹.

Y ahora debo terminar porque, quizás, ha resultado ya excesivamente larga esta intervención.

²⁹ *Vid.* recientemente mi colaboración en los Estudios Homenaje a Clavero, *Regulación económica y modelo de administración. La necesaria reforma institucional*, tomo I, Madrid, 1994, págs. 48 a 71; así como mi estudio «¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la Historia o la antítesis del Estado de Derecho», en *Cuadernos de Economía Pública*, Fundación BBV, mayo de 1994, págs. 3 a 73.

COLOQUIO

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

A partir de este momento queda abierto el turno para las intervenciones.

D. CARLOS LUNA ABELLA
(Asesor del Area de Administración y Ordenación Territorial del Defensor del Pueblo)

El derecho a la información y el acceso a los archivos y registros ha tenido una particular incidencia en el tema de la información medioambiental, y concretamente a partir de la Directiva Comunitaria 90/313 de la CEE, en la que textualmente se lee:

«... Es necesario garantizar que cualquier persona física o jurídica tenga libre acceso en la Comunidad a la información sobre el medio ambiente disponible en forma escrita, visual, sonora o de base de datos que obre en poder de las autoridades públicas y que se refiera a la situación del medio ambiente, las actividades o medidas que afecten adversamente al medio ambiente, así como las destinadas a protegerlo.»

Desde luego se ha planteado una cierta resistencia —y es lógico, porque es una cuestión extraordinariamente novedosa

para las diversas Administraciones públicas— a proporcionar información, especialmente a las asociaciones de carácter ecologista, porque son muy combativas, tienen una gran presencia y un alto grado de sensibilización.

En el informe anual de este año, en el informe de 1993, aparecen reflejadas dos quejas, una de las cuales hacía referencia a la Administración de la Comunidad Autónoma andaluza y otra a la Junta de Castilla y León, dando lugar a dos recomendaciones por parte del Defensor en el sentido del cumplimiento estricto de esta Directiva.

Esta Directiva nos parece muy importante porque viene a introducir, en cierta medida, un ensanchamiento del concepto de interesado, lo que conecta con la ponencia del profesor Ariño y los estudios del profesor Nieto —concretamente, por recordar solamente uno, «la inactividad material de la Administración veinticinco años después»—, en el que postula un ensanchamiento del concepto de interesado a efectos de legitimación en los procedimientos.

Desde esta perspectiva, nosotros hemos aplicado una cierta jurisprudencia, por ejemplo, una sentencia dictada en el año 1992 por la Audiencia Nacional que amplía el concepto de interesado en un procedimiento para rechazar la negativa de la Dirección General de Industria a una petición de información sobre las actividades de ENRESA.

Al margen de todo ello, quería hacerle una pregunta al profesor Ariño en relación con su ponencia. En ella se percibe un cierto pesimismo en cuanto a la evolución del Estado Social, que considera, por así decirlo, contradictorio o difícilmente compatible con el Estado de Derecho, citando a este respecto la autoridad del profesor Rivero. A mi juicio, sin embargo, ese principio absolutista o monárquico del Estado de Derecho está en los supuestos de su propio nacimiento —Tocqueville es el primero en reflexionar sobre esta cuestión—, y que mientras los sistemas de corte francés han evolucionado desde el principio parlamentario, principio de legalidad, hacia un principio monárquico, por el contrario los sistemas alemanes o de origen alemán han evolucionado desde el principio monárquico hacia un principio parlamentario —la teoría de la reserva de ley, por poner un ejemplo.

Luego, yo no veo en realidad que el déficit democrático, por así decirlo, de los sistemas actuales esté tanto en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social, como en la configuración u origen mismo del Estado Constitucional.

A partir de esta reflexión la pregunta que yo quería hacerle en concreto es la siguiente: ¿qué opina de la figura del Defensor del Pueblo como instrumento de potenciación del principio de participación tanto desde el punto de vista de la participación indirecta o representativa (el Defensor del Pueblo es, en definitiva, un Comisionado de las Cortes Generales) como de la directiva al canalizar las quejas de concretos ciudadanos en cuanto a la actividad de las Administraciones públicas?

Creo que quizá la doctrina, dado que estamos ante una institución novedosa, no la ha considerado suficientemente, pero, a mi juicio, tiene una potencialidad que me gustaría que analizara el profesor Ariño, al hilo de, por ejemplo, la supervisión de las empresas públicas en cuyo estudio es un experto.

D. GASPAR ARIÑO ORTIZ

(*Ponente*)

Yo no soy muy especialista en el tema del Defensor del Pueblo, que he estudiado muy poco y tengo unas ideas muy elementales sobre la figura. Pero diría que, a mi parecer, el Defensor del Pueblo tiene una limitación: su actuación es siempre *ex post*. El Defensor del Pueblo pide información, hace una investigación o recibe unas quejas una vez que el daño se ha producido, la decisión ha sido tomada, el defecto en el funcionamiento de la Administración se ha manifestado. Yo creo que la participación, la democracia administrativa o la presencia de los ciudadanos orgánica o institucionalmente representados en los procesos de decisión tiene su principal cometido *ex ante*, es decir, en las etapas previas a la adopción de las decisiones de que se trate.

Esto ciertamente es algo difícil de articular y la verdad es que en los Estados Unidos, donde esto empezó, no ha habido hasta ahora gran éxito; no se ha producido una masiva parti-

participación de los ciudadanos en los distintos procedimientos de adopción de decisiones, aunque ha habido sectores en los que esto ha tenido una manifestación muy singular, por ejemplo, en todo el tema de la radio-televisión, en el sistema de ordenación de las telecomunicaciones, en los aspectos medioambientales, en la defensa del patrimonio histórico-artístico de la nación o en los temas energéticos. En todos estos campos —quizá me olvido de otros, o no conozco otros, pero éstos sí que los he seguido con mayor atención— la verdad es que hay un procedimiento articulado de participación ciudadana en los procesos de decisión.

En un país bastante articulado socialmente, donde hay un espíritu y unos canales de asociación, una tradición que Tocqueville describió como el país del asociacionismo, esto es más fácil; más que en los países de configuración latina como Francia, Italia y España, donde la articulación del ciudadano en organizaciones es mínima, salvo en las corporaciones de Derecho público y en algunos temas medioambientales últimamente se ha creado. Lo que sí que ha habido en España han sido muchos poderes de hecho, muchas asociaciones, muchos *lobbies*, muchas entidades empresariales, sindicales, o bien, sencillamente esas nefastas instituciones que son los despachos de influencias, las oficinas de imagen o las grandes relaciones públicas de este país; son los que venden imagen o venden exenciones tributarias.

Yo no creo que el Defensor del Pueblo tenga este cometido, porque sería una especie de oficina de representación universal, y yo creo que la participación ciudadana se debe estructurar al margen de cualquier institución mediadora, protectora o arbitral.

Respecto del Estado de Derecho y el Estado Social, yo dudo mucho que el legislador pueda nunca establecer en leyes formales, aprobadas por el Parlamento, criterios, principios, estándares, directrices, capaces de ahormar, de orientar, de vincular la voluntad administrativa —llamémosle voluntad Gobierno-Administración—. Yo desconfío que eso pueda ser posible nunca, porque cada vez es más difícil articular legalmente los procesos económicos o los procesos tecnológicos. Lo que puede hacer el Parlamento es establecer

marcos legales de actuación. Cuanto más liberal —por llamarle así— sea este marco, más transparencia y control social habrá sobre los procesos de decisión. Cuanto más intervencionista sea la actitud o la política, más difícil será la participación.

La participación es uno de los procedimientos para asegurar la razonabilidad, la justicia distributiva de los beneficios o cargas que las decisiones administrativas conllevan. En toda decisión administrativa hay ganadores y hay perdedores; pues bien, hay que saber quiénes son los ganadores y quiénes son los perdedores a quienes, en su caso, hay que pagar. La Administración debe pagar a quien le haga perder y debe gravar o debe cobrar a aquellos que ganen.

Pongamos un ejemplo. En política energética usted ha citado a ENRESA. ENRESA es uno de esos misterios insondables de la política energética de este país. ENRESA es una empresa —Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S. A.— que tiene como misión el prepararse para el almacenamiento y custodia no dañina de los residuos radiactivos duros, de intensidad y de una fuerza expansiva desconocida por el momento. ENRESA se financia cada año con unas participaciones que, en el recibo de la luz, cada español paga mensualmente para conseguir formar unos fondos capaces de asumir en su día el coste de los residuos nucleares. Estos fondos, la última vez que yo vi la cifra, estaban del orden de los setenta mil u ochenta mil millones de pesetas, recaudados por las empresas eléctricas y entregados a ENRESA, depositados no se sabe dónde ni para qué, porque tampoco se sabe cuáles van a ser los cementerios nucleares, el coste de su custodia, el coste de su preparación y el coste de su conservación.

Bien, lo que yo digo es que ese misterio tiene que hacerse público, porque ninguna razón hay que limite, o prohíba, o aconseje, el carácter opaco que tiene hoy el coste de la energía nuclear, que nadie sabe cuál es. Yo no entiendo cómo se pueden adoptar decisiones racionales si no se clarifica este tema, que es determinante para fijar el coste del kilowatio/hora generado por una empresa nuclear, en el cual hay que imputar los costes de conservación o de custodia de los residuos nucleares activos.

Pues bien, mi respuesta es: ¿Puede una ley, alguna vez, regular esa materia de una manera que la Administración sea «ejecución de Ley», acto administrativo típico, otorgamiento de autorización o denegación de autorización en función de unas previsiones, de unos criterios, de unos estándares de interpretación que puedan hacer posible el Estado de Derecho en materia de planificación energética, o de autorización o denegación de centrales nucleares? Mi opinión es que no. Por tanto, ¿cómo garantizar que eso no es fruto del *lobby*, el interés, el cohecho, la política crediticia, la conveniencia de las compañías, o los pactos con SIEMENS, con General Electric o con quien sea, o el levantamiento de créditos sindicados que hacen que el negocio no esté en la electricidad, sino en el sistema de financiación?

En mi opinión, esto no tiene otra articulación jurídica que la transparencia —la publicidad, las *Public Hearings*, las denuncias, o como quieran llamarlo— en la adopción de las decisiones de política energética.

Por lo demás, entiendo que en la mayor parte de los casos los ecologistas deben ser escuchados, pero no se les debe dar la razón siempre. También hay que saber cuáles son las razones y el coste de sus peticiones; si esa petición tiene un coste, alguien lo tiene que pagar, y habrá que ver cuáles son los sistemas de indemnización de aquellos a los cuales la conservación del medio ambiente les impone sacrificios, y quién tiene que pagar eso, pues el círculo de los beneficiados, igual que una expropiación, exactamente igual. Entonces, el mismo procedimiento que se sigue para la determinación de la utilidad pública, interés social, y el pago de la correspondiente indemnización a la hora de expropiar un terreno o un solar para hacer una carretera o una plaza, pues había que aplicar aquellas decisiones en las que se congela la riqueza de una determinada titularidad —puede ser un municipio, puede ser una persona, puede ser una asociación o puede ser quien sea— cuando se le dice: «No, no, este monte hay que conservarlo, o este paraje, o este monumento histórico-artístico.» Muy bien, pero ¿qué merma de valor supone eso para los titulares de esa propiedad? Todo eso —insisto— no tiene otra articulación posible que la información pública, la transparencia, la

publicidad de las decisiones, de los informes de los estudios, de los análisis económicos. Yo no sé por qué tiene que haber luz y taquígrafos en el Parlamento, y no tiene que haber luz y taquígrafos en la elaboración de un Plan de Ordenación Territorial.

¿Podría la Administración, mediante la potestad reglamentaria, ajustar, delimitar, establecer esos criterios, aprobar fórmulas, mecanismos, procedimientos en los cuales se pudiera vincular el acto administrativo concreto?

Pensemos en las exenciones fiscales. Las exenciones fiscales en los procesos de fusión de sociedades casi siempre son inexplicables y atípicas. Es decir, si la Administración entiende que hay utilidad pública en el proceso de fusión de dos bancos, le concede una exención fiscal; si la Administración entiende que no hay, no hay exención fiscal. Bueno, pero ¿y dónde está la utilidad pública? Habría que establecer en qué consiste la utilidad pública del crecimiento de la dimensión de las entidades financieras y en qué consiste la no utilidad pública en la fusión de dos sociedades que tengan una televisión, un periódico o una radio. La Administración podría mediante un reglamento prever los supuestos de hecho en que la fusión bancaria entraña utilidad pública de acuerdo con la dimensión, la coyuntura económica, la especialización de los bancos o cualquier otro factor. No sería imposible, pero eso nunca lo hará, o no lo quiere hacer, porque no quiere tampoco desvelar sus cartas. ¿Cómo se hace entonces posible el Estado de Derecho en los procesos de intervención económica? Para evitar el pago de seiscientos millones a una oficina de imagen que hable con el Ministerio de Hacienda y que ofrezca no sé qué compensación a no se sabe qué finalidad social, pues hagamos eso público. Es decir, dejemos que ahí, en esa audiencia pública sobre la fusión o no fusión en sociedades, acudan depositantes, acudan los accionistas, acudan los principales clientes, acudan los grupos de sociedades que están vinculados a los bancos, dejémosle hablar a la gente, y luego que el Ministerio decida, motivadamente, por qué otorga o deniega una exención fiscal.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

D. Luciano Parejo.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Catedrático de Derecho Administrativo;

Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid)

Yo quisiera hacer una breve intervención para llamar la atención sobre un tema que me permite, al mismo tiempo, poner en relación las dos intervenciones de esta tarde.

La Defensora del Pueblo ha puesto de relieve en su intervención las potencialidades operativas de la figura del Defensor del Pueblo en todas aquellas cuestiones relacionadas con el procedimiento administrativo (los plazos, el silencio, la inactividad administrativa), como campos todos ellos, junto con el más novedoso de la terminación convencional del procedimiento, en los que desplegar aquella potencialidad —todavía no actualizada— de la institución.

Por su parte, el profesor Ariño ha dejado entrever en su ponencia las limitaciones de las técnicas instrumentadas por la Ley al servicio de la transparencia administrativa, en la medida que tales técnicas siguen ancladas en las formas jurídicas de la actuación de la Administración propias del modelo tradicional del Estado de Derecho; es decir, con referencia prácticamente exclusiva a la actividad jurídica formalizada de la Administración. De esta suerte, y con entera independencia de lo que debemos entender por Estado Social, es claro que éste se manifiesta, cuando menos tendencialmente, en una extensión de la actividad del sector público que básicamente no es ya o no tiene por objeto producir actos jurídicos formalizados, sino realizar una determinada actividad (la llamada actividad real, material o técnica) que continúa arrinconada, no obstante su innegable entidad e importancia propias, en un pequeño apartado de los manuales de Derecho administrativo.

En estas condiciones, a mí me parece que habría, asimismo, que centrar la atención, y como un campo —yo creo—

privilegiado para la futura actuación del Defensor del Pueblo, en esa llamada actividad real, material o técnica de la Administración, tratando al mismo tiempo de posibilitar su coherencia con los principios de transparencia administrativa, toda vez que la misma no se desarrolla en procedimientos formalizados en los que pueda tener lugar, por ejemplo, el trámite de información pública o de audiencia a los interesados.

Hay aquí justamente, y sin perjuicio de otras técnicas que ya la doctrina está también analizando en punto a lograr el acceso directo al control jurisdiccional de esa actividad administrativa, y sin pasar por el paso intermedio de su reconversión en una actividad jurídica, un inmenso campo en el que el Defensor del Pueblo podría ser precisamente una instancia sumamente útil de cara a potenciar eficazmente la transparencia de los procesos de toma de decisión en la ejecución de la actividad material o no formalizada de la Administración.

A mi juicio, pues, se trata de un tema absolutamente capital y en el que todo, me parece, que entre nosotros está todavía por hacer.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON

*(Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá de Henares)*

Yo quería también consumir una intervención sobre algunos de los temas, muy importantes temas, realmente llenos de contenido, que se han planteado hasta ahora en las dos ponencias.

Partiría de un análisis de lo que el profesor Ariño ha señalado en relación con el Estado de Derecho y el Estado Social. En líneas generales coincido con la posición del profesor Ariño, aunque me parece demasiado fuerte decir —como Forsthoff— que hay una incompatibilidad clara entre Estado de Derecho y Estado Social. Yo no creo que sea exactamente así. Lo que ocurre es que existe una incompatibilidad clara entre el modelo clásico, liberal, del Estado de Derecho, que se basa sencillamente en el principio de la legalidad, en la supremacía del Parlamento, en la consideración de la actividad

administrativa como una actividad puramente jurídica, de ejecución de la Ley, y ese Estado Social en el que, ni la Ley define con toda claridad y con toda precisión la actuación administrativa —como muy bien se ha dicho—, ni el Gobierno ni la Administración ejercen una función de pura ejecución de las Leyes, ni las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno y la Administración son las mismas que, al menos idealmente, existían en ese modelo liberal.

Pero, desde mi punto de vista, eso no quiere decir que el Estado de Derecho, en sí mismo, como tal concepto —entendiendo por tal aquel Estado en que la Administración se sujeta a reglas jurídicas de funcionamiento—, sea incompatible con el Estado Social. Lo que ocurre, desde mi punto de vista, es que el Estado de Derecho debe asumir una configuración diferente y, por consiguiente, las garantías jurídicas en el Estado Social tienen que ser y son necesariamente garantías en parte diferentes a las clásicas del Estado Liberal de Derecho.

Esta idea conecta precisamente con el problema de la participación y con la exigencia de transparencia administrativa, y también con la actividad del Defensor del Pueblo, porque, desde mi punto de vista, una de esas nuevas garantías —naturalmente no la única, ni quizá la más importante, pero una garantía que puede ser y es efectiva en muchos países, entre ellos el nuestro— es precisamente la actuación del Defensor del Pueblo. Actuación del Defensor del Pueblo que no es necesariamente una actuación *ex post* de la decisión administrativa, sino que puede ser y es normalmente una actuación *ex ante*. Es una garantía que se inserta en el procedimiento de adopción de una decisión o en casos de inactividad, jurídica o material, de la Administración, casos en que el ciudadano se siente indefenso, bien porque no existe un acto administrativo, bien porque, incluso existiendo, no puede, por las razones que sean (entre ellas las económicas), acudir a los Tribunales de Justicia. Yo creo, por tanto, que el Defensor del Pueblo tiene un papel importante que jugar en este marco de garantías que el Estado Social exige, y que son, en muy buena parte, diferentes a las garantías típicas del Estado Liberal de Derecho.

Pero también, efectivamente, otro género de garantías importante es la participación ciudadana. También coincido con

el profesor Ariño en esto (por otra parte, no es un problema nuevo para mí, sino que, como el profesor Ariño sabe, he dedicado bastante tiempo a él desde hace ya mucho tiempo en escritos anteriores). Naturalmente que, ante la falta de claridad de la Ley, ante el margen amplísimo de discrecionalidad que se ofrece a la Administración pública en muchos casos, la decisión tiene que tener una justificación, tiene que tener un fundamento; y por eso, esa libertad, esa mayor libertad de decisión administrativa, debe ser compensada con procedimientos de participación que aseguren, por una parte, la defensa de todos los interesados, por otra parte, en la medida en que eso sea posible, la defensa del interés general y el acierto de la decisión administrativa. Lo que ocurre es que por participación pueden entenderse cosas muy distintas, muy diferentes, según quien participe, según el modo o la forma de participación, según las consecuencias que la participación tenga.

Yo creo que en nuestro país ha existido, desde la Constitución, incluso desde la época de la transición democrática, una experiencia de participación que, al menos sobre el papel, es una experiencia abundante. Digo al menos sobre el papel, porque si uno analiza las leyes y los reglamentos, como el profesor Ariño ha dicho, hay muchas apelaciones a la participación, existe una pluralidad de previsiones sobre la participación. Lo que pasa es que esa participación no ha dado, desde mi punto de vista, el fruto esperado, esencialmente por dos razones.

Primero, porque la mayoría de los modelos de participación que se han puesto en práctica se reducen o se reducen a un modelo que podríamos decir neocorporativo. Quienes han participado no son tanto los ciudadanos de a pie, sino grandes empresas, grandes organizaciones sociales —confederaciones empresariales, sindicatos, colegios profesionales— que figuran en numerosísimos órganos de participación existentes hoy en día y que expresan en ellos sus opiniones, de manera que tienen la posibilidad de influir en la decisión. Pero muchas veces esa participación se reduce a la participación de nuevas elites organizacionales, que también tienen poco contacto o un contacto limitado con el ciudadano, inclu-

sive con sus propias bases. Se podrían establecer sistemas de participación distintos. Se ha dado en nuestro país muy poco juego, por ejemplo, a las fórmulas refrendarias, que en otros países tienen menor desarrollo. No estoy diciendo ahora que toda la participación deba reconducirse a través de referendums, cosa que sería imposible, pero quizá se podrían introducir nuevas experiencias en ese sentido. En fin, se podría mejorar —y también estoy de acuerdo, en este sentido, con el profesor Ariño, pues también lo vengo escribiendo desde hace tiempo— la forma de realización de la información pública, introduciendo algunos elementos traídos del Derecho anglosajón, que ya existen también en otros ordenamientos más próximos al nuestro como el francés, instrumentos del tipo de la *enquête publique*, que de alguna manera trasladan la fórmula del *public hearing*.

Ahora bien, como también ha recordado el profesor Ariño, yo siempre he pensado que la participación es cosa de dos, que no solamente es una responsabilidad de las instituciones, sino que es también una responsabilidad de la sociedad. En este sentido —insisto y coincido de nuevo con él— creo que la sociedad no asume en la manera en que nos gustaría a muchos esa responsabilidad que tiene en orden a fomentar o a desarrollar una mayor participación, porque nuestro tejido social, por causas que sería seguramente muy largo y muy complicado de establecer, es un tejido social muy débil. Por eso creo que, junto con esta fórmula de la participación, junto a la garantía que supone el Defensor del Pueblo y órganos semejantes, la transparencia administrativa, esta tercera garantía, es imprescindible, es necesaria, es fundamental. Y en este sentido es evidente que la Ley 30/1992 da un paso adelante, al menos porque hasta el momento en que se aprueba dicha Ley, el artículo 105.b) de la Constitución no había sido desarrollado.

En mi opinión, sin embargo, ése es un paso bastante tímido, es un paso limitado. No tanto porque una norma que se refiera a la transparencia o al derecho de acceso a los archivos y registros no deba ser prudente —a mi juicio, debe ser prudente, porque también hay otros intereses que tutelar, no cabe la menor duda—. Tampoco porque se limite el dere-

cho de acceso a los expedientes ya finalizados. Esta es la regla general del Derecho comparado, porque el acceso a la información en el procedimiento que todavía está en curso siempre está abierto a cualquier interesado en ese procedimiento, y como ya hemos visto, el concepto de interesado es un concepto hoy en día mucho más amplio que antaño. Pero, desde mi punto de vista, el artículo 37 de la Ley 30/1992, que regula el acceso a los archivos y registros, carece de una verdadera garantía de cumplimiento (y algo de esto se dice también —si mal no recuerdo— en la Ponencia del Profesor Nieto). Si la Administración deniega la información solicitada, ¿qué es lo que se puede hacer? ¿Se acude a un Tribunal Contencioso-Administrativo? Siempre es posible en términos jurídicos, pero ¿valdría la pena simplemente para obtener información?, ¿al cabo de dos, tres o cuatro años, cuando posiblemente no tendría importancia ninguna para el que la solicita?

Aquí hay una falta de garantías importante. Una falta de garantías que quizá se pueda suplir, en parte, por la actuación de órganos como el Defensor del Pueblo, que a través de su función de supervisión, de sus sugerencias, recomendaciones y advertencias quizá pueda conseguir que la Administración efectivamente responda positivamente a esa demanda de información del ciudadano. Pero hubiese sido conveniente establecer alguna garantía más rápida y de carácter decisorio, como, por ejemplo, el recurso ante una Comisión especializada, como el que existe en Francia ante la Comisión de Acceso a la Documentación Administrativa.

También creo que hay otro aspecto fundamental de las garantías jurídicas que está cobrando mayor relieve, que es —también lo ha dicho el profesor Ariño— la motivación, la motivación de los actos administrativos, de las decisiones administrativas. También en este sentido la Ley nueva da un paso adelante, y yo creo que debemos congratularnos de ello.

Y quiero finalizar ya mi intervención aludiendo a un problema mucho más concreto, que es el que se ha planteado por la Defensora del Pueblo en relación con la «huida del Derecho administrativo», es decir, la supervisión de las actividades de la Administración y de las empresas públicas sometidas a formas jurídicas privadas, pero que, en definitiva, ges-

tionan servicios públicos, actividades que se enmarcan en el sector público.

Yo creo que esa privatización de la forma de intervención o de actuación, incluso de la forma organizativa de una parte de las actividades públicas, no tiene por qué impedir, ni desde un punto de vista real, ni desde un punto de vista jurídico, la supervisión del Defensor del Pueblo. Ambas cosas no son incompatibles, siempre que se entienda que el concepto de Administración que el Defensor del Pueblo debe supervisar de acuerdo con el artículo 54 de la Constitución y con su Ley Orgánica, no se restringe a aquellos supuestos en que la Administración está organizada conforme al Derecho administrativo y actúa conforme al Derecho administrativo, pues no tiene por qué hacerse necesariamente una interpretación reductiva de ese concepto. Ahí tenemos otro órgano, también dependiente del Parlamento, aunque con una función naturalmente muy distinta, como es el Tribunal de Cuentas, que supervisa toda la actividad del sector público, ya se organice en forma societaria privada o con formas de Derecho administrativo, ya actúe de acuerdo con normas de Derecho privado o con normas de Derecho administrativo.

Desde mi punto de vista, el Defensor del Pueblo puede, y debe también, extender su función a todo el sector público. A esto se refiere materialmente la Constitución, prescindiendo de cuál sea la forma jurídica instrumental de actuación de cada una de las entidades públicas que deba supervisar o de los servicios públicos sobre el que tenga la competencia. Pero ésta es una opinión que dejo sobre la mesa, porque creo que sería necesario profundizar más en ello.

D. GASPAR ARIÑO ORTIZ

(Ponente)

Antes se ha hecho alguna alusión, que ahora repite el profesor Sánchez Morón, al control del sector público, entendiendo por sector público tanto los entes públicos sometidos al régimen jurídico privado, como las sociedades de estado, es decir, las empresas constituidas en forma de sociedad anónima en régimen, por supuesto, de Derecho mercantil.

Se ha publicado hace poco un *Cuaderno de Economía Pública* de la Fundación BBV que lleva por título el siguiente: «¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho». Es un análisis en el que se examina qué es lo que ha ocurrido en la realidad española con la transformación de organismos administrativos en entes de Derecho público, en sociedades estatales, como ha sucedido con Correos, AENA, Puertos del Estado, INI, HOLSA, EXPO 92, el Consorcio Pasillo Verde, Iniciativas de Cataluña, IMPROASA y algunos otros entes que están aquí analizados.

Mi conclusión en esto es muy pesimista. Es decir, yo creo que esto es el camino al descontrol, a la ineficacia económica y al despilfarro, cuando no la vía abierta a la corrupción como sistema, sin perjuicio de la honestidad de las personas.

Yo creo que hay que volver al Derecho administrativo, hay que volver al Derecho público, y hay que separar claramente lo que es el Estado. El Estado no puede privatizarse en sus formas, porque ése es, y creo que se demuestra aquí, el camino del descontrol, no hay posibilidad de aplicarle los controles de Derecho público, pero tampoco los controles de Derecho privado, porque no hay sociedad, porque no hay socios, porque no hay auditorías obligadas, porque no hay cotización en bolsa, porque no hay impugnación de acuerdos sociales, ni hay posibilidad de aplicarle el control parlamentario. El control parlamentario, que se intenta ejercer sobre las empresas públicas, es una especie de quiero y no puedo y además casi nunca llega a las cuestiones sensibles, y cuando llega lo hace tarde y en ocasiones yo diría que es improcedente: porque no puede el sector empresarial público, mientras lo mantengamos, ser sometido a los controles y a la publicidad que el Parlamento exige.

Después de trabajar bastantes años sobre el tema de la empresa pública, por razones que no puedo explicar ahora, me estoy haciendo un poco creyente en la empresa pública. Es decir, estoy empezando a creer que hoy y ahora, en nuestro país, algún grado de empresa pública tiene que subsistir. Hemos de pensar, o hemos de determinar, en qué cantidad, en qué sectores y, sobre todo, bajo qué estatuto. Yo creo que la empre-

sa pública tiene un papel en España, pero necesita ser, como otras muchas actividades de la Administración, salvaguardada de las manipulaciones políticas. Si la empresa pública sigue siendo un apéndice que sufre el asalto, la manipulación, el control oportunista o sencillamente la puesta al servicio de intereses a corto plazo del sector público, estamos condenados a la ineficiencia y a la falta de competitividad en el mercado europeo. Con eso no critico a este Gobierno. Yo creo que el Gobierno Socialista, especialmente en los últimos años, ha sido en general respetuoso con el sector empresarial público; y han afrontado este tema sin perjuicio de situaciones y coyunturas especiales. Creo que, en general, la gestión del sector empresarial público por el Gobierno no ha sido mala, aunque haya habido errores y situaciones de debilidad. Pero hay que replantearse los principios inspiradores de la empresa pública, especialmente en lo que se refiere a aquellos *holdings* que constituyen hoy los grandes núcleos estratégicos: telecomunicaciones, energía, transporte, etc. A mí me parece que sobre eso hay que llegar a un pacto de Estado, es decir, hay que llegar a un gran acuerdo que fuera un consenso político sobre qué hacemos con los grandes centros de producción, y de comercio, y de industria, y de innovación tecnológica que hoy están en manos del Estado. El resto, seguramente, lo que hay que hacer es venderlo. Y no tiene ningún sentido que ALDEASA se convierta hoy en una especie de tendero universal que vende todo, y además en todas partes, en España y fuera de España. Tampoco tiene ningún sentido que AENA le haga aeropuertos al Gabón, aunque los sepa hacer muy bien, porque es que AENA no está para hacerle aeropuertos al Gabón.

Bucno, sobre esto, lo que me parece es que el sector empresarial público necesita una despolitización, un respeto a su naturaleza, que es el de una empresa privada que tiene que rendir las cuentas que tengan que rendir las empresas privadas ante la Comisión Nacional de Mercado de Valores, o ante el New York Stock Exchange, o ante quien sea, pero no más cuentas políticas, porque es que eso no es una actividad política, y si hacemos de la empresa pública una actividad política, mal le va a ir a la empresa pública y mal le va a ir al Estado, porque las aportaciones del Estado al conjunto de las

empresas públicas españolas en los últimos diez años asciende a la escalofriante cifra de ocho billones de pesetas, lo cual es una barbaridad.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Gracias; D. Antonio Rovira.

D. ANTONIO ROVIRA VIÑAS
(Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo)

Lo primero, felicitar a los dos ponentes por la precisión y por las contribuciones que han resultado de sus reflexiones.

También me van a permitir que no comente la intervención de la Defensora, porque todo lo que ha dicho ella es algo que mantenemos, si no unánimemente, sí la mayoría o la gran mayoría de los que trabajamos en la institución.

Lo que sí me gustaría es hacer una pregunta, pero para ello tengo que hacer una pequeña introducción, tal como creo que significa el Estado de Derecho, o lo que ha significado. Porque para mí se puede caer en el error de pensar que el Estado de Derecho es un fin en sí mismo, y el Estado de Derecho solamente es la principal garantía para realizar los derechos fundamentales, y si algún día encontráramos algún otro instrumento que nos permitiera garantizar una realización más efectiva de los derechos fundamentales, pues indudablemente tendríamos que asumirlo. El Estado de Derecho en sí no es nada más que una forma de organización política para garantizar la realización efectiva de los derechos que se han ido considerando a lo largo del proceso como derechos fundamentales —no vamos a entrar ahora en denominaciones, que para mí tienen poca importancia; podemos denominarlos derechos humanos, libertades públicas, lo que ustedes quieran—. Y esta garantía se plasma, en un primer momento, como Estado Liberal, que ya supone una conquista frente al Estado absoluto, una conquista porque al menos los derechos se decla-

ran, pero la imperfección del funcionamiento efectivo del Estado Liberal con respecto al Estado Social es inmensa. El Estado Social es una conquista histórica frente a lo que es el Estado Liberal. Las deficiencias del Estado Liberal traen consigo la necesidad de construcción de un Estado Social que intervenga para garantizar los derechos que en el Estado Liberal solamente eran de carácter formal, solamente se declaraban.

Por tanto, las características de este Estado intervencionista están en función de los derechos que se reconocen: derechos sociales, derechos económicos, derechos culturales.

La reivindicación de una mayor participación, o una mayor claridad por parte del Estado, o la intervención de los ciudadanos en la gestión, surge ante las deficiencias en el funcionamiento del Estado Social —y usted lo ha dicho—; en los años sesenta se observa que se ha creado una gran burocracia, fruto de esta necesaria e imprescindible intervención, y lógicamente ante este efecto del intervencionismo del Gobierno que se superpone al poder legislativo, es decir, adquiere preponderancia el poder ejecutivo y surgen una serie de reivindicaciones para perfeccionar este Estado Social. Y estas reivindicaciones se centran fundamentalmente en fomentar la participación de los ciudadanos. En nuestro Estado de Derecho ha habido grandes teóricos sobre este principio y denominado a la nueva forma de Estado democrático porque fomenta la participación, por ejemplo, Elías Díaz y otra serie de profesores, y creo que la Ley 30/1992 no hace más que consagrar algo admitido prácticamente por todos y consagrado ya en la práctica desde los años sesenta en muchos Estados europeos, algo que es imprescindible en un Estado Social, que haya un mayor control por parte de los ciudadanos de las decisiones que tome el poder político y, sobre todo, el poder ejecutivo, que había adquirido una dimensión desmesurada y que afectaba al funcionamiento efectivo de lo que es la propia división de poderes.

Por tanto, todo lo que se consagra en esta Ley, como el derecho a identificarse, el derecho a la lengua, el derecho a personarse, el derecho a informarse de los procedimientos, etc., es algo que ya estaba recogido en la Constitución de una

forma muy precisa y hemos tardado excesivo tiempo en desarrollarlo legalmente, pero no es una novedad, es algo que lo hemos hecho tarde, lo hemos hecho tarde y posiblemente me atrevería a decir que confusa; podía ser más extensa o menos extensa esta participación, pero se ha hecho tarde.

Y al hacerlo tarde, ya no es suficiente, ya no solamente en nuestro Estado, sino en los Estados Sociales que existen en nuestro entorno. Estos mecanismos de participación ya no son suficientes. Hay defectos en el funcionamiento del Estado Social que estos mecanismos que se han positivizado en una Ley no son suficientes. Y vemos que todas las cuestiones referentes a la Administración o al funcionamiento del Estado dejan de estar claros: el sistema de competencias no está establecido como anteriormente estaba, se superponen órdenes normativas internacionales y nacionales. La claridad se está perdiendo, y al perderse la claridad, lógicamente, se pierde la posibilidad de intervenir.

Todos estos procedimientos de la Ley 30/1992 tendrán poca efectividad ante la nueva realidad que se nos está abriendo, con centros de decisión que ya no somos Estados. Hoy lo que nos estamos preguntando es si el Estado Social como Estado unitario empieza a desaparecer, empiezan a cruji sus elementos, el de la población, el del territorio.

Entonces, todo lo que se ha concretado en la Ley 30/1992, que es imprescindible, posiblemente no sirva para afrontar el futuro. Y como el Estado de Derecho siempre ha existido y no tiene otra justificación que la garantía de los derechos fundamentales, vemos que están surgiendo otra serie de derechos a los cuales el Estado Social no está —digamos— armado para hacer frente, y que lógicamente estas garantías de la Ley 30/1992 de participación de información pueden resultar insuficientes.

Por ejemplo, en la ecología en general, la información sobre las actuaciones de nuestro Estado en temas ecológicos serán sobre la contaminación de un río o la contaminación de una fábrica, pero los problemas de contaminación y de ecología realmente importantes son transnacionales o internacionales; éstos son los verdaderos problemas y frente a éstos no

sé hasta qué punto estos instrumentos de la Ley 30/1992 van a servir para podernos informar y participar en las decisiones. Hoy en día, pues, una central nuclear, Chernobyl por ejemplo, explota y afecta a toda Europa. Lo mismo digo sobre el desarrollo económico, es imprescindible saber qué decisiones toma el Estado en cuanto al desarrollo económico, pero el desarrollo económico y las grandes decisiones en cuanto al desarrollo económico cada vez, y en mayor medida, no son nacionales, son internacionales y, por tanto, estos procedimientos de la Ley 30/1992 normalmente nos van a ayudar poco.

Es decir, estamos en un proceso de aceleración de acontecimientos tan grandes que hacen que estos instrumentos puedan quedarse rápidamente anticuados.

Me pregunto: ¿el Derecho administrativo qué posibilidades tiene de poder establecer nuevas teorías de participación que nos permitan afrontar estos nuevos retos? O ¿qué opinión tienen los presentes ante estos problemas, que no son de futuro, sino del presente?

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

D. Luis Ortega.

D. LUIS ORTEGA ALVAREZ
(Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha)

Vamos a ver, aquí se han dicho muchas cosas y mi punto de vista sería el siguiente. Creo que no hay contradicción entre Estado Social y Estado de Derecho. Yo discrepo de ese planteamiento, creo que la dimensión jurídica del Estado Social está plenamente realizada: el derecho a la educación en su vertiente jurídica está plenamente realizado, el derecho a la pensión en su vertiente jurídica está plenamente realizado, el derecho a la sanidad en su vertiente jurídica está plenamente realizado, el derecho a la prestación por desempleo en su

vertiente jurídica está perfectamente garantizado..., por tanto, el límite del Estado Social no es el Estado de Derecho, sino que el límite del Estado Social es el gasto público.

Y aquí es donde quiero plantear, primero, que aunque el Estado Social tiene una dimensión jurídica, quizá no es la más importante; hay una dimensión fundamental en la profesionalidad. El porcentaje que nos proporcionan las normas a nuestro derecho constitucional a la salud es muy limitado, será la profesionalidad de nuestros cuadros médicos y la profesionalidad gerencial de los Directores hospitalarios quienes nos van a proporcionar curarnos a tiempo y curarnos bien. Eso nunca nos lo dará el derecho. Y ése es el contenido real de este derecho fundamental.

Es decir, hay un problema en las Administraciones, y yo he coincidido con el planteamiento que hacía el profesor Parejo. Hemos dejado fuera del Derecho administrativo la actividad material de la Administración, porque no era una actividad juridificada, y en este terreno es donde se está produciendo probablemente la gran crítica del mal funcionamiento del Estado y, por lo tanto, existe un problema de respuesta jurídica, porque lo hemos desplazado previamente del mundo jurídico. El acceso a la información tiene dimensión técnica, el acceso a bases de datos solamente estará en función del cableado por fibra óptica, que es lo que proporcionará el acceso desde nuestros hogares a las bases de datos a un coste razonable. El problema de la economía es fundamental en el tema del medio ambiente. Mientras los economistas no nos den, en clave económica, el costo ambiental, es imposible que un jurista vaya a más de decir que, ante un debate del derecho a la libertad empresarial y de instalación de industria y el problema de la evaluación del impacto ambiental, se debe medir la proporcionalidad coste/beneficio en términos sociales. Y en este ámbito del medio ambiente también surge el problema de la profesionalidad: ¿quién hace impacto ambiental en España? Hace poco había dos funcionarios haciendo el impacto ambiental de todo el Ministerio de Obras Públicas, que no le daba ni para evaluar el impacto ambiental de las autopistas que estaba programando la propia Dirección General de Carreteras.

Por lo tanto, repito que, desde el punto de vista del Estado Social, tenemos que saber qué es lo que al Derecho le corresponde, y yo creo que el Derecho en materia del Estado Social ha dado respuesta cumplida e importante a lo que es el Estado Social.

El problema viene de la legitimación de este Estado Social, en cuanto que hay un límite en el gasto público al Estado Social. Y, por lo tanto, de ahí viene el problema de que hoy día la igualdad tiene otra nueva perspectiva, ya que se tiene que plantear no sólo desde la igualdad del individuo, sino desde la igualdad de los grupos, porque las decisiones del Estado Social son decisiones de prioridades presupuestarias. Desde el punto de vista constitucional, me parece que somos un país —como casi toda Europa occidental— en el cual el Estado Social tiene una dimensión constitucional profundísima, probablemente el 80 por 100 de los Presupuestos Generales del Estado van a Estado Social, entendido en ello los gastos de educación, sanidad, prestaciones sociales, pensiones, etc., y las reformas que se están haciendo de recorte del Estado Social no es por la vía de no reconocimiento de los derechos, sino por la imposibilidad de su financiación.

Esto ligaría con otro de los problemas que se le plantea en estos momentos al Estado y que consiste —y lo digo de una forma poco académica— en que, o hacemos un Derecho administrativo barato o el Estado huirá del Derecho administrativo. Es decir, no solamente hay que hacer un Derecho administrativo de garantía, sino que hay que hacer un Derecho administrativo barato, porque si para construir vivienda social es más barato el Derecho privado que el Derecho público, en una situación de escasez de gasto público cualquier responsable político va a acudir a realizar el fin público a través del instrumento jurídico que sea más barato. Por lo tanto, yo creo que éste es un elemento que tenemos que resolver.

Otro elemento es el de la legitimación de la complejidad. Este es un país en el cual estamos acostumbrados a otro problema, que no se ha puesto aquí de manifiesto en el tema de la información, que son los medios de comunicación. Los medios de comunicación, desgraciadamente, hacen la agenda de los Ministros, lo cual es una barbaridad político-democrática,

y la ponen en términos de grandes brochazos, de grandes síntesis, porque probablemente hay un problema del mercado. El mercado de los medios que exige la gran síntesis y hace imposible a su propia estructura comercial informar la complejidad. Claro, si no informamos la complejidad estamos ante un gran déficit democrático, porque en una sociedad mediática es imposible pensar que esa información de la complejidad se haga a través de otros medios de comunicación social, si queremos que sea una información democrática, porque esos otros medios no existen.

Ahora bien, aquí todo el mundo se entera de lo que le interesa. Los grupos organizados funcionan mucho en este país, otra cosa es que no funcionen con publicidad, y sería una garantía democrática que funcionasen con más publicidad —el mundo anglosajón, donde funcionan, funcionan con mucha publicidad—, pero aquí todo grupo social organizado consigue intervenir en el proceso de toma de decisiones, y quizá lo que hay que clarificar es cómo intervienen, pero no sólo desde el punto de vista de que esos grupos tengan esta garantía. El problema que se plantea es desde un punto de vista más global y más democrático y consiste, en que todos sepamos quién está invirtiendo en ese sistema de toma de decisiones. Otro de los temas que hay que plantear es que no se puede pretender que todo el mundo esté informado, primero porque es absurdo, dada la capacidad que tenemos de información individual, y también porque la información en un grupo es limitada, por lo que se plantea un problema de la circulación de la información entre los grupos. En este sentido lo que parece un poco absurdo es que desconectemos a los partidos políticos de los grupos sociales. El Parlamento tiene toda la capacidad de acceder a toda la información. Por lo tanto, debe plantearse que los grupos sociales, cuando no tienen acceso a una información, exijan ese acceso a los partidos políticos que los representan a través de la fuerza que tiene la petición de información parlamentaria del grupo político.

Por lo tanto, quiere decirse que hay un problema que está en situación de resolverse. Yo creo que existe mucha información y lo que pasa es que la información está tan dispersa que hay que organizarse para recoger la información, hay que

organizarse para participar y, por lo tanto, esto es un problema estructural cultural en nuestro país, que cuenta con una sociedad poco organizada. Pero ése es un problema que no está necesariamente llamado a resolver el Derecho administrativo, porque —como decía el profesor Sánchez Morón— desde la norma la llamada a la participación está muy extendida en nuestro ordenamiento jurídico.

Otro problema que preocupa cuando se aborda el problema de la organización es el problema de la desarticulación de los poderes. A mí me pareció una obra muy interesante el libro de Burno Dente, *La Fragmentación del Poder*, en el que dice que es imposible gobernar desde una perspectiva unitaria. El problema de la heterogeneidad de los intereses públicos, ya planteado por Gianini, me parece uno de los elementos de reflexión fundamentales. No hay un único interés público. Hay una heterogeneidad de intereses públicos similar a la que hay en el sector privado, y esto sí es un reto, y Gianini avanza en esta teorización de cómo es posible jurídicamente ir a una gradación de los intereses públicos en función de su recepción por la norma, a través de fórmulas organizativas, a través de determinadas técnicas de interpretación de los principios jurídicos. Pero, obviamente, hay un terreno importante que avanzar, porque si no lo que sucede es lo que denuncia Dente, que donde sí se produce una plena articulación es en el mundo de los técnicos. Es decir, pese a la desfragmentación del Estado, se está produciendo paralelamente una gran unificación técnica de los funcionarios del sector y el volumen de información que manejan entre ellos los funcionarios medioambientales, locales, autonómicos y estatales es muy intensa y ahí sí que hay un gran flujo de información, al margen de que las decisiones políticas estén o no estén coordinadas. Probablemente la coordinación del Estado se está haciendo más a esos niveles que a nivel político, porque realmente tampoco hay tanta descoordinación como parece decirse.

Otro elemento de reflexión que me gustaría también traer a colación es el tema que enlaza con las reflexiones que llevamos haciendo mucho tiempo y habría que tomárselo un poco más en serio a efectos de, realmente, ir a una reflexión

más organizada y que posibilítase propuestas de transformación, y es el tema de la función administrativa.

Bueno, la función administrativa la hemos construido sobre el esquema de la función jurisdiccional. Es decir, el procedimiento administrativo, en razón de que detrás venía una jurisdicción que iba a hacer la revisión al acto, se ha construido para emanar una decisión justa, y no es el dogma de la función administrativa dar soluciones justas. El dogma de la decisión administrativa, de la función administrativa, es dar decisiones articuladas para conseguir el fin público que la norma exige a la Administración. Y ahí es donde yo creo que tiene que tener lugar otra gran revisión desde el punto de vista del Derecho administrativo. Es decir, focalizar los procedimientos sobre los fines que las normas atribuyen a las Administraciones públicas y articular procedimientos realmente adaptados a esos fines. Este es uno de los retos que yo creo que todavía tenemos por delante, porque una de las críticas que, por ejemplo, yo hago a esta Ley es que eluda uno de los elementos fundamentales de hoy día de todo el sistema de toma de decisiones ante un procedimiento administrativo: qué hace la Administración después de haber tomado la decisión administrativa. Nuestra nueva Ley de Procedimiento Administrativo acaba una vez más en el acto administrativo, y no hay una llamada desde la ley a que la Administración persiga el «después» del acto administrativo, persiga el resultado producido por ese acto administrativo para que, normativamente, la burocracia obtenga un *feedback* de las decisiones administrativas a efectos de sus resultados, y que eso sirva como información en el expediente de la nueva toma de decisiones. Algo que es fundamental hoy día en el sistema de la teoría de la toma de decisiones todavía no lo hemos implantado.

Bien, y conectando con el tema de los fines públicos, entiendo que la empresa pública tampoco puede ser igual a una empresa privada, en el sentido de que la empresa pública tiene que tomar decisiones políticas, otra cosa es cómo se tomen y en qué medida se tomen. Por ejemplo, el gas natural o la energía en general no pueden llegar a los ciudadanos sólo en función del mercado. Además del mercado y de la intervención del mercado debe de haber, por ejemplo, un plan de

energía rural, que no necesariamente se debe tomar en términos de mercado, sino en términos democráticos, en términos de participación, o en términos de llegar a satisfacer determinadas situaciones sociales. En el tema del gas, que es una energía barata, el problema es que el gas sólo llegará a donde haya mercado, ¿y donde no hay mercado no llega el gas? Hay, a mi juicio, un problema fundamental que no podemos obviar y es que la empresa pública tiene que tener un componente político de servicio público que no puede estar ajeno a una toma de decisiones políticas. Otra cosa es que estas decisiones políticas sean unas decisiones que se hagan con mucha más transparencia de la que se están haciendo. Pero, repito, yo creo que la empresa pública tiene que tener un componente público porque si no hay un fin público detrás de esa empresa pública, que no sea el mantenimiento de un determinado nivel de empleo, habrá que dejarla al sector privado.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Vamos a cerrar las intervenciones. En primer lugar va a tener la palabra Pilar Lucendo, y luego, si el profesor Ariño desea decir algo..., y Margarita Retuerto...

D.^a PILAR LUCENDO LUCAS

(Asesora responsable del Area de Administración Económica del Defensor del Pueblo)

A título de curiosidad, y muy rápidamente, al hilo de lo que la Defensora ha calificado de huida del Derecho público y que han recogido el profesor Ariño, como ambición de la eficacia, y el profesor Sánchez Morón, en primer lugar decir que en el Defensor del Pueblo siempre se han visto bastante claras las posibilidades de actuación en el ámbito de las empresas públicas. Como anécdota decir que hemos tenido muchísimas quejas sobre la actuación de ENRESA, por ejemplo, y que el Defensor del Pueblo ha participado activamente en todo el proceso de retirada de cabezales radiactivos de cen-

tros que podríamos llamar de interés vital para las comunidades, como han sido colegios públicos, hospitales, etc. Entonces, se ha realizado un seguimiento del proceso y pienso que se ha coadyuvado de alguna manera a ordenarlo y, en parte, a que fuera más rápido, porque ha habido momentos en que estaba totalmente paralizado.

En relación a una empresa tan significativa, que ejerce un servicio público básico y tan cuestionado como es Telefónica, durante los años 1992 y 1993 se ha realizado una actuación importante en relación con los famosos teléfonos 903.

A nuestro modo de ver, fue decisiva entonces la intervención del Defensor del Pueblo en la ordenación del sistema y para abrir la vía definitiva de solución. Recordarán ustedes que hay un momento en que, desde los partidos políticos, sobre todo, y desde distintos sectores sociales, se pide una nueva ley y fue el Defensor del Pueblo quien mantuvo por primera vez—incluso en una intervención directa en televisión—que había suficiente marco normativo y que sólo era necesario clarificarlo y ordenarlo, como ocurrió efectivamente mediante dos Resoluciones de la Secretaría de Estado de Comunicaciones.

El problema sería muy largo, daría para una sesión entera de Seminario, y no les voy a cansar a ustedes a estas horas de la tarde. Pero se realizó una actuación posterior que tuvo ya mucha menos publicidad, que fue cuando empezaron los cortes de línea por impago de facturas del 903. En ese momento nuevamente el Defensor del Pueblo interviene, y mantiene, lo que a nuestro juicio era también bastante claro, y que después fue aceptado por el Ministerio, que no se podía utilizar el Reglamento de Servicio por el que se regulan las relaciones entre Telefónica y el Estado, y que además aparece en todos nuestros contratos de teléfonos, para cortar el teléfono, por una razón fundamental: porque esa medida estaba pensada para el servicio telefónico básico y en la Ley de Telecomunicaciones expresamente aparece que los servicios de valor añadido, es decir, los famosos 903, 906, etcétera, no eran servicios básicos. Entonces se dirigió una recomendación a Telefónica, y hasta aquí todo fue normal porque nadie había cuestionado la intervención. Pero lo curioso es la contes-

tación de Telefónica, en que, después de manifestar «el respeto y consideración que la institución del Defensor del Pueblo merece a la compañía que represento, y a mí personalmente», el Presidente de Telefónica dice que el Defensor había incurrido en manifiesto error acerca de la naturaleza jurídica de la compañía al intervenir en este problema.

Y nos dice claramente, y no resisto la tentación de leerlo literalmente: «En efecto, Telefónica de España, S. A., es una sociedad anónima de carácter mercantil y privado que no forma parte de las Administraciones públicas ni, por tanto, sus Directivos tienen la consideración de autoridades o funcionarios. Por ello, de conformidad con lo establecido en los artículos 28 y concordantes de la Ley Orgánica 39/1981, de 6 de abril, no pueden dirigirse a Telefónica de España, S. A., las recomendaciones del Defensor del Pueblo a que se refieren dichos artículos, con los efectos jurídicos previstos en los mismos. Habida cuenta que el artículo 30 de la Ley Orgánica citada determina como destinatarios de las advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias del Defensor del Pueblo a las autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas.»

Evidentemente, el Defensor del Pueblo inmediatamente —en este caso, la Defensora del Pueblo aquí presente—, en abril del año pasado, el 14 de abril de 1993, se dirige a Telefónica de España dejando muy claro que está fuera de toda duda el carácter de agente de las Administraciones públicas en la terminología del artículo 9, que había obviado la comunicación de Telefónica, de la ya citada Ley Orgánica 3/1981, de quien preside una entidad que, en régimen de monopolio, presta como concesionaria un servicio público de titularidad y competencia exclusivas del Estado.

Esta contestación, así como la de Telefónica, se enviaron al Ministerio y ahí quedó la polémica. Por supuesto, Telefónica ha seguido contestando puntualmente a todas nuestras advertencias.

Lo digo porque a veces estas anécdotas ilustran el hecho de que, lo que está claro en el terreno teórico, yo creo que para todos los presentes, que es la posibilidad de actuación

del Defensor del Pueblo, en esta carrera hacia la privatización a la que se ha aludido puede, en algún caso, ser cuestionado, y curiosamente por una empresa como Telefónica, que no es Previa ni otro tipo de entidades claramente privadas.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

La Defensora del Pueblo ha cedido su turno a Manuel Aznar, luego daremos la palabra al profesor Ariño y finalizaremos con el coloquio.

D. MANUEL AZNAR LOPEZ

(Asesor responsable del Area de Sanidad, Seguridad Social y Trabajo del Defensor del Pueblo)

Yo creo que efectivamente el Estado Social de Derecho significa un reto al Derecho administrativo, al Derecho laboral y al Derecho en general. Eso es evidente. Y aquí se ha afirmado por el profesor Ortega —y en términos generales tiene razón— que en el Estado actual está resuelto el derecho a las pensiones, el derecho a la sanidad, etc., y que, en definitiva, es un problema de gasto público. Bueno, esto, en términos generales, es así, pero yo creo que es precisa una matización.

Creo, y así lo expreso en un artículo a punto de publicarse del que tendré el placer de mandar un ejemplar al profesor Ortega y a quienes de ustedes quieran, que hay que hacer una precisión para diferenciar entre prestaciones económicas y prestaciones en forma de servicios. Quiero decir que no es lo mismo una prestación económica que la sanidad, o que otro servicio. Hay diferencias estructurales entre estos tipos de prestaciones, y no solamente es un problema de gasto público, sino algo más profundo. Me explico: por esas diferencias estructurales, las técnicas del derecho subjetivo y las técnicas de la potestad reglada se adaptan mucho mejor a las prestaciones económicas que a una prestación ofrecida en forma de servicios, a un servicio sanitario, a un servicio social. Las prestaciones económicas de la Seguridad Social son un ejemplo pa-

radigmático de un derecho subjetivo, de una potestad reglada absolutamente. Para reconocer una pensión de jubilación basta con subsumir el supuesto en la norma, comprobar si un señor reúne los requisitos, si tiene más de sesenta y cinco años, si ha cumplido el período de cotización, e inmediatamente se le reconoce el derecho a pensión, y punto. El único problema, naturalmente, es articular los medios económicos suficientes para pagar las pensiones.

Pero aun así, incluso dentro de las prestaciones económicas, ya hay un problema que es, por ejemplo, el de las pensiones de invalidez. Su reconocimiento, en efecto, si no está sometido a una cierta discrecionalidad, si se trata de un concepto jurídico indeterminado, puesto que para determinar si el solicitante es inválido o no hay un cierto margen de apreciación. Pero en términos generales, las prestaciones económicas son un ejemplo de derecho subjetivo, de potestad reglada. Ahora bien, otro gallo le canta a las prestaciones en forma de servicios.

No me atrevería a afirmar, con toda sinceridad, que en estos momentos el derecho a la sanidad o el derecho a los servicios sociales esté resuelto en este país. Cuando una ley reconoce el derecho a la asistencia sanitaria, cuando una ley reconoce el derecho a los servicios sociales, ese derecho precisa la creación de una organización prestacional que lo haga efectivo y, por lo tanto, difícilmente se puede hablar de que esté resuelto el derecho a la sanidad o de hablar de un auténtico derecho a la sanidad, o a la asistencia sanitaria, pues puede haber una lista de espera en un hospital, quizá de años, de modo que no es un derecho efectivo, y es más, si el interesado acude a los Tribunales para intentar garantizarse ese derecho, posiblemente un Juez no pueda resolver que el demandante tenga que pasar por encima de los demás solicitantes de la lista de espera y ser operado antes.

Si es verdad la frase de que «los derechos valen lo que valen sus garantías», nos encontramos ante una posición del ciudadano ante esos derechos, ante estas prestaciones en forma de servicios que, al menos, son derechos muy condicionados, muy debilitados. Por ejemplo, una plaza en una residencia de la tercera edad: si una persona acude a un Tribunal reclaman-

do una plaza en una residencia de la tercera edad no hay Juez que diga a la Administración que le proporcione la plaza, sencillamente porque no está creada la organización prestacional suficiente como para satisfacer ese derecho.

En definitiva, lo que vengo a sostener es que es verdad que hay un problema de gasto público, que subyace siempre, pero, en definitiva, a mí me parece que, de todas maneras, hay diferencias estructurales según el tipo de prestaciones. Es decir, que la perfección de la posición del ciudadano a través del derecho subjetivo, de las potestades regladas, etc., se adapta mucho mejor a las prestaciones económicas que a las prestaciones ofrecidas en forma de servicios.

Simplemente quería hacer esta matización porque me parecía —no sé si el profesor Ortega compartirá esto— que decir que está resuelto el derecho a la sanidad, o decir que está resuelto el derecho a los servicios sociales, es una afirmación quizá algo excesiva.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Gracias; el profesor Ariño cerrará el coloquio.

D. GASPAR ARIÑO ORTIZ

*(Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Autónoma)*

No, yo solamente voy a hacer una sugerencia a la organización porque, efectivamente, los temas que han levantado, tanto el profesor Sánchez Morón, como el profesor Ortega, merecerían un debate en profundidad, y yo me prestaría a ese debate con tiempo por delante, y por eso sugiero que en esta Cátedra, o en algún otro momento a lo largo de los próximos meses, nos convoque la Carlos III para debatir «Estado Social, Estado de Derecho y Administración Pública», porque yo reitero lo que ha dicho el señor Aznar, me parece que no son derechos, aunque estén declarados en la Constitución, el

derecho a la vivienda, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al medio ambiente... Todo eso son *flatus vocis*. Pero bueno, también me parece que el tema de Estado de Derecho y Estado Social es un tema que requeriría una mayor profundización. Estoy muy de acuerdo con lo que decía Sánchez Morón: «Hace falta construir otro Estado de Derecho.» Pero mientras no se construya, Estado de Derecho y Estado Social son como el agua y el aceite, que si uno los agita temporalmente da la impresión de que hay nódulos de aceite que están mezclados con el agua, pero es una falsa impresión, al cabo del tiempo viene la lista de espera, viene la escasez de suelo urbano, viene la escasez o superabundancia de plazas de enseñanzas primaria y la inexistencia de plazas universitarias. Y ninguno de esos derechos son los derechos que conocemos con el nombre de tal en el Estado de Derecho.

A mí me parece horroroso decir que el Estado Social no es jurificable. Eso sería, a mi modo de ver, una conclusión que yo no defiendo. Lo que sí digo es que hay que instrumentar de otra manera el Derecho necesario para jurificar el Estado Social, tanto en prestaciones sociales, como, sobre todo, en intervenciones económicas.

Hay que distinguir entre el Estado como regulador, el Estado como financiador y el Estado como gestor o prestador. Yo creo que el Estado regulador es el Estado verdadero. El Estado financiador es, hoy por hoy, una necesidad, y seguramente el Estado tiene que seguir financiando y recaudando, y yo desconfío que se puedan reducir las dimensiones económicas del Estado. Es decir, que el 49, el 47 y el 46 por 100 del Producto Interior Bruto va a pasar por las manos del Estado. Lo que sí creo, en cambio, es que hay que reducir extraordinariamente el Estado como gestor, como prestador, como organización político-burocrática prestadora de servicios, porque, sencillamente, es muy mal negocio. Eso acaba no sólo con el Estado de Derecho, sino con nuestros bolsillos. Y me parece que la experiencia universal bien merecería que repensásemos el bienestar social, tanto en términos de organización institucional. No hay que acabar con el Estado de Bienestar, que es efectivamente una conquista —como aquí

se ha dicho—. Lo que hay que repensar es si el modelo político-burocrático —y subrayo político y burocrático— del Estado Social que ahora conocemos es el que debe subsistir, o no. Y ahí tenemos interesantísimas experiencias que bien merecería la pena estudiar los próximos meses, como es el caso de Suecia antes del triunfo conservador, en los últimos años del Gobierno laborista de Carlsson, o el caso holandés —con su reciente informe del Senado sobre las posibilidades de seguir manteniendo en pie el Estado Social—, o el caso alemán, o el caso español —en el que el tema de las pensiones y el tema del desempleo no están puestos en tela de juicio por la oposición, sino por el Gobierno.

Me parece que con eso hemos abierto un nuevo tema. Hemos ido derivando hacia algo que está realmente en el corazón de los sistemas estatales actuales, del cual la transparencia y la participación es una técnica, es una cosa muy importante.

Pero la cuestión es al servicio de qué, y ese «qué» es lo que bien merecería otro seminario en este lugar tan agradable. Muchas gracias.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

La Defensora del Pueblo ya anuncia que la Cátedra Ruiz Giménez recogerá ese guante que se acaba de lanzar, de manera que tendremos tiempo para hablar de esas cosas en otra ocasión.

Muchas gracias al profesor Ariño, que abandona en estos momentos la sesión. Muchas gracias también a la Defensora del Pueblo por su ponencia. Y vamos a continuar de forma inmediata la sesión con la tercera de las ponencias, que corresponde al profesor Nieto, que nos va a hablar sobre lo que nos falta en estos momentos, que es el tiempo, el tiempo en los procedimientos administrativos.

PONENCIA III

EL TIEMPO
EN EL PROCEDIMIENTO
(SILENCIO, PRESCRIPCIÓN...)

ALEJANDRO NIETO

I. INCIDENCIA DEL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Si el procedimiento administrativo está formado, como es sabido, por una serie de trámites que se van sucediendo en el tiempo, es claro que el tiempo ha de incidir pesadamente tanto en su desarrollo normal como anormal, según ha descrito minuciosamente el profesor González Navarro, que es quien más se ha preocupado de ello.

En este momento, sin embargo, y renunciando de antemano a un tratamiento exhaustivo del indicado de la ponencia (para lo que no hay tiempo y, además, carecería de verdadero interés), a nuestros efectos basta con enunciar las cuestiones más importantes y que a mi juicio son:

1.^a La prisa. Porque si el procedimiento se tramita con excesiva rapidez se corre el riesgo de que se pierdan las garantías establecidas en beneficio de los particulares. Para evitarlo la Ley prevé plazos mínimos para el cumplimiento de los trámites.

2.^a La demora. Porque si, por el contrario, la tramitación es demasiado lenta se pueden producir igualmente perjuicios para los particulares. Lo que también tiene previsto y regulado la Ley.

3.^a La inactividad procedimental. Cuyos perjuicios son evidentes y para cuyo remedio ha establecido la Ley mecanismos de corrección muy originales.

4.^a La inactividad material, es decir, la pasividad o no reacción de la Administración ante acontecimientos que ob-

jetivamente exigen una respuesta. Un extremo sobre el que viene clamando la doctrina desde hace mucho tiempo, pero que no ha sido tenido en cuenta ahora por el Legislador.

A la vista de todas estas cuestiones ha establecido la Ley un esquema compuesto fundamentalmente por las siguientes proposiciones y medidas:

A) La Administración ha de actuar normalmente con celeridad (art. 74.1) y en ocasiones incluso con urgencia (art. 50).

B) Los trámites que eslabonan un procedimiento tienen marcado de ordinario un plazo para su realización. Plazo que en ocasiones precisa el órgano actuante con respeto a los límites máximos y mínimos normativamente establecidos (por ejemplo, arts. 80.2 y 86.2), aunque en ocasiones es la ley la que directamente establece un plazo fijo y concreto para determinadas actuaciones (por ejemplo, art. 71.1).

C) La Administración tiene el deber de respetar los plazos —tanto los de cada trámite individual como el global de todo el procedimiento— y su incumplimiento produce efectos de *a*) responsabilidad personal (art. 74.2); *b*) procedimentales (caducidad, perención o irrelevancia), y *c*) materiales (acto presunto).

D) Existen igualmente reglas para determinar los días y horas hábiles de actuaciones (art. 48), así como técnicas para la determinación de los plazos (arts. 47, 48 y 49).

Por las razones ya indicadas, en la presente Ponencia únicamente van a tratarse las cuestiones relacionadas con las inactividades procedimentales.

II. INACTIVIDAD DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO

Cuando son los propios interesados los que no atienden los plazos señalados se producen determinados efectos en su perjuicio; pero hay que distinguir dos supuestos.

1. PROCEDIMIENTOS INSTADOS A SOLICITUD DEL INTERESADO

A) Si se trata de una inactividad en el cumplimiento de trámites, la consecuencia inmediata y automática es la pérdida de su derecho al referido trámite, tal como señala el artículo 92.2:

No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en el cumplimiento de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite.

Como esta pérdida del derecho debe ser declarada de forma expresa por la Administración y comunicada al interesado, surge el problema de si cabe el cumplimiento del trámite una vez expirado el plazo, pero antes de recibirse la declaración de pérdida del derecho. A juzgar por el texto literal del precepto (nótese que aquí no se habla de «acuerdo» de la Administración, a diferencia de lo que sucede con la caducidad) la pérdida se produce *ex lege* y, por tanto, es automática; por lo que el órgano tramitante puede negarse a dar por recibida la documentación presentada en las condiciones a que acaba de hacerse referencia. Pero quizás sea ésta una interpretación demasiado dura para el interesado e innecesariamente perjudicial para el mismo.

B) Si se trata de una «paralización del procedimiento», la consecuencia es la declaración de su caducidad, tal como establece el artículo 92.1:

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que transcurridos tres meses se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado. Contra la

resolución que declare la caducidad procederán los recursos procedentes.

Esta declaración de caducidad y consiguiente archivo de las actuaciones es una forma de terminación del procedimiento en la terminología del artículo 87.1 y, en todo caso, «no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción», tal como advierte el número 3 del artículo 92. Es decir, que mientras no medie prescripción puede abrirse un nuevo procedimiento con el mismo objeto que el declarado caducado. Además —tratóndose como se trata de un acto expreso— hay que admitir que, aun transcurridos los tres meses, puede el particular cumplir el trámite hasta tanto no se le notifique el acto de declaración de caducidad.

Existe, con todo, una excepción al régimen que se está describiendo, que es la prevista en el número cuatro: «Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general o fuere conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento».

Lo que, a la vista de los números uno y dos (ya transcritos), conviene aclarar es lo siguiente: la declaración de caducidad del número uno sólo puede operar cuando se trata de «trámites esenciales» y ello no sólo porque así lo indica de forma expresa el número dos, sino por lógica: la inactividad del interesado lo único que produce, de ordinario, es la pérdida de su derecho al trámite, o sea, el paso al eslabón siguiente del procedimiento. Ahora bien, cuando se trata de un trámite esencial no tiene sentido continuar el procedimiento, dado que sin tal trámite no puede lograrse el objeto perseguido por el propio particular. Por lo que, en consecuencia, hay que adoptar la medida más severa de la declaración de caducidad.

2. PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO NO SUSCEPTIBLES DE PRODUCIR ACTOS FAVORABLES PARA LOS CIUDADANOS

En estos supuestos no se produce ni la pérdida del derecho al trámite ni la declaración de caducidad, sino simplemen-

te la interrupción del plazo para resolver el procedimiento, tal como establece el artículo 43.4:

Cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causas imputables al interesado, en los que se interrumpirá el plazo para resolver el procedimiento.

El obstáculo más importante para aplicar este precepto se encuentra en la circunstancia de que es difícil imaginar procedimientos incapaces de producir actos favorables a los ciudadanos. Si se hubiera dicho «interesados», la cosa sería más sencilla, puesto que el número de interesados es más reducido y puede calcularse o preverse las consecuencias que puede ejercer sobre ellos la resolución; pero tratándose de millones de «ciudadanos» es siempre posible que alguno salga beneficiado. Por ejemplo, el expediente de clausura de un establecimiento molesto no podrá jamás ejercer efectos favorables al expedientado, pero sí a cualquier ciudadano a quien la actividad moleste. En realidad no existen, pues, actos exclusivamente favorables ni actos perjudiciales, puesto que siempre favorecerán a unos y perjudicarán a otros.

III. INACTIVIDAD PROCEDIMENTAL DE LA ADMINISTRACION

Cuando no son los interesados quienes permanecen inactivos, sino que lo es la Administración (y prescindiendo de momento del silencio), las consecuencias previstas en la Ley son las siguientes:

1. EFECTOS PROCEDIMENTALES

Como regla, el del artículo 43.4, antes transcrito, en lo que se refiere a la paralización producida por la inactividad de la Administración. Aunque aquí hay que tener en cuenta también la regla especial del artículo 132.2:

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable (sino, por tanto, a la Administración).

2. EFECTOS DE RESPONSABILIDAD PERSONAL

Está prevista en el número tres del artículo 42, pero a ella me referiré más adelante al hablar de la obligación de responder por parte de la Administración.

IV. EL LLAMADO SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. INTRODUCCIÓN

Aunque la Ley mantiene la figura del llamado silencio administrativo, en sus dos variedades de positivo y negativo, su confesada intención no es la de regularlo, sino la de establecer un mecanismo que estimule a la Administración a resolver de forma expresa.

En efecto, tanto en su Exposición de Motivos como en su articulado, la Ley ha puesto un énfasis especial en una peculiarísima regulación del silencio que, en opinión de sus representantes políticos, constituye una de sus novedades más importantes. La Ley, como acaba de decirse, recoge el sistema anterior del silencio negativo (mera apertura técnica a la intervención controladora de los Tribunales) y el positivo (auténtico acto administrativo de contenido determinado por la

Ley), pero con una notable ampliación del ámbito de éste. Por ello dice la Exposición de Motivos que «se podría decir que esta Ley establece el silencio administrativo positivo cambiando nuestra doctrina tradicional», aunque añade a renglón seguido que tal juicio «no sería exacto (puesto que la Ley) supera la doctrina del silencio administrativo». En sus palabras, por tanto, todo gira en torno a la garantía que la figura establece:

El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos tengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser una institución jurídica normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía (es) exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo...

En cualquier caso, la mejor prueba de las confesadas intenciones del Legislador se encuentra en la circunstancia de que ha colocado esta regulación no en el título V, dedicado a los actos administrativos, sino en el IV, que se refiere a la actividad administrativa. Con ello se ha querido dejar bien claro que el silencio administrativo no es una simple cuestión de manipulación procesal o material de los actos administrativos, es decir, de una imputación de efectos ficticios al silencio, sino una forma de obligar a la Administración a que cumpla su deber de contestar. Así se explica la corriente afirmación de que la nueva Ley ha terminado con el silencio administrativo y lo ha sustituido por el acto presunto.

2. LA OBLIGACIÓN DE RESOLVER

Está regulado en el artículo 42.

2.1. *La obligación*

El punto de partida se encuentra en su número uno, cuyo apartado primero declara que «la Administración está obligada a dictar resolución expresa sobre cuantas solicitudes se formulen por los interesados, así como en los procedimientos iniciados de oficio, cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado». Imperativo que únicamente admite las excepciones enumeradas en el apartado segundo que, desde luego, no son correctas, ya que no es cierto que no haya obligación de resolver en los «procedimientos en que se produzca la prescripción, caducidad, la renuncia o el desestimiento», como luce en los artículos 91 y 92 en los que terminantemente se ordena lo contrario, es decir, la exigencia de una resolución expresa.

2.2. *Plazo*

Como sucede que si no hubiese plazo para resolver, la obligación de hacerlo sería inútil, la Ley se preocupa de regular este punto en los siguientes términos:

A) Solicitudes que se formulan por los interesados.

a) La norma que regula el procedimiento se encarga de establecer un plazo determinado. Esta variante parece muy sencilla, pero no lo es tanto si se piensa que hay miles de procedimientos y con diferentes variantes: en unos se señala un plazo total y en otros se van fijando plazos para ciertos trámites, pero sin llegar a determinar el final.

b) A falta de determinación normativa del plazo se entiende que es de tres meses.

B) Procedimientos de oficio.

El número uno establece la obligación de resolver, pero el número dos no fija plazo. En su consecuencia, o se entiende que no hay plazo (y el número uno no puede ser operativo) o se entiende que se aplica el del número dos (prescindiendo de su tenor literal).

2.3. *Responsabilidad*

El incumplimiento de la obligación de resolver arrastra dos consecuencias: la ficción de determinados efectos jurídicos del acto (que se examinarán a continuación) y la generación de responsabilidades personales.

Estas se cargan sobre los titulares de los órganos competentes para resolver y sobre el personal que tenga a su cargo el despacho de los asuntos. Lo cual vale para la responsabilidad patrimonial y civil (que es rarísima), pero no para la disciplinaria, que sólo afecta al personal. Mientras que los que resuelven (de ordinario, políticos) son irresponsables, puesto que no se va a «remover del puesto de trabajo» a un Ministro o a un Alcalde por no haber resuelto dentro del plazo.

Por lo demás, la identificación del responsable ha de ser difícilísima en procedimientos mínimamente complejos y su individualización más todavía, puesto que lo habitual será la coautoría y corresponsabilidad, que no están reguladas en Derecho disciplinario. Aquí la única solución hubiera sido la de disponer que cada expediente administrativo tuviera un responsable identificado e individualizado sobre el que cargar la eventual responsabilidad personal.

3. ACTOS PRESUNTOS

El artículo 43 regula los efectos jurídicos de la falta de resolución en plazo. Pero antes de entrar en su análisis conviene repasar las diferentes soluciones posibles en relación con el plazo para resolver.

3.1. *Diferentes soluciones*

Propongo la siguiente terminología: *a)* Hay un plazo para resolver correctamente (es la «resolución puntual» del art. 42.1). *b)* Transcurrido este plazo, todavía subsiste la obligación de resolver mientras no se haya emitido la certificación

(es la «resolución tardía» del art. 43.1). c) Y a partir de la emisión de la certificación, la Administración debe abstenerse de resolver. Por ello, si lo hace será una «resolución extemporánea».

A) Contenido de la resolución tardía. Hay dos interpretaciones posibles:

a) La Administración es libre, de tal manera que puede dar a la resolución tardía un contenido distinto al correspondiente al acto presunto. Porque de no ser así, el cumplimiento de la obligación sería inútil. Interpretación que facilita una corruptela muy sencilla: no pasa nada si no se resuelve puntualmente porque si alguno reclama aún quedan veinte días para contestar.

b) Sólo se puede resolver en el sentido predeterminado por la norma reguladora del silencio. La resolución expresa no es más que una constatación (no, por tanto, una declaración o acto de voluntad) de lo que ya ha sucedido. Interpretación que se basa en que el artículo 43 dice «para su eficacia»; luego el acto ya existe. Y, además, según la doctrina surgida a propósito de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, el silencio positivo provoca la aparición de un acto auténtico, que sólo se puede revocar por acto formal.

B) Contenido de la solución extemporánea. Que presenta dificultades hermenéuticas insuperables desde los propios textos:

a) Si el silencio es desestimatorio, ¿podría ser estimatoria la resolución?

b) Si el silencio es estimatorio, ¿podría ser desestimatoria la resolución expresa? Aquí parece que no. La resolución expresa sería inválida, puesto que para revisar el acto presunto habría que acudir al procedimiento de revisión de oficio.

3.2. Silencio positivo

Dice la Ley que «podrá entenderse» como tal, siendo así que debería decir «se entenderá», ya que es una ficción que se produce *ex lege*, sin que ni la Administración ni los particulares puedan disponer de su contenido.

Pero dejando esto aparte puede establecerse el siguiente repertorio de supuestos de silencio positivo:

a) Los que así lo determine una norma sectorial procesal.

b) En casos de *lege silente* [letra c)], o sea, cuando la norma no diga lo contrario (y salvas las excepciones que se especifican).

c) El supuesto de la letra a): «Solicitudes de concesión de licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo.» Un texto tomado del Real Decreto-ley llamado de Boyer, cuya aplicación ha sido rarísima: lo que hace sospechar que tampoco se va a aplicar ahora en el futuro.

d) El supuesto de la letra b): «Solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que la estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceras personas facultades relativas al dominio público o al servicio público, en cuyo caso se entenderán desestimadas.» Este precepto parece aludir a la teoría clásica de la licencia, como figura contrapuesta a la concesión. Pero entonces no encaja el «salvo», que se refiere inequívocamente a concesiones.

3.3. *Silencio negativo (art. 43.3)*

Aquí sí que es correcto el «se podrá entender» (que viene de la vieja LPA) porque el particular, si no quiere, puede seguir esperando.

El supuesto más común es el de cuando una norma así lo declare (ex art. 43.5).

El supuesto más problemático es el de la letra b): «Resolución de recursos administrativos. Ello no obstante, cuando el recurso se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el recurso si llegado el plazo de resolución de éste el órgano administrativo competente no dicta resolución expresa sobre el mismo.» Porque con este tenor se evocan con-

secuencias imprevisibles y contrarias al número anterior. Por ejemplo, en una licencia o concesión que afecta al servicio público: el primer silencio es desestimatorio, pero como el segundo es estimatorio, habría que ir a una revisión de oficio.

3.4. *Silencio irrelevante o estéril*

Con esta terminología de mi invención quiero aludir al hecho de que no puede admitirse que el silencio a una solicitud dirigida a un órgano incompetente pueda tener efectos positivos: «pedir la luna» a un Gobernador civil, pedir una exención tributaria estatal a un alcalde, pedir a un Jefe de regimiento la concesión de una subvención agraria.

Cierto que en estos casos podría pensarse en actos nulos, pero éstos habrían de ser revisados de oficio, con lo complicado que ello resulta. Por tanto, mejor es entender que el silencio es irrelevante cuando se refiere a una solicitud cuyo contenido no puede ser concedido por falta de competencia del órgano a quien se dirige.

3.5. *Relación de procedimientos (art. 43.5)*

Entiendo que esta relación no es vinculante sino de meros efectos informativos: «para mejor conocimiento de los ciudadanos». Recuérdese que la Administración no puede alterar las normas (art. 52.1). El contrapunto está en la disposición adicional tercera.

4. LA CERTIFICACIÓN

4.1. *Naturaleza*

Certificación en sentido estricto es un testimonio en el que se da constancia oficial de datos que obran en un archivo. No es, pues, un acto de voluntad ni de valoración, ni siquiera de conocimiento de hechos, sino únicamente de constancia de do-

cumentos. Por ello las certificaciones se libran o emiten por fedatarios o por quienes custodian archivos.

La «certificación de actos presuntos» sólo es parcialmente una certificación en sentido propio: en lo que se refiere a «la solicitud presentada o del objeto del procedimiento seguido, la fecha de iniciación y del vencimiento del plazo para dictar resolución» (art. 44.3, apartado 1). Pero no en lo que se refiere a «los efectos generados por la ausencia de resolución expresa». Esto no es una constatación, sino el resultado de un juicio (subsunción de un hecho en una norma) y una declaración de derechos. La certificación de actos presuntos ni es certificación ni contiene un acto presunto: es un acto expreso.

Por tal razón, la llamada certificación de actos presuntos no sirve para dar «eficacia al acto presunto», sino que lo transforma en acto expreso (art. 44.2). El mecanismo de la Ley no tiene, por tanto, nada que ver con el silencio positivo de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo o, al menos, es muy diferente.

Lo característico de las certificaciones (en la parte en que así lo son en sentido propio) es que su contenido se establece por remisión a la solicitud: la certificación no establece directamente su propio contenido, sino que estima la petición del interesado en los propios términos en que éste la ha planteado.

De notar es también, por último, que no son motivadas.

4.2. *Peticionarios*

Los interesados (art. 44.2). Es decir, que pueden ser varios, con intereses encontrados y en momentos distintos (por ejemplo, el peticionario de una licencia y el que se ha opuesto a su otorgamiento). Con las siguientes consecuencias:

a) Si el silencio es negativo, el primer peticionario cierra el plazo o posibilidad de que se dicte una resolución expresa estimatoria.

b) Si el silencio es positivo, la primera petición cierra el plazo o posibilidad de que se dicte una resolución expresa desestimatoria.

O sea, que el primer peticionario bloquea el procedimiento y congela la decisión al obligar la producción del acto expreso llamado certificación del acto presunto.

4.3. *Plazo para solicitar la certificación*

Se inicia «a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo en que debió dictarse la resolución» y (prescindiendo del caso de pluralidad de interesados contrapuestos a que acaba de aludirse) queda abierto indefinidamente, con la inevitable inseguridad jurídica consecuente.

4.4. *Frustración de la petición*

a) Si antes de los veinte días se dicta resolución expresa.

b) Si, habiendo varios interesados, se adelanta uno y se extiende la certificación (como acto expreso sustitutorio).

Si dentro de los mismos veinte días se presentan varias peticiones la Administración tiene, naturalmente, las opciones de resolver de forma expresa o de extender la certificación.

4.5. *Pretensión complementaria*

Los interesados «podrán solicitar de la Administración que se exijan las responsabilidades correspondientes» (art. 44.4) por no haber resuelto de forma expresa. Pero esta pretensión no podrá acumularse en la de que se certifique, al menos, cuando el responsable es el que tiene que extender la certificación y antes tenía que haber resuelto.

4.6. *Organo certificante (art. 44.2)*

a) El órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento. Lo que prueba que no es una mera certificación en sentido técnico.

b) En los órganos colegiados el Secretario o la persona que tenga atribuida sus funciones. Lo que resulta incongruente si se tiene en cuenta la parte de la certificación que no es tal, sino un auténtico acto administrativo, que va a adoptar un secretario de órgano colegiado.

4.7. *Plazo para certificar (art. 44.2)*

Inexcusablemente en el plazo de veinte días contados desde que fue solicitada, salvo que en dicho plazo se haya dictado resolución expresa.

4.8. *Responsabilidad (art. 44.2)*

«La no emisión, cuando proceda, de la certificación dentro del plazo y con los requisitos establecidos, una vez solicitada en debida forma, será considerada como falta muy grave.» Pero como el órgano certificador es de ordinario político y, por tanto, disciplinariamente irresponsable, esta solemne declaración legal sólo alcanzará a algunos secretarios de órganos colegiados (de Corporaciones locales, por ejemplo).

Por otra parte, esta responsabilidad es, al menos teóricamente, acumulable a la del artículo 42.3 que se refiere a los causantes de no haber dictado el acto. Y por el artículo 44.4 podrán los interesados no exigir esta responsabilidad, sino solicitar de la Administración que la exija ella.

4.9. *Plazo para recurrir*

«Los plazos para interponer recursos administrativos y contencioso-administrativos —dice el art. 44.5— respecto de los actos presuntos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación y, si ésta no fuese emitida en plazo, a partir del día siguiente al de la finalización de dicho plazo.»

4.10. *Acto presunto no certificado*

De acuerdo con el número 3, apartado 2, del artículo 44, «si la certificación no fuese emitida en el plazo establecido en el número anterior, los actos presuntos serán igualmente eficaces y se podrán acreditar mediante la exhibición de la petición de la certificación, sin que quede por ello desvirtuado el carácter estimatorio o desestimatorio legalmente establecido para el acto presunto.

V. LOS PROBLEMAS MAS GRAVES

Con ser grave lo que hasta ahora se ha venido diciendo, importa tomar conciencia de que los problemas más importantes no se derivan del silencio (o inactividad formal de la Administración), sino de su inactividad material, que no ha sido regulada por la Ley a pesar de la insistencia doctrinal en que así se hiciere.

Si, por emplear las palabras de la Exposición de Motivos, de lo que se trata es de «impedir que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado», esto no se consigue con el establecimiento de la figura del silencio, sino con la ruptura de la inactividad. Con el silencio positivo, en efecto, no se soluciona la petición de que, por ejemplo, se realice una operación urgente o se ponga una valla protegiendo una zanja viaria o que se reparen las farolas públicas o que se evite el ruido nocturno provocado por una discoteca. Todo lo cual forma parte del repertorio de necesidades cotidianas de los ciudadanos modernos.

Por el silencio positivo es posible obtener el *reconocimiento* de un derecho; pero no se trata de un simple reconocimiento (quizás incluso no se ha discutido siquiera), sino de su *efectividad*. Con los actos presuntos se rompe el muro del silencio, pero no el muro de la inactividad material. Por ello, lo que hace falta es que de la misma manera que existen meca-

nismos legales para obligar a que los particulares reticentes cumplan los actos administrativos, haya otros para que sea la Administración la que cumpla sus deberes. Y esto no lo ha hecho, y ni siquiera abordado, la nueva Ley.

Veamos con unos ejemplos lo que se está diciendo.

1. EJEMPLO DEL ARTÍCULO 35.g)

Este precepto declara el derecho de los ciudadanos a «obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar». A su vista es lícito imaginar las siguientes actuaciones:

— Se pide verbalmente la información el 2 de enero. El funcionario de la ventanilla no la proporciona.

— El 3 de enero se pide por escrito al Jefe de la Dependencia. No contesta.

— Suponiendo que el acto presunto desestimatorio se ha producido a los tres meses el 4 de abril siguiente, que no se extiende o se extiende en sentido afirmativo.

— El 25 de abril se deduce ya el derecho a la información de acuerdo con la nueva Ley. Pero este reconocimiento no sirve absolutamente para nada, dado que ya se sabía que existía a la vista de la contundencia del texto legal que lo establece. Y, además y sobre todo, porque lo que se desea es la información, y ésta sigue sin recibirse.

— El 26 de abril —al amparo del art. 35.g) y de la propia certificación— se vuelve a pedir la información. Que no se proporciona y *da capo*.

La historia no es inventada y creo que no existe ni un solo ciudadano que no haya experimentado algo parecido.

2. EJEMPLO DEL ARTÍCULO 35.f)

Este precepto³⁾ declara el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante. En este supuesto la secuencia imaginable es la siguiente:

— En octubre se solicita matriculación en un curso oficial y se requiere por la Universidad un documento innecesario.

— Se solicita la exención de la entrega. Pero no se contesta y, como sigue la exigencia del documento, no se produce la matriculación.

— La certificación de silencio puede llegar en enero o febrero. El documento es innecesario.

— La matriculación, en el mejor de los supuestos, tendrá lugar en el mes de abril cuando el curso ya está finalizado. Todo el procedimiento ha sido inútil.

3. DERECHOS CUYA EFECTIVIDAD ESTÁ EN MANOS DEL INTERESADO

Pensemos ahora en un supuesto en el que el derecho reconocido puede hacerse efectivo por el mismo titular, ya que a la Administración sólo le corresponde tolerar pasivamente su ejercicio (ejemplo, licencia de edificación en suelo propio).

El mecanismo es sencillo en estos casos, dado que lo importante es el reconocimiento del derecho y éste puede, en efecto, obtenerse a través del acto presunto.

4. DERECHOS CUYA EFECTIVIDAD ESTÁ EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN

La situación se complica cuando corresponde a la Administración dar efectividad al derecho del particular. Aquí no

basta el simple reconocimiento, sino que es necesaria, además, una actitud positiva de la Administración. Pero todavía hay que distinguir:

A) Si el cumplimiento no está condicionado en el tiempo (como el pago de una cantidad líquida) se puede lograr su efectividad a través de un recurso contencioso-administrativo. Lo cual llevará mucho tiempo, pero al final se habrán conseguido, más o menos deterioradas, las pretensiones. Aunque, eso sí, el procedimiento previo del silencio no ha ayudado para nada, puesto que el Tribunal hubiera podido pronunciarse exactamente igual sin contar con el acto presunto.

B) Pero si el cumplimiento está condicionado en el tiempo (como se ha visto en el ejemplo anterior de la matriculación en un curso), la realización del derecho se frustra totalmente y se transforma eventualmente en una pretensión indemnizatoria. Aunque aquí tampoco ha servido de nada el acto presunto. O, mejor dicho, ha servido para que se alargue aún más el procedimiento.

COLOQUIO

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Muchas gracias al profesor Nieto, y abrimos de inmediato el coloquio. José Mario Fernández tiene la palabra.

D. JOSE MARIO FERNANDEZ MATEOS
(Asesor responsable del Area de Defensa e Interior del Defensor del Pueblo)

A mí me gustaría simplemente que profundizase, si puede —ya lo cita en su ponencia—, sobre el tema de la caducidad. Y traigo para esta reflexión un ejemplo práctico que hace poco tiempo hemos tratado de resolver en el Defensor del Pueblo con relación al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, en el que la Administración estaba archivando las actuaciones, los expedientes iniciados para el reconocimiento del derecho, aduciendo que los interesados no aportaban elementos que la Administración consideraba esenciales dentro de su petición del reconocimiento del derecho.

Nosotros hemos estimado que, quitando una serie de datos personales, así como los motivos de la objeción que la propia ley establece, otros elementos añadidos por la Administración eran sólo de carácter de información general para la Administración y, por tanto, no se podía alegar por la propia Administración esa falta de aportación de elementos como su-

ficiente para declarar la caducidad y, por tanto, el archivo del expediente. Me gustaría saber cuál era su opinión sobre la caducidad.

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

Pues a lo mejor podría dárla, pero como estoy seguro que usted tiene una respuesta bastante más meditada que la mía, porque lleva tres meses dando vueltas a esto y yo llevo así como treinta segundos, ¿por qué no nos lo cuenta?

D. JOSE MARIO FERNANDEZ MATEOS

(Asesor responsable del Area de Defensa e Interior del Defensor del Pueblo)

Simplemente, la opinión que hemos sostenido, evidentemente, es que, en principio, la falta de unos elementos que no consideramos esenciales no debe suponer una utilización, que creemos fuera de lugar por parte de la Administración, del elemento a la caducidad.

Ahora bien, el problema que sí vuelvo a insistir en que me gustaría conocer su opinión es si esa pérdida, ese cierre de procedimiento como consecuencia de caducidad, es sólo el cierre del procedimiento o la posibilidad de que la Administración no llegue a reconocer el derecho. Estamos hablando, y eso sí quiero centrarlo, estamos hablando de un derecho como es el derecho al reconocimiento a la objeción de conciencia, y me gustaría que sobre ese punto en concreto se pronunciase.

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

Pues no, no me voy a pronunciar, y no por soberbia, sino porque no estoy en condiciones —lo digo sinceramente— de improvisar una respuesta meditada. Prefiero quedar como un

ignorante sincero y modesto a como un ignorante petulante que sobre la marcha responde cualquier cosa.

Pero probablemente haya aquí autoridades de veras en procedimiento administrativo que para su Gobierno le podrán responder.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

¿Hay algún voluntario para responder...? Bien, pues la pregunta va a quedar sin responder. D. Carlos Luna.

D. CARLOS LUNA ABELLA

(Asesor del Area de Administración y Ordenación Territorial del Defensor del Pueblo)

Yo quería preguntarle al profesor Nieto su opinión sobre dos temas: el contenido de la certificación de acto presunto, al que hace referencia en su ponencia, y la aplicación del artículo 43 de la nueva Ley y, por lo tanto, de la certificación de acto presunto en materia de recursos. Preciso ambas cuestiones.

Creo que sigo la línea de razonamiento del profesor Nieto si afirmo que una certificación no es, ni más ni menos, que una constatación, mediante fe, de un hecho o un acto ya acaecido; luego, cuando a la Administración se le pide la certificación de acto presunto, lo único que la Administración, en buena fe, puede hacer es una de estas dos cosas: *a)* o decir: «no he resuelto, certifico que no he resuelto», supuesto en que estamos es una verdadera certificación; *b)* o decir: «la ley asigna a la falta de resolución, en este procedimiento concreto, tal efecto». Si la certificación hiciera otra cosa, es decir, si dijera: «en relación con la solicitud que usted hace a la Administración certifico que, por aplicación de la ley, su petición es estimada o desestimada», no estaríamos ante una certificación, estaríamos ante una resolución, porque la resolución no es, ni más ni menos, que el proceso de subsunción de un supuesto de hecho en la norma que debe aplicarse.

En síntesis, la certificación lo único que puede hacer es optar por una de estas dos vías:

1. A pesar de que se solicita la certificación y el órgano competente pueda aún resolver en el término de veinte días (esta posibilidad no pacífica en la doctrina ha sido resuelta en el sentido expresado tanto por el Consejo de Estado, como por los reglamentos de desarrollo de la ley), lo cierto es que no se resuelve y el órgano se limita a certificar la falta de resolución.

Se produce así una situación análoga a la que antes describía la Defensora del Pueblo cuando ponía el ejemplo de Administraciones públicas que, con motivo de la tramitación de una queja, nos comunican que: «hemos decidido resolver por silencio». Es decir, como dice el profesor González Navarro, «no resuelvo porque me llamo león», no resuelvo y lo certifico.

2. Al no resolver se certifica que la ley en ese concreto procedimiento —no en otra concreta petición— asigna efectos estimatorios o desestimatorios a la falta de resolución. El resultado es bastante pobre y deja al interesado inmerso en una tremenda incertidumbre que solo la vía contenciosa podrá despejar.

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

Déjeme que conteste ya, porque si no luego se me olvida.

Estoy de acuerdo en que así debería ser, pero yo no soy tan optimista como para creer que el contenido de la certificación sea el que usted dice, porque es que puede ser mucho peor. Esa certificación al menos aclara al peticionario si se encuentra ante un silencio positivo o ante un silencio negativo. Eso ya es mucho, eso es una colaboración generosa por parte de la Administración, que dudo que estén dispuestos a hacer.

Esto no forma parte de una certificación en sentido estricto, pero las Administraciones dirán: «Y en cuanto al efecto positivo-negativo, se lo busca usted.» Repito, si se dijera si-

lencio positivo, ya sabríamos algo. Y nada digamos del supuesto en el que quien certifica no tiene facultad de resolver, es decir, en los órganos colegiados el pobre secretario, por ejemplo, que está ahí tomando apuntes, cuando el órgano colegiado no ha querido resolver él es el que tiene que hacerlo.

D. CARLOS LUNA ABELLA

(Asesor del Area de Administración y Ordenación Territorial del Defensor del Pueblo)

La segunda pregunta concierne también a algún aspecto de la ponencia del profesor Sánchez Morón; hace referencia a la necesidad o posibilidad de solicitar la certificación de acto presunto en materia de recursos, ya que la ley no resuelve el problema, al menos abiertamente. El artículo 117 de la Ley parece excluir la certificación de acto presunto en materia de recursos, pero, por otra parte, los artículos 42 y siguientes de la Ley, por su ubicación sistemática, parecen aplicables a todo el conjunto de la actuación de la Administración. Al hilo de esta cuestión se plantea, a mi juicio, un problema quizá más importante: tanto si se produce como si no la certificación de acto presunto, ¿cuál es el plazo, a su juicio, para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa? Porque, o yo me equivoco, o el artículo 58.2 —me parece recordar— de la ley jurisdiccional no ha sido expresamente derogado por la ley, artículo que establece que en caso de silencio entre un recurso de reposición, el plazo para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa sería un año.

A mi juicio, si es preceptiva la solicitud de certificación de acto presunto, y si ésta se expide o si no se expide, porque transcurridos veinte días ya no se puede expedir, no tendría sentido en absoluto que existiera el plazo de un año para recurrir ante la jurisdicción contenciosa, lo lógico es que fuera el plazo ordinario de dos meses. Si no hay certificación de acto presunto, efectivamente parece que mantener el plazo de un año para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa tendría más sentido.

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

Por lo que se refiere a lo primero, antes de oír respuestas más autorizadas, la certificación en vía de recurso, ¿para qué vale?

D. CARLOS LUNA ABELLA

(Asesor del Area de Administración y Ordenación Territorial del Defensor del Pueblo)

Realmente, una de dos, para nada, pero para abrir la vía contenciosa revisora, exclusivamente...

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

Ahí está, es que yo creo que no hace falta la certificación. Esa es mi impresión. Y por eso, si se quiere pedir, se pide, y si no se quiere, no se pide. Es decir, si fuera correcta mi hipótesis de que no hace falta la certificación, sino que ahí tenemos el recurso contencioso-administrativo, la respuesta ya está dada. Por lo que se refiere a lo primero.

Y lo segundo era...

D. CARLOS LUNA ABELLA

(Asesor del Area de Administración y Ordenación Territorial del Defensor del Pueblo)

¿Cuál es el plazo, tanto si se expide como si no? Porque el artículo 58.2 de la ley jurisdiccional no ha sido formalmente derogado.

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

Yo me inclinaría por el plazo de un año, por aquello de que de entender otra cosa nos encontraríamos con un empeoramiento de la situación del interesado, que es lo que sucedería si se le cerraran los plazos. No por una interpretación literal, sino por una interpretación finalista, a mí me parece que leyendo la Exposición de Motivos y leyendo las intenciones de la ley —que es dar más facilidades y más garantías a los interesados— sería luego contradictorio decirle: «Si se descuida usted dos meses y un día se queda sin recurso.» Por eso, de la misma manera que con la vieja, y todavía vigente, Ley Jurisdiccional se extendió el plazo de un año tanto para la reposición como para la alzada, por qué no vamos a extenderlo ahora, en cuanto que es beneficioso para el particular, sin preocuparnos de si ha habido certificación o no.

Lo que ocurre con estas interpretaciones finalistas es que admiten una interpretación rigurosamente contraria, igualmente plausible. Porque ya tenemos ahora también jurisprudencia —que conocen igual que yo— que no dice ni dos meses ni un año, sino que se puede interponer el recurso cuando uno quiera. Ya hay jurisprudencia en este sentido, por lo menos en los Tribunales Superiores.

Oigamos...

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

El profesor Sánchez Morón quiere...

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

... a los que opinan...

D. MIGUEL SANCHEZ MORON

*(Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá de Henares)*

Por alusiones, no a mi ponencia de mañana, que no se refiere para nada a esto, sino a cosas que ya he escrito con anterioridad sobre los dos temas.

Yo pienso que si se hace una interpretación sistemática de la ley sería necesaria la certificación en el caso de que no se contestara al recurso interpuesto para dar eficacia a esa desestimación (o, en el supuesto extraordinario en que señala la ley, estimación) del recurso ordinario interpuesto.

Las razones son muchas, y como ya las he escrito no las voy a repetir aquí, entre otras cosas porque estoy seguro que me voy a olvidar de alguna. Fundamentalmente, porque el artículo 43 se refiere también a los recursos cuando habla del silencio y, en consecuencia, todo el nuevo sistema del acto presunto hay que referirlo también a los recursos administrativos. También porque en otros instrumentos que guardan una cierta semejanza con el recurso administrativo, como es la llamada acción de nulidad, en caso de revisión de oficio, la ley dice expresamente que es necesario pedir la certificación de acto presunto. Por último, porque cuando la ley ha querido excluir la necesidad de solicitar la certificación ante un silencio de la Administración, caso de la petición de suspensión en vía de recurso, lo ha dicho expresamente. Pero ésta es una interpretación sistemática. Del mismo modo debería decir que no me parece lógico que en vía de recurso se deba pedir la certificación, porque al fin y al cabo la Administración ya se ha pronunciado en un primer momento, antes del recurso. En otros términos, si la solicitud de certificación puede tener alguna lógica o algún sentido (y yo creo que sí) como una especie de denuncia de mora en vía de petición —como se solía decir antes— no la tiene seguramente en vía de recurso.

Dicho lo cual, ¿qué es lo que yo preveo que va a ocurrir? Ya al margen de la interpretación sistemática y de mi opinión personal sobre lo que se debería haber dicho en la ley, pienso que los Tribunales van a hacer una interpretación en favor de

los particulares. Creo que ése va a ser el criterio interpretativo —naturalmente, estoy hablando del criterio interpretativo mayoritario, el que al final se impondrá— en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y en ese sentido estoy convencido de que, si no hay antes una aclaración, probablemente la jurisprudencia dirá que no es necesario pedir la certificación en vía de recurso. Probablemente las cosas irán por ahí. Pero, en fin, ésta es una mera especulación, lo que yo creo que puede ocurrir. Naturalmente, al final va a ser la jurisprudencia la que decida sobre el asunto.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es decir, si está en vigor o no el plazo límite de un año para interponer el recurso contencioso-administrativo desde que se produce el silencio, yo, en cambio, pienso que la lógica de la ley, aunque el legislador no lo haya dicho así expresamente, lleva a entender derogado este plazo. Y no por las razones que ha dicho el profesor Nieto, no porque de esta manera se perjudique al particular, al interesado, sino precisamente porque se le beneficia —vuelvo a la interpretación en favor del interesado—.

La verdad es que es difícil entender el sistema del acto presunto de la Ley 30/1992. Yo creo que a todos nos ha ocurrido algo de eso y le hemos dado muchas vueltas. Y es difícil entenderlo en su plenitud quizá porque todavía estamos manejando conceptos e ideas de la Ley del 58. Estamos intentando interpretar la Ley 30/1992 con el esquema que nos dejó la Ley del 58, que es el que hemos manejado durante tantos años. En ese sentido, puede parecer que si ampliamos, en el caso del silencio, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo hasta un año estamos beneficiando al interesado. Y, sin embargo, no. Le estamos justamente limitando. ¿Por qué? Pues porque ahora, para dar eficacia al silencio, al acto presunto, se deja en manos del interesado la petición de certificación. En realidad, es el interesado el que domina el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, sin el límite del año establecido en la ley de lo contencioso.

Y ¿qué es lo que puede ocurrir? (haciendo también previsiones un tanto especulativas). Si a alguna persona no le contesta la Administración, ¿va a pedir la certificación? Lógica-

mente pedirá la certificación si le interesa realmente a un doble efecto. Si el acto presunto es positivo pedirá la certificación para tener un acto positivo o un silencio positivo, un acto favorable; en definitiva, para gozar de un acto favorable con toda su eficacia. Pero si el silencio es desestimatorio, la persona que vaya a pedir la certificación y que seguramente sabe, o presume, que la certificación no se la van a expedir, o si se la expiden no va a ser modificando el sentido del acto, sino sencillamente declarando: «Pues, mire usted, certificamos que usted ha solicitado tal cosa y que la Administración se ha callado; por lo tanto, el silencio es negativo», esta persona que vaya a pedir la certificación lo hará buscando interponer un recurso contencioso-administrativo, lo hará como paso previo a la interpretación del recurso. Y entonces, ¿cuándo lo hará? Ahí está el *quid* de la ley, en el aspecto que estamos tratando ahora. Lo hará cuando quiera, sin necesidad de ajustarse a ese plazo de un año establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con lo cual, el plazo para recurrir, de acuerdo con lo que ya había establecido en relación con la Ley del 58 una cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quedaría, en principio, absolutamente abierto, sin plazo.

Ahora bien, ¿esto crea inseguridad jurídica? Es verdad, crea inseguridad jurídica, y ése es uno de los efectos que este sistema de la certificación puede tener. Pero, al mismo tiempo, también es verdad que está en manos de la propia Administración evitar esa inseguridad jurídica, bien emitiendo la certificación, bien resolviendo tardíamente, pero antes de que se le solicite la certificación o de que cumpla el plazo de veinte días desde que se solicitó; emitiendo un acto, el acto que corresponda.

Esto es, muy resumidamente, lo que yo pienso sobre estos dos problemas concretos de técnica jurídica. Naturalmente, es una interpretación personal, porque reconozco que la cuestión es difícil de resolver en sí misma.

Ahora, ya que tengo la palabra quiero decir otras cosas, si el moderador me lo permite. Brevísimamente, porque se trata sólo de una pregunta que yo también quiero dirigir al profesor Nieto. Creo que tengo derecho, querido Alejandro.

El problema es el siguiente. Está claro que el problema del silencio de la Administración no se va a resolver directamente con esta ley. Quiero decir, no porque exista esta ley la Administración —a lo mejor en algún caso sí— va a responder más a los particulares que antes. Supongamos que no va a responder más que antes... Hombre, es verdad que el ámbito del silencio positivo se va a ir extendiendo. Es verdad que, aunque no va a ser tampoco la regla general, a lo mejor por esta razón conviene a la Administración responder un poco más. Pero, en fin, es cierto que la ley no resuelve totalmente el grave problema de la inactividad jurídica, de la falta de respuesta de la Administración. Pero yo me pregunto, realmente, si este problema se puede resolver mediante normas jurídicas, si existe algún sistema jurídico normativo, alguna solución normativa a este problema concreto, o bien si el problema no depende de otro tipo de variantes, de la cultura administrativa.

En cualquier caso, suponiendo que exista algún tipo de solución jurídica, ¿habría que entender —y ésta es mi pregunta— que la solución pasaría por la simple exigencia de responsabilidad de cualquier persona que tenga la obligación de dictar el acto administrativo, sea funcionario, sea autoridad (cosa que a mí me parecería muy conveniente), o el profesor Nieto entiende que habría algún otro tipo de solución jurídica a este grave problema?

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

La solución, suponiendo que la haya, consistiría, como acabas de indicar, en otra mentalidad administrativa. Muchos de los aquí presentes hemos tenido, yo en un pasado casi remoto, ciertas responsabilidades administrativas y me conozco las reglas del juego. Es decir, cuando yo estaba en la Administración a veces decía: «Esto no se contesta», y no se contestaba. En tales circunstancias había un responsable, el responsable tenía que ser yo, y no me pasaba nada por decir que este tipo de recursos, o este tipo de peticiones, no se re-

suelven, de la misma manera que yo decía: «Esta sentencia no se ejecuta», y no pasaba nada.

Si hubiera responsabilidad, una responsabilidad política, en primer término y, además, una obligación ética. Pero ¿qué vamos a hacer para que la gente tenga responsabilidades éticas? La otra solución, la de que haya una responsabilidad jurídica de una persona identificada o identificable, esta sí me parece eficaz, con una condición: que luego sean exigidas esas responsabilidades.

Es decir, que hace falta que alguien quiera que se cumpla, porque como un Ministro diga: «Esto se cumple en mi Departamento», se cumple. En mi experiencia, cuando un jefe dice: «A partir de mañana las cosas van a ir así», y se le note la voluntad de exigirlo, se hacen así a partir de mañana. Hay que decir: «Aquí se va a responder, primero, porque lo digo yo y además, el que no responda no sólo desobedece a la ley, sino que me va a desobedecer a mí, y le aplico el artículo tal.»

Esto no es una maravilla, porque no hay soluciones radicales para nada, pero, desde luego, a mi juicio, sería un paso de gigante queriéndolo. Y no basta con declararlo en la ley, porque en la ley se pueden poner muchas cosas que terminan siendo letra muerta. Queriéndolo alguien de los que tengan capacidad para aplicar la ley y no montar unos mecanismos tan supercomplicados que yo he llamado deliberadamente sucedáneos. Esos sucedáneos me parece que valen para poco, y no soy demasiado optimista con la otra solución. No sé si estás de acuerdo o no.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

D. Joaquín Trillo.

D. JOAQUIN TRILLO ALVAREZ

*(Asesor responsable del Area de Función Pública,
Administración Educativa y Cultura del Defensor del Pueblo)*

Muy brevemente quisiera someter a la consideración del profesor Nieto la escasa, la pequeña, la parca contribución que la institución pueda hacer, pero que yo creo que sí hace, en alguna medida, a la resolución del viejo problema de la inactividad material de la Administración pública, en la medida en que, en fin, una buena parte de las actividades que la institución lleva a cabo respecto de las actuaciones de la Administración, incitada por los ciudadanos, la mayor parte de las veces es frente a un problema de este tipo. Es decir, mire, la Administración no ha hecho esto; no hace aquello; he perdido tal cosa y ni caso; no me han dicho nada; o... un reglamento que está pendiente durante años de dictarse para resolver el problema —pues estoy pensando ahora en los empleados de la Cámara de Comercio, previsto en la Ley del 90, que siguen sin saber qué va a pasar con ellos, porque todavía no se ha dictado ese reglamento—; o se tarda mucho tiempo en pagar becas o ayudas de estudio; o solicitudes de información que no han sido respondidas jamás, etc.

Es decir, una de nuestras intervenciones más frecuentes, y me atrevería a decir que con algún éxito para los ciudadanos particulares que acuden a nosotros, radica precisamente en resolver esta pequeña problemática, esta frecuente problemática de «yo necesitaba que me hicieran esto, pero no me lo hacen y no sé cómo conseguirlo». En ese sentido, en fin, quisiera someter a su consideración si cree que al menos parcialmente podemos contribuir a la solución de ese problema.

Y atreviéndome a ir un poco más allá, plantearía si las manifestaciones de voluntad que en alguna ocasión obtenemos de la Administración pública en relación a supuestos concretos y con interesados concretos en supuestos de inactividad material, si éstas, que nos son aportadas y que nosotros, en cumplimiento de la ley, trasladamos a los interesados, podríán dar lugar después a un auténtico inicio de un procedimiento, si son utilizables para una impugnación posterior, para un re-

curso, para llegar incluso a la vía contenciosa. Ese sería el planteamiento general, si por esa vía cree usted que hay alguna posibilidad como método para incrementar —digamos— esta contribución a la solución, aunque sea parcial, del problema.

Después, también quisiera decir que el Defensor del Pueblo, por supuesto, está en la línea, por definición propia de su ley, de los que piensan que efectivamente la mejor manera de eliminar el problema del silencio, sea positivo o sea negativo, es resolviendo efectivamente los expedientes. De hecho, nuestra Ley Orgánica reguladora —como usted sabrá— nos anima a que nuestras intervenciones se centren de manera muy especial —es una recomendación muy específica— en velar porque la Administración cumpla en tiempo y forma las reclamaciones y recursos que se le planteen. Ahora, esto, la nueva modificación de la ley, nos va a plantear algunos problemas en nuestro modo ordinario de actuación, porque hasta ahora era bastante frecuente tramitar quejas en las que se daban silencios auténticamente clamorosos, y aun cuando la institución no considerase procedente entrar en el fondo del asunto, se tramitaban estas quejas a la Administración pública correspondiente, instándole al cumplimiento de su obligación de resolver.

No sé exactamente lo que vamos a hacer ahora cuando un ciudadano se dirija a la Administración y ante el silencio le solicite la emisión de la certificación de acto presunto y, por lo tanto, nos quedemos en el aire, es decir... bueno, ahora no le podemos pedir que resuelva, y entonces ya tendríamos que hablar del fondo del asunto en el que a lo mejor no tenemos que intervenir. Pero bueno, ese problema se nos planteará.

Y en relación con ello, yo me pregunto sobre la clasificación que hace usted de los actos extemporáneos, los tardíos y los extemporáneos. ¿Realmente los extemporáneos pueden producirse, pueden tener efectos, podría la Administración resolver extemporáneamente un procedimiento en el que se hubiera solicitado la certificación de acto presunto y esa certificación hubiera dado lugar..., en la certificación se contuviera un resultado negativo, de silencio negativo? ¿Sería posible eso o realmente es imposible que la Administración dicte actos ex-

temporáneos en esos términos por impedirlo la proclamación de la ley de que debe de abstenerse una vez que ha emitido la certificación?

Y por último, una cuestión de mínimo detalle. Me parece entender en su ponencia que opina usted que la pérdida del derecho al trámite, en el caso de inactividad por parte del ciudadano o del interesado, debe de ser resuelta, notificada y motivada incluso —me parece entender eso del texto— y, sin embargo, a mí me da la impresión de que la ley no parece que busque ese efecto. Es decir, ¿qué ocurriría cuando realmente la pérdida del procedimiento, la inactividad, puede dar lugar a la caducidad del procedimiento, por tratarse de algún requisito sustancial que impida la continuación del procedimiento, pero que en los restantes casos simplemente el ciudadano perdería el derecho al trámite y el procedimiento seguiría su curso, al no ser un trámite esencial, y ésa sería la única pérdida, que no originaría obligación a notificación y resolución motivada?, pero me gustaría conocer nuevamente su opinión al respecto.

D. ALEJANDRO NIETO

(*Ponente*)

Empezando por el final: en la ponencia este último punto lo planteo y lo desarrollo en los siguientes términos. Parece que la pérdida del derecho al trámite no precisa resolución expresa de la Administración, porque si se compara un artículo con otro, cuando hay la caducidad se dice: «Acuerdo de caducidad» y, en cambio, en cuanto a la pérdida del derecho al trámite, no se habla de acuerdo ni de resolución de la Administración; luego se permite la interpretación de que se produce *ex lege*. Pero digo a continuación en mi ponencia: «¿Pero ¿y si se presenta o se cumple el trámite un día después?, ¿puede la Administración decir: “Este papel no lo recibo”?»

La segunda pregunta, yendo hacia atrás, era...

D. JOAQUIN TRILLO ALVAREZ

*(Asesor responsable del Area de Función Pública,
Administración Educativa y Cultura del Defensor del Pueblo)*

... La posibilidad de resoluciones extemporáneas en su terminología que modificase...

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

La posibilidad de resoluciones extemporáneas, en su terminología, que modificasen el contenido de la certificación presunta, resolviendo en sentido favorable a la pretensión del interesado.

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

Pues también en mi ponencia, para los que no la hayan leído, lo planteo como una cuestión abierta cuya solución va a terminar decidiéndolo la jurisprudencia, porque cualquier interpretación es plausible.

Es decir, con arreglo riguroso a la letra de la ley, si la ley nos dice que ya no se puede resolver, pero resulta que la Administración resuelve y resuelve estimando la petición, realmente hay que tener mucha dureza para decir: «Pues, no señor, porque a usted le han dicho que interponga el recurso contencioso.»

¿Verdad que esta interpretación de benevolencia parece estúpida? Es cierto, pero resulta que fue un vecino el que pidió una licencia para construirme una cosa horrible, y con el silencio negativo, pues, no tenía la licencia para construir, y luego la Administración benévola, pero extemporáneamente, le dice que sí.

Hay que ser muy riguroso para a este señor, a quien ya le hemos dado la licencia, decirle que no; es el caso que va a ins-

talar una actividad nociva, molesta, insalubre y peligrosa, las cuatro cosas a un tiempo, y en estas condiciones no hay lugar para la benevolencia en favor de uno y perjuicio de tercero.

Y vamos a la primera cuestión. Me ha encantado y entusiasmado que el Defensor del Pueblo y yo estemos obsesionados por el mismo problema: el silencio, si bien con un matiz. El Defensor del Pueblo está preocupadísimo por el llamado silencio administrativo. Yo estoy preocupado por una cosa que apunté antes y que no es trivial, pues para mí tiene una importancia decisiva. Ocurre que, habiéndome ido a vivir a uno de los llamados barrios residenciales, llenos de jardines, con un hermoso parque, la Comunidad o el Ayuntamiento han puesto una carpa cultural donde el ruido es infernal y donde mis vecinos y yo, como no podemos dormir, a las 3 de la mañana los queremos denunciar y el policía nos dice: «¿Para qué va usted a denunciar, si yo estoy aquí porque esto es del Ayuntamiento?» Ese es el silencio (el silencio perdido) que a mí me preocupa.

Pero la historia no termina aquí. Yo tengo una casa en un pueblo de mis abuelos, un pueblo perdido en un páramo de Castilla, donde han puesto un restaurante enfrente donde noche y día tienen puesto un altavoz que da a mis ventanas. Ese es el silencio que me preocupa. Y pueden ustedes decirme: «Señor Nieto, está usted trivializando cosas que no deben ser trivializadas.» Es que esto no es un trámite. Esto para mí es el derecho fundamental, tan importante como el resto de los que aparecen en la Constitución, cuya violación es fisiológicamente muy grave para la salud y del que, sin embargo, nadie se acuerda de proteger.

Un derecho fundamental tremendo, pues mi intimidad, mi intimidad se ve rota cada noche con los altavoces del Ayuntamiento de Madrid, la carpa de Hortaleza y por el Mesón del Cerrato.

D.^a MARGARITA RETUERTO BUADES
(*Defensora del Pueblo en funciones*)

Profesor Nieto, la institución del Defensor del Pueblo se alegra de que coincidamos en los dos aspectos: primero, en

la importancia del silencio administrativo, que, por las intervenciones de todos los asesores y por el informe que le hemos presentado, es un aspecto esencial de reclamación de los ciudadanos ante esa descortesía absoluta que significa la falta de contestación de la Administración; no se trata de una transformación en silencio administrativo positivo, sino que se trata de erradicar la práctica administrativa de no contestar, que ha sido definida —y lo dijo Federico Carlos Sainz de Robles— como un escándalo en el Estado de Derecho.

No es suficiente, he afirmado, con la contestación por parte de las Administraciones, sino que es preciso una cultura jurídica de responder motivadamente en cada uno de los supuestos. En la ponencia que hemos entregado aparece algún ejemplo como un determinado Consejo General de Colegio profesional, que en su contestación textualmente afirmaba que: «Por el Pleno, expresado por el Consejo General de Colegios, y en relación con las peticiones de colegiación de aquellas personas que han cursado sus estudios en el extranjero, se adoptó acuerdo con fecha tal, ratificado por otro con fecha tal, de inexcusable cumplimiento para este Colegio profesional, en el sentido de aplicar a tales solicitudes el silencio administrativo.» Ha sido una denuncia constante de la institución, lo ha dicho muy bien el Asesor responsable del Área de la Administración Pública, señor Trillo, que es un cometido específico de nuestra Ley que la Administración responda, y que responda bien y motivadamente, entre otras cosas, qué tipos de recursos están a disposición del ciudadano.

Otro aspecto que se ha mencionado es el problema de la inactividad de la Administración en el caso de ruidos; es el problema más acuciante que tiene planteada la institución del Defensor del Pueblo en cuanto a la calidad de vida urbana. En el informe parlamentario de 1993 hay un capítulo específico dedicado a ello.

Es curioso que tengamos una normativa de protección a la naturaleza donde se prohíbe el exceso de decibelios para ciertas especies protegidas de animales y no exista una normativa general que impida la acumulación externa de un determinado número de decibelios a partir de los cuales no se puede vivir.

Tanto es así, es tan importante, y lo ha puesto usted también en relación con el derecho a la intimidad, que en una reciente resolución de la Comisión del Consejo de Europa se acaba de hacer un dictamen favorable a la petición de un reclamante español en materia de actividades clasificadas, insalubres, nocivas y peligrosas. La sentencia previsiblemente será estimatoria a su pretensión, aunque se hará pública dentro de varios meses; pero por primera vez el Tribunal, en base al concepto de intimidad, afirma que hay que regular esta actividad de los ruidos como un elemento determinante de la calidad de vida. Existen ordenanzas municipales de ruidos, es cierto, pero el problema no es de normativa, sino de gestión y control, porque encontramos a veces: o que no tienen instrumentos técnicos suficientes, sensores para hacer las mediciones —y eso es lo que dicen los pequeños ayuntamientos—, o que se hacen las inspecciones que solicita el Defensor del Pueblo cuando la actividad de la que se trata está cerrada.

Pero, aun así, están presentes los asesores como testigos; me gustaría brevisísimamente que nos dieran algún ejemplo típico de lo que se está haciendo en este sentido. Porque el Defensor del Pueblo está siguiendo ese derecho a la calidad de la vida urbana no sólo desde el punto de vista de la regularidad administrativa, sino también por imperativo de los Tratados Internacionales suscritos por España y, en concreto, por la última jurisprudencia fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tiene usted razón, y si me comunica usted ese caso iríamos contra el Ayuntamiento de Madrid. Se lo prometo.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Bien, tenemos cuatro palabras más. Yo rogaría la mayor brevedad posible para finalizar con esto. D. Alberto Palomar.

D. ALBERTO PALOMAR OLMEDA

(Subdirector General Jefe de la Inspección de Servicios del Ministerio de la Presidencia)

Yo quería simplemente hacer dos añadiduras a la intervención del profesor Nieto. Una, y desde la propia perspectiva que tienen estas Jornadas, que es la de los interesados, porque realmente yo creo que hay un elemento de preocupación importante que es el desarrollo reglamentario de esta Ley. Es decir, la técnica del silencio y las demás cuestiones están bastante vinculadas, o para decirlo más técnicamente, totalmente vinculadas a la técnica del desarrollo reglamentario. El desarrollo reglamentario, en la parte que yo he conocido de la disposición adicional tercera, es auténticamente sorprendente desde la perspectiva del ciudadano. Yo creo que este ciudadano jamás se va a enterar de esta Ley. Las resoluciones se hacen en función de grandes cuadros, que acompañan a las normas de desarrollo, que vinculan a seis o a cuatro días en función de un procedimiento y de otro procedimiento.

Es decir, el desarrollo que se está haciendo en general, y específicamente en el marco de las Comunidades Autónomas, es pavoroso, lo digo por lo menos desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Yo me he enfrentado hace muy poco a este desarrollo reglamentario por las Comunidades Autónomas, y es realmente complicado, porque el grado de calificación jurídica que le va a exigir al ciudadano para saber cuál es su procedimiento y cuáles son los efectos, si positivos o negativos, para los tres meses, los dos meses, los quince días, los tres... Yo creo que ese grado de calificación jurídica no está al alcance del ciudadano, me parece que en ese aspecto hay un elemento verdaderamente importante y de reflexión sobre el proceso real de aplicación de esta Ley para los ciudadanos.

En segundo término, yo tengo que decir que comparto, obviamente, todo lo que ha dicho usted en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios. Yo, de todas formas, simplemente quisiera añadir, en la línea de lo que ya lleva mu-

chos años diciendo el profesor Parejo, que a mí me parece que realmente aquí hay otro gran elemento, y yo creo que puede coadyuvar con las medidas que usted plantea del señalamiento de los responsables de los procedimientos. Y es el que volviéramos a pensar en organización administrativa. Es decir, yo creo que realmente en estos momentos, entre el juego de los decretos orgánicos que no bajan —por decirlo de alguna forma— de Subdirección General, y el juego de las RPT's, a la que les hemos quitado los apellidos para no saber exactamente a quién corresponde cada competencia, el problema en estos momentos desde el punto de vista —y yo trabajo en la Administración— de la Administración es que hay una indeterminación de la competencia. Es decir, podemos llegar hasta Director General, como mucho podemos llegar hasta Subdirector General, a saber quién es el competente por razón de la materia. A partir de ahí no lo es. Y, bueno, eso en organizaciones, por ejemplo, como las de prestaciones sociales, pues es —digamos— entregar la totalidad de la gestión a alguien que no resulta nominativamente asignado a su competencia.

En esa línea, hombre, yo simplemente planteo si, además de la identificación del responsable, no deberíamos un poco retomar las técnicas de organización, por lo menos para atribuir o para saber cómo se atribuye la competencia y quién la tiene atribuida.

Esas eran las reflexiones. Nada más.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

El profesor Parejo.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Catedrático de Derecho Administrativo;

Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid)

En este punto decir tan sólo que a mí me parece que el asunto del silencio no tiene prácticamente salida o, al menos,

una fácil solución, justamente porque, en la filosofía de la Ley, a la Administración se la obliga a decidir sobre todo cuanto se le plantee. Este planteamiento, sin ser enteramente equivocado, desenfoca, sin embargo, gravemente la cuestión, al presuponer que en todo caso existe un derecho subjetivo que debe ser resuelto en términos de Derecho objetivo, y esto no es, desde luego, siempre así. Y este error lo ha causado, como digo, el propio legislador cuando en el artículo 89.4 prohíbe a la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables al caso. Es decir, la Ley ha equiparado enteramente aquí el procedimiento administrativo y el proceso judicial, cuando es evidente que uno y otro son dos cosas completamente distintas. Porque, pongamos por caso, yo puedo pedir —como decía el profesor Nieto— la luna o cualquier otro disparate sin que la Administración tenga, como es lógico, por qué responderme. Por descontado que lo anterior no pretende negar la existencia de verdaderos derechos subjetivos, sino simplemente reconocer que en el procedimiento administrativo las peticiones no se articulan siempre y en todo caso en términos de derecho subjetivo.

En estas circunstancias, el silencio administrativo no es sino ya, en último término, la caricatura de una institución que responde a una saludable voluntad del legislador por impulsar y forzar a la Administración para que resuelva, pero que desequilibra gravemente el problema al presuponer incuestionadamente que el ciudadano es un ser bienhechor y que siempre realiza peticiones fundadas. Sin embargo, la práctica diaria muestra que hay multitud de peticiones que no ameritan realmente que el servicio público se ponga siquiera en marcha o, en todo caso, no responden a un derecho subjetivo, ni siquiera a un interés legítimo.

De esta suerte, la única solución para prestigiar el procedimiento administrativo, salvaguardando los derechos del particular, pasa por remitir la cuestión a la fase o el proceso judicial. Es decir, si la Administración no resuelve en el plazo de que dispone, el particular debe poder acudir al Juez a fin de que éste resuelva definitivamente en Derecho, con lo que se evita así esta confusa situación que no tiene salida por mu-

cho que se quiera perfeccionar. Por descontado que el Juez administrativo no podrá dar lugar más que a aquellas pretensiones que se fundamenten realmente en un título subjetivo.

Por último, y respecto a la cuestión de la certificación en caso de recurso, yo creo que, en todo caso, hay que llevar a cabo una interpretación integradora que atienda a la finalidad del procedimiento. Desde esta perspectiva, esto es, a la luz de la lógica institucional del procedimiento, parece más razonable permitir que la Administración pueda resolver en ese plazo de veinte días, propiciando de esta forma que la Administración resuelva, lo que vale decir a que efectivamente exista un pronunciamiento en términos jurídicos sobre el interés público, que es en resolución de lo que se trata.

D. ALEJANDRO NIETO

(Ponente)

Yo estoy de acuerdo, sí, sí...

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Catedrático de Derecho Administrativo;

Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid)

Yo creo que la certificación en caso de recurso no resulta obligatoria; conclusión tanto más evidente si pensamos en los procedimientos plurilaterales o, en general, resolutorios de varios intereses contradictorios. Porque, por ejemplo, pongamos por caso el supuesto en el que un recurso sea estimado por acto presunto porque existió previamente una desestimación de la solicitud del interesado. Pues bien, en estas condiciones, éste puede desde luego pedir o no pedir la certificación. Si no lo hace, debemos entender, sin embargo, que el acto presunto puede ser impugnado en cualquier momento por el tercero —no notificado— igualmente interesado y portador de un interés contradictorio, porque el acto presunto no habría adquirido respecto de él firmeza.

De ahí que la interpretación, a mi juicio, más conforme desde el punto de vista de la lógica del procedimiento y ac-

tuación administrativas es la de la innecesaria de la certificación.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

D. Manuel Aznar.

D. MANUEL AZNAR LOPEZ

(Asesor responsable del Area de Sanidad, Seguridad Social y Trabajo del Defensor del Pueblo)

Al silencio administrativo le tengo mucho cariño, porque una de las primeras experiencias que tuve como funcionario sucedió en un verano en que nos quedamos un Subdirector General y yo en la Dirección General de la Función Pública, que fue mi primer destino, y entraron una serie de recursos, y me fui a ver al Subdirector General con mis recursos debajo del brazo y le digo: «¿Qué hacemos?» La respuesta fue inmediata: «Silencio administrativo.» Y con eso resolvimos el problema.

Es decir, el silencio administrativo está unido a mis experiencias más tempranas en la Administración, y es un instituto al que siempre le tuve mucho cariño.

No obstante, quería animar un poco al profesor Nieto y matizar un poco su pesimismo, porque le puedo asegurar que hay sectores de la Administración que, cuando empezó su actividad el Defensor del Pueblo, practicaban abusivamente el silencio administrativo, y hoy hemos conseguido —aunque eso no se conozca públicamente— que se haya erradicado el silencio administrativo. Así, la Administración social en este país ha erradicado la práctica del silencio administrativo.

Hay otros problemas, es verdad. Por ejemplo, se están respondiendo todas las reclamaciones previas. Eso sí, la Administración social tiene un nivel de informatización muy alto, y el problema ahora es que las contestaciones son estereoti-

padas y el asunto se puede trasladar a la falta de motivación adecuada de los actos. A costa de suprimir el silencio se corre el peligro de motivar escasamente los actos.

De todas maneras, yo quería simplemente decir que hemos de tener un poco de optimismo y seguir luchando contra esta práctica, porque creo que hay sectores donde hemos erradicado el silencio administrativo.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Bien, pues si no hay más intervenciones, muchas gracias al profesor Nieto. Muchas gracias a la Defensora del Pueblo y a todos ustedes por su participación.

Quedan convocados para mañana a las 4 de la tarde para la segunda de las sesiones.

PONENCIA IV

DERECHO SANCIONADOR
Y RESPONSABILIDAD
DE LA ADMINISTRACION
EN LA LEY 30/1992,
DE REGIMEN JURIDICO DE LAS
ADMINISTRACIONES PUBLICAS
Y DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO COMUN

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

I

No por fórmula tengo que agradecer a la Universidad Carlos III, que acabo de ver al entrar aquí en todo su esplendor, con los jardines llenos de estudiantes, como deben de estar las Universidades, por el honor, que como tal tomo, de participar en estas Jornadas que llevan un nombre para mí extraordinariamente grato, el de Joaquín Ruiz Giménez.

Como soy, sin duda, el más viejo de todos, no sólo de todos los presentes, sino de todos los intervinientes, me vais a permitir un pequeño recuerdo de hace cuarenta y tres años. Ruiz Giménez entró entonces en el Ministerio de Educación Nacional. Yo era un joven PNN de Derecho administrativo, no había presentado aún mi tesis doctoral, no me había casado, y vivía en una residencia de estudiantes con un grupo de buenos amigos, que lo eran además, y en muy buena parte de Joaquín: Ramón Sedó, ya fallecido, Juan Ignacio Tena, Rodrigo Fernández Carvajal, Antonio Lago... Teníamos además un contacto permanente —podemos decir— con el entorno personal de Joaquín. Quizá la persona más relevante (viva, por fortuna) era Maximino Romero de Lema, hoy Arzobispo *in partibus*, ya jubilado, en los Dicaterios romanos, que era el capellán de aquella residencia, y que fue, por cierto, el que poco después me casaría, y por quien guardo un afecto entrañable. Pedro Laín, Angel Alvarez de Miranda, fallecido tan pronto, José Luis Aranguren, Luis Rosales, Dionisio Ridruejo eran personas con las que estábamos habitualmente.

La entrada de Joaquín Ruiz Giménez, como una buena parte de su grupo, entre ellos también Antonio Tovar, Joa-

quín Pérez Villanueva —que no hace un mes que ha fallecido, cuya biografía de don Ramón Menéndez Pidal, por cierto, os aconsejo vivamente— fue realmente una inesperada apertura de ventanas en un ambiente fétido, cerrado, durante los quince años que habían transcurrido desde la Guerra Civil.

Yo creo que se puede comparar aquella sensación de aire nuevo que representó la entrada de Joaquín —vosotros os sonreiréis, los que habéis tenido la fortuna de tener vuestra vida y de desenvolverla en un ambiente completamente diferente, y nada cerrado, por cierto— con el precioso drama de Jean Paul Sartre, *Las Moscas*, que se representó en el París ocupado a finales de 1943, y que era un alegato en forma contra el petainismo, contra el colaboracionismo.

Si recordáis un poco el argumento de *Las Moscas*, era una ciudad griega que vivía obsesionada por el sentido de la culpabilidad por una gran tragedia. En la ciudad se había cometido un crimen colectivo que les atenazaba y que les llevaba constantemente a renovar, a cultivar este sentido de culpabilidad, lo cual había coincidido con una invasión de moscas en la ciudad que nadie se explicaba, y que era el símbolo perfecto de este cultivado sentido de culpabilidad que oscurecía al sol.

Y finalmente llega Orestes a aquella ciudad, y Orestes les dice a los de la ciudad que se olviden del pasado y que piensen en el futuro con esperanza y alegría. Con eso simplemente las moscas desaparecen. Tal era el argumento, en resumen más que concentrado, de esa obra de Sartre, uno de sus logros mejores.

Pues bien, tengo que decir que para nosotros la llegada de Joaquín tuvo un cierto significado parecido al de la llegada de Orestes a la ciudad atenazada por tristes recuerdos, e incapaz de salir de su sentido de culpa. Es cierto, no obstante, que las nubes de moscas, no tardarían en retornar y que tardarían bastantes años más en desaparecer.

Aparte de este sentido de ilusión general que la llegada de este equipo representó, y que comprendo que os será difícil imaginar en este momento, tantos años después, quiero recordar una cosa muy concreta y de una inmensa importan-

cia, de la que pocas veces se ha hablado, que hizo Joaquín nada más llegar al Ministerio de Educación: cambiar el sistema de composición de los Tribunales de Oposiciones a Cátedras. Hasta la llegada de Joaquín Ruiz Giménez, los cinco miembros de un Tribunal de Oposiciones a Cátedras eran designados discrecionalmente por el señor Ministro, que llegó en ocasiones a hacerlo tan bien que no había un solo Cate-drático de la asignatura cuya vacante se trataba de proveer entre todos los miembros del Tribunal.

Joaquín Ruiz Giménez fue el que estableció, y hay que decir que no se ha movido en estos cuarenta y tres años, el sistema de sortear tres miembros del Tribunal, lo cual nos permitió a quienes no teníamos ningún contacto ni personal ni institucional con aquel sistema, tener la sensación de que podíamos presentarnos con libertad a desarrollar nuestra vocación universitaria. Pocos años después, en 1956, yo fui beneficiario directo de este sistema. No lo he olvidado nunca. Luego vino el compromiso definitivo y total de Joaquín con la libertad y con los derechos humanos, en el que sigue con una juventud tan admirable, y esta juventud, esta libertad de espíritu, esta generosidad, son un ejemplo perenne que de verdad me alegra que esta Cátedra se haya propuesto mantener vivas.

II

A continuación vamos a entrar en temas menos emocionantes: la potestad sancionadora y la responsabilidad de la Administración en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tengo escrito que esta Ley ha supuesto una desdicha para el Derecho administrativo español. Y, por desgracia, me afirmo cada vez más en este criterio, que me parece que comparten ya la totalidad de los juristas españoles.

Preparada por un grupo de funcionarios, obra de un Subsecretario un poco iluminado, sin oír, o apenas muy ocasionalmente, a verdaderos expertos, sin intervención por supues-

to de la Comisión General de Codificación. Esto es preocupante, que el Estado piense que no puede modificar un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del Código Penal sin oír a la Comisión de Código y que, sin embargo, pueda cambiar totalmente la Ley de Procedimiento Administrativo—que es el eje básico sobre el que se articulan las relaciones de las Administraciones y de los ciudadanos— simplemente por propias iniciativas y ocurrencias de los gestores políticos que en cada momento vayan desfilando por los Ministerios. Me parece grave. Además, esto se acompaña de una premura inexplicable. ¿Por qué tanta prisa? se puede preguntar. Mas aún ¿por qué esa reforma? Todavía me parece que es difícil encontrar una respuesta apenas razonable.

Pero, en fin, la Ley está ahí, y como juristas no tenemos más remedio, naturalmente, que apechar con ella, y desarrollar toda nuestra actividad jurídica bajo su imperio.

En realidad, hay que decir que, como sabéis perfectamente, la Ley está ahí, pero no del todo todavía. Dentro de poco se va a desvelar el secreto de si definitivamente va a empezar su vigencia completa. Sabéis muy bien que el Real Decreto-ley de 4 de agosto de 1992 prorrogó su *vacatio legis* de seis a dieciocho meses, probablemente la *vacatio legis* más prolongada del Derecho público, y a la espera de una adaptación que, desde luego, no ha sido concluida de ninguna manera. La situación que describe el Preámbulo de este Decreto-ley de 4 de agosto pasado sigue siendo la misma. Allí se decía que estaba pendiente una adaptación nada menos que de 1893 procedimientos especiales, y que había que esperar a esta labor de adaptación. Se han producido algunas adaptaciones, pero de ninguna manera esa masa de adaptaciones prevista por el Decreto-ley.

Entre tanto, como sabéis, varias Circulares internas, y aun alguno de los Reales Decretos que han aprobado los procedimientos especiales, han hablado de un «período transitorio». Es decir, que hasta que no se cumpla esta *vacatio* prorrogada en agosto próximo, si no es objeto de una nueva prórroga, no estará plenamente vigente esta Ley, y no lo está por de pronto en un tema capital, que es el de los recursos en vía administrativa, puesto que sí, los recursos están afectados por la

regulación del silencio, aunque una Circular sacada por el propio Ministerio de Administraciones Públicas poco después de la publicación de la Ley no limitaba la falta de vigencia de la Ley exclusivamente a los temas atañentes al silencio, que es lo que dice la disposición transitoria tercera.

Una de las razones que el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley 30 aduce para justificar la reforma difícilmente podrá encontrar oposición. Se trataba de recoger las exigencias derivadas de la Constitución, puesto que la Ley anterior de 1958 es notoriamente preconstitucional.

III

Una de tales exigencias, y de las más relevantes, es precisamente la relativa —y entramos en la materia específica— a las sanciones administrativas. El artículo 25 de la Constitución como sabéis, dice: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento.»

Por una parte, este importantísimo precepto ha constitucionalizado el sistema de sanciones administrativas, que era una peculiaridad de nuestro Derecho público en el que, por cierto, están entrando otros Derechos públicos occidentales, aunque en virtud de razones un poco diversas. La regla general, en efecto, es que el poder represivo esté concentrado en los Jueces penales, y la situación de un poder alternativo al del Juez penal en manos de la Administración resulta un poco chocante. En cuanto a los orígenes mismos históricos de este poder general represivo de la Administración, hay que recordar que cuando se aprueba el Código Penal de 1848 —que sigue sustancialmente vigente después de ciento cincuenta años—, se entendió que la aprobación de su Libro III referente a las faltas suponía un desplazamiento de todo el sistema represivo del Antiguo Régimen que otorgaba facultades sancionatorias a las autoridades administrativas ordinarias. Un viejo principio del Antiguo Régimen era el principio formulado por Domat en su *Droit Public*, escrito a finales del si-

glo XVII, dedicado a Luis XIV, en el que dice que la potestad de policía encierra en sí mismo la potestad de la justicia, de la justicia en su sentido represivo.

Se entendió cuando entró en vigor el Código Penal de 1848 que esto se había acabado, y que a partir de este Código la actividad represiva que habían cumplido hasta entonces las autoridades administrativas con toda normalidad, y en virtud de esos viejos principios, pasarían al Juez de las faltas, en ese caso concreto. Si repasáis el Libro III del Código Civil veréis que son esencialmente las mismas infracciones que suelen ser objeto de las sanciones administrativas más características.

Pero ocurrió que, nada más entrar en vigor, un Alcalde aplicó una sanción que correspondía por la tradición a la potestad de la policía, en el sentido de Domat, y el Juez de Instrucción le trabó conflicto de jurisdicción. Entonces, en 1849 se dicta —debo decir que de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado— un Real Decreto de competencias que ha sido una de las decisiones jurisprudenciales más trascendentales en la evolución de nuestro Derecho público, porque en este Real Decreto de competencias afirmó que el Código Penal no había sustraído sus poderes represivos a las autoridades administrativas locales. La autoridad de Colmeiro sancionó en su *Derecho administrativo* —espléndida obra, como bien sabéis, de los orígenes de nuestra disciplina— tal tesis, justificándola en el argumento pragmático de que es imprescindible una cierta extensión de las facultades represivas a la Administración para defender su propia independencia.

A partir de entonces este poder sancionatorio, que se reconoce primero en los Alcaldes y en los Gobernadores, como titulares de la Policía general, va a pasar a las autoridades centrales por obra de la Dictadura de Primo de Rivera. La Dictadura de Primo de Rivera erige el sistema represivo político de las multas —multas confiscatorias— a los políticos, a los intelectuales que hacían una discreta labor de oposición, en uno de los instrumentos de su poder.

Pero ocurre que la llegada de la República no modificó este sistema, sino que lo institucionalizó, ya no en virtud de la pura arbitrariedad, puesto que no había ninguna Ley que

otorgase al Gobierno facultades como las que de hecho la Dictadura se había atribuido, sino por medio de dos Leyes, dando ya por sentado que había que reconocer un poder represivo a los órganos centrales, a los Ministros y al Consejo de Ministros.

Concretamente, la Ley de Defensa de la República, en primer término, presentada como una ley de emergencia, y más tarde, en 1933, la Ley de Orden Público, que incluso estableció la sustitución de las multas con penas privativas de libertad por arrestos sustitutorios —se decía púdicamente— del pago de las multas por quince días. Hay que decir que esta Ley de Orden Público fue la que se encontró el régimen de Franco en vigor y que para el régimen resultó de una enorme utilidad aplicar un sistema represivo que le venía ofrecido por los legisladores de la Segunda República.

Pero esta potestad represiva considerada como de esencia del poder administrativo por el peso histórico de los viejos principios, no se atribuía y se regulaba únicamente por las leyes, sino que venía explicitada y extendida por reglamentos de toda clase, circulares, ordenanzas municipales, normas todas que construían ilícitos a su arbitrio y configuraban libremente las sanciones, incluso las más graves. El famoso artículo 603 del Código Penal, que decía que por vía de reglamentos o de ordenanzas no se podrían imponer penas superiores a las que resultaban del propio Libro III del Código Penal, fue sistemáticamente desatendido y el Tribunal Supremo, salvo alguna excepción, lo aceptó.

Pues bien, toda esta situación dominada por la inercia histórica preconstitucional es la que queda radicalmente afectada por el artículo 25 de la Constitución. El artículo 25 impone, por de pronto, una serie de garantías. Es verdad, que constitucionaliza el poder represivo de la Administración —y aquí se podía ver algo negativo desde una concepción anglosajona de la división de los poderes, aunque hay que decir que en Estados Unidos se está desarrollando un *administrative criminal law*, sobre todo en manos de las Comisiones independientes, cuyo efecto se nota en España en instituciones como la Comisión Nacional del Mercado de Valores y otras Administraciones independientes. Por una parte, pues, el artículo 25 re-

conoce ese poder represivo de la Administración, lo constitucionaliza, y esto podría alguien entender que era algo negativo; pero, por otra parte, sin embargo, esta constitucionalización va acompañada por la introducción por vez primera en nuestro Derecho sancionador administrativo de una serie de garantías absolutamente esenciales para el ejercicio de dicho poder represivo.

Primero, el principio de legalidad, entendido en el sentido formal de reserva de ley. Antes de entrar en este tema, reparemos en que el artículo 25.2 dice que «en ningún caso las sanciones administrativas podrán ser, ni por vía principal, ni subsidiaria, privativas de libertad». Esta regla concluye con la práctica anterior que había llevado en el régimen de Franco a pasar de quince días a treinta días de arresto gubernativo. Esto queda eliminado, salvo en la Administración militar, el régimen disciplinario de la Administración militar. Por cierto, que aquí entra en conflicto el régimen disciplinario de la Administración militar con una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en una de sus primeras sentencias, afirmó que la disciplina militar, las sanciones disciplinarias militares —allí se trataba de un arresto, como se dice en términos de disciplina militar, a unos soldados que no se habían querido cortar el pelo y llevaban las melenas largas—, tuviesen cierta entidad eso no se podía hacer sino por virtud de la autoridad judicial. Cuando España ratifica el Convenio de Roma en 1977 hace una reserva precisamente en materia de disciplina militar, conociendo como conocía esa sentencia; pero esa reserva, naturalmente, no es operativa ya frente a la Constitución. No hay reservas frente a la Constitución y, por consiguiente, hoy la cuestión debe dilucidarse exclusivamente al hilo del texto del artículo 25, sin ningún paliativo.

Que el artículo 25.1 consagra una reserva de ley es elemental por dos razones: primera, porque hay una equiparación total entre sanción penal y sanción administrativa, y no es imaginable en el nivel de nuestra civilización jurídica que la pena judicial de Derecho penal pueda ser introducido por otro instrumento que por la ley; ésta es la gran aportación del Derecho penal moderno desde Beccaria. Y segundo, porque

el artículo 53.1 de la Constitución establece el principio de reserva de ley para todos los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución y, por consiguiente, en el artículo 25, y esta afirmación no es nada polémica, ha sido mantenida con absoluto rigor por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, a algunas de cuyas decisiones tendremos ocasión de referirnos.

Segunda garantía esencial introducida por el artículo 25, el principio de tipicidad, acciones u omisiones que en el momento de la comisión de la infracción constituyan delito o falta. Hay aquí una interdicción de cualquier sanción por supuestos ilícitos indeterminados. De la misma manera que en el Derecho penal no juega lo que los penalistas llaman «el párrafo del sinvergüenza» (en el Derecho penal no se dice que quien sea un sinvergüenza será castigado, sino que se dice que el que haga una acción perfectamente delimitada y concretada arriesga una sanción también precisa, principio de tipicidad, como un derivado necesario de la libertad), en el Derecho administrativo sancionador rige a partir de la Constitución el mismo principio de tipicidad de la acción infractora merecedora de sanción. La tipificación de las infracciones es una necesidad técnica para delimitar el ámbito de la libertad, que es la regla general de una sociedad democrática. Y, por consiguiente, los ciudadanos tienen el derecho de saber cuál es el límite preciso de su acción lícita, y eso sólo se consigue con la definición de tipos concretos, y no de tipos indeterminados, de acciones ilícitas específicas merecedoras de sanción.

Por consiguiente, interdicción de la represión de los ilícitos indeterminados, que han sido frecuentísimos en la legislación administrativa, y que lo siguen siendo, según la jurisprudencia está descubriendo cada día. Es decir, el principio de que cualquier infracción de esta Ordenanza, por ejemplo —como han dicho muchos años, o siglos, los Ayuntamientos—, implicara una sanción no vale. Hay que decir qué tipo de infracción, puedes decir la infracción del artículo tal de esta Ordenanza, pero no puedes decir la infracción de cualquier norma, o de una norma genéricamente aludida. Esa manera de fijar el tipo sancionable está declarado inconstitucional por jurisprudencia expresa del Tribunal Constitucional.

La tipicidad no puede, pues, ser indeterminada; la indeterminación o las cláusulas genéricas son lo contrario, justamente, de la tipificación. Por otra parte, y además, técnicamente no es correcto pensar que cualquier infracción de una norma acarrea por sí sola una consecuencia sancionatoria. No es cierto. Estamos infringiendo normas todos los días. Seguramente para venir aquí el cuenta kilómetros de nuestro coche ha pasado en algún momento el límite de velocidad, hemos dejado de acudir un día a clase, estamos en retraso en el pago de una deuda tributaria, etc. Y, sin embargo esto no es, en sí mismo, sancionable. Por otra parte, puede admitirse que la sanción de los ilícitos sea una exigencia lógica del ordenamiento, pero esta sanción puede venir por otras muchas vías: puede ser una responsabilidad civil, puede ser un incremento de intereses, por ejemplo, en el supuesto de retraso en el pago de la deuda tributaria, o la caducidad de derechos, puede ser muchas cosas, no necesariamente una reacción represiva. La reacción sancionatoria sólo se puede producir cuando estamos ante un tipo perfectamente delimitado a estos efectos represivos, precisamente. Y esta delimitación y esta consecuencia sancionatoria sólo pueden venir por parte de la Ley formal, no de cualquier otra fuente, y menos aún por el simple criterio subjetivo de la autoridad. Esto, tan importante, lo dice concentradamente el artículo 25 de la Constitución, y hay que decir que ha sido una novedad en nuestro Derecho administrativo sancionatorio.

Tercera garantía que está en el texto, aún tan corto, del artículo 25, la irretroactividad. Principio también obvio, que viene de su formulación en el Derecho penal y que proviene de la misma lógica de la libertad: el ciudadano no puede ser sancionado por una actividad que en el momento en que se realiza es lícita y que deja de serlo por una norma (una Ley, como sabemos) *ex post facto*. Lo que se hizo desde la libertad legítima en su momento no es sancionable.

Cuarto principio, aparte del de la exclusión de las penas privativas o las sanciones privativas de libertad, el principio de equiparación material con las penas del Derecho penal. El Tribunal Constitucional ha dicho que desde esta regulación común en el artículo 25 de los delitos y de las penas y de las

infracciones y sanciones administrativas, se deduce que el constituyente ha querido establecer entre ambas, no una paridad completa, evidentemente, porque una cierta singularidad de cada uno de los dos órdenes es una de las razones de ser de esta alternativa constitucional de un sistema represivo judicial y un sistema represivo administrativo; no una equiparación absoluta, pues, pero sí una unificación operada a través de los grandes principios del Derecho penal. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo lo recuerdan constantemente. Los principios del Derecho represivo madurados en el Derecho penal son aplicables al Derecho sancionatorio administrativo. Por de pronto, un principio elemental, el principio de la culpa, *nulla poena sine culpa*. Esto parece hoy evidente. También el principio de la presunción de inocencia, que juega ya en fase del proceso, y el principio de derecho de defensa reconocidos ambos en el artículo 24 de la Constitución. Esto hoy nos parece absolutamente elemental, pero en el Derecho sancionatorio preconstitucional no lo ha sido en absoluto. Hay montones de Sentencias (la cuestión ya no tiene mucho interés porque hoy está judicializada) en materia de contrabando, por ejemplo, en el que la Sala 3.ª del Tribunal Supremo había dicho *expresis verbis* que no se podía aplicar el principio de presunción de inocencia, dada la astucia de los contrabandistas, que implicaría tener que dejarlos en la calle sistemáticamente. Se aplicaban técnicas de responsabilidad objetiva, propias del sistema pre-beccariano. Eso lo dijo el Tribunal Supremo como doctrina hasta que vino la Constitución e impide decir ya cosas de ese tenor.

El tema de la culpa es también importantísimo en las sanciones tributarias y nuestro Presidente de mesa sabe mucho de eso. La Sentencia constitucional que enjuició la constitucionalidad de la reforma de la Ley General Tributaria formula una específica salvedad en ese sentido, que ha de entenderse complementaria del texto de la Ley, que no dice nada sobre el tema, prueba de que hasta el momento, y además quizá en el ánimo de los propios redactores de esa reforma legal, el principio no estaba tan claro y habría que partir de un supuesto principio de responsabilidad objetiva.

Bien, pues, después de este Preámbulo un poco largo, nos enfrentamos con la Ley 30/1992, artículos 127 y siguientes,

que incluye un Título IX de la Ley, con el título de «De la Potestad Sancionadora», con dos Capítulos: «Principios de la Potestad Sancionadora», el primero, y otro segundo capítulo «Principios del Procedimiento Sancionador».

La verdad es que si una cosa es necesaria en nuestra legislación administrativa para cumplir ese programa de trasladar a la legislación ordinaria las exigencias de la Constitución, es una ley de sanciones administrativas.

Ahora bien, puesto que estamos todavía con el enorme barullo en la materia procedente de la situación preconstitucional, la cuestión dista todavía de haber sido aclarada. Por ello los Tribunales tienen que salir todos los días desde la Constitución directamente hacia la solución precisa. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no dice nada más que en materia de procedimiento estrictamente hablando, pero no sobre el fondo de la potestad sancionadora en sí mismo, y no existe ninguna ley general que contenga esta regulación, sino una doctrina jurisprudencial dictada a partir de la Constitución cuando el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo empiezan a anular sistemáticamente sanciones o disposiciones generales. La más espectacular fue una sentencia de 1985 del Tribunal Supremo, que anuló en bloque todo el Reglamento de sanciones en materia laboral y de Seguridad Social, anulación que dejó absolutamente desarmada a la Seguridad Social y a la Inspección de Trabajo durante año y medio. Esa anulación y esa grave consecuencia se produjo simplemente por el argumento de que tal Reglamento no tenía ninguna cobertura legal, puesto que era un simple Real Decreto que tipificaba una serie de infracciones, que correlacionaba con estas infracciones las sanciones, las graduaba, etc., pero todo eso en base a una simple mención contenida en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, que decía que se regularía el régimen de sanciones. La Sala 3.^a del Tribunal Supremo, con unas agallas dignas de admiración, realmente, dejó desarmado al Estado por el mantenimiento del principio de reserva de ley, y afirmó que no era posible construir todo un sistema de sanciones represivo en base al simple poder reglamentario, y que ese enganche puramente formal con una cláusula deslegalizadora del Estatuto no era suficiente. Hubo que

dictar una ley, que se tardó —eso también demuestra las inercias de la Administración— año y medio en aprobar, una ley que es una ley específica de sanciones en materia laboral y de Seguridad Social, con tipificación de infracciones y determinación de las sanciones correlativas.

Pero a partir de entonces la Administración se aprendió la lección en virtud de esa sentencia —la más espectacular quizá por su enorme trascendencia—, cuyo criterio se repitió más veces. Desde entonces la Administración ha tomado el hábito de que en cada ley material hay —cosa que, por cierto, ocurría también en el siglo XIX con la legislación especial— un capítulo referente a sanciones. Cada ley sectorial, por consiguiente, construye su propio sistema de sanciones. Es evidente que falta una ley general que imponga un sistema y unos criterios generales. De la misma manera que existe un Código Penal no hay ninguna otra razón para que no exista un Código de sanciones administrativas que, por lo menos, reconduzca a unidad todo ese enorme material normativo, casuístico y caprichoso.

Teniendo esto en cuenta, ese Título IX de la Ley 30/1992 nos parece perfectamente imaginado. Hay que regular la potestad sancionadora. Lo que ocurre es que tal regulación se ha omitido, sorprendentemente. A todo el Capítulo I, «Principios de la Potestad Sancionadora» —también del II, como veremos—, se le agota el fuelle rápidamente —podemos decir— y no nos ofrece esa regulación genérica que nuestro sistema positivo necesita como muy pocas cosas.

De hecho, en la propia Ley encontramos cláusulas deslegalizadoras inequívocas. Es verdad que el principio de legalidad está enfáticamente afirmado. El artículo 127 dice: «La potestad sancionadora de la Administración pública, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley». Y la tipicidad: «Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley.» Y «las infracciones administrativas se crearán por la Ley...».

Pero, a continuación, en el propio artículo 129 hay una remisión a las disposiciones reglamentarias de desarrollo. Aquí

habla de especificaciones o graduaciones. Esto lo ha admitido el Tribunal Constitucional. Ya he dicho que el Tribunal Constitucional no ha equiparado nunca las exigencias de exhaustividad del principio de legalidad penal con la exigencia de legalidad que para las sanciones administrativas resulta del artículo 25. Ha admitido en este último caso una colaboración entre la ley y el reglamento. Lo dice así en muchas sentencias. El reglamento ejecutivo puede colaborar con la ley, y puede matizar muchos aspectos de la ley, incluso en materia de la tipificación, siempre que sean especificaciones, pero que tengan un respaldo legal explícito. Correlativamente a esta regla, el Tribunal Constitucional no admite la validez de las cláusulas de simple deslegalización. Ha dicho constantemente que una cláusula deslegalizadora no cubre la reserva de ley (la cláusula deslegalizadora es la que faculta a la Administración a hacer lo que quiera, la que remite en blanco o casi en blanco a las normas reglamentarias) porque realmente eso es un fraude a la reserva de Ley que impone la Constitución. Admite, pues, sí, el reglamento ejecutivo o de desarrollo o complemento de la ley, la cual tiene que tener las determinaciones esenciales.

Ahora bien, ¿qué ha pasado con estas cláusulas deslegalizadoras? La propia Ley 30/1992, después del énfasis del artículo 127, contiene cláusulas de ese tenor. Ello es especialmente grave y particularmente visible en materia de procedimiento sancionador. Art. 134.2: «Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora». La ley renuncia, pues, a establecer un procedimiento tipo, que era lo que contenía la vieja Ley de 1958, probablemente complicado, probablemente necesitado de reforma. No tengo ningún reparo en decir que me parece mejor, desde el punto de vista material, el tipo de procedimiento sancionador que ha edificado el Real Decreto de 4 de agosto de 1993, respecto del establecido en 1958, con una enorme salvedad: que el procedimiento de la Ley de 1958 era un procedimiento administrativo común y, en cambio, el del Real Decreto —como veremos— no es un procedimiento administrativo común, antes bien, incita a disolver tal procedimiento común en una multiplicidad ilimitada de procedimientos especiales.

En efecto, nuestro temor desde la simple lectura de la Ley de que aquí se trata se encuentran cláusulas deslegalizadoras que apelan sistemáticamente al Reglamento, no es un temor malicioso, una sospecha sin fundamento, sino que ha sido, desgraciadamente, corroborado por el Real Decreto de 4 de agosto de 1993, que establece el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

A pesar de que tiene este nombre, Reglamento para el procedimiento, Reglamento de procedimiento, no es verdad que se limite a esto, sino que comprende los dos capítulos de la Ley, es decir, la parte relativa a la regulación material de la potestad sancionatoria y la parte del procedimiento propiamente dicha.

Pues bien, en uno y otro de estos dos capítulos, a los que evidentemente se extiende el principio de la reserva constitucional de ley, este Real Decreto es una muestra especialmente desgraciada —a mi juicio, dicho sea con todos los respetos— de cómo no se pueden hacer las cosas. Lo primero que nos sorprende de este Reglamento es que las primeras palabras de su regulación normativa dicen: «La potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas». Es decir, que aquí no se nos ofrece un procedimiento sino una extraña norma que a sí misma se califica de subsidiaria de una infinidad de procedimientos posibles, infinidad abierta indeterminadamente. Inmediatamente vamos a ver cómo el Reglamento hace tan irresponsable apelación a toda clase de procedimientos sancionatorios.

Realmente esta figura de una norma que se dicta para ser subsidiaria de cualquier otra, es decir, que tiene una vocación de última de clase —diríamos—, resulta sorprendente y, a mi conocimiento, nueva. Se dicta una regulación, pero se incita a que se dicten otras para dejar de aplicarse. ¿A quién se incita? El precepto enumera a continuación, en el propio artículo 1.1, a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las Entidades que integran la Administración local. Resulta, pues, que sin ningún límite, la Administración del Estado para cual-

quiera de sus servicios, para atender la más mínima veleidad de comodidad de sus gestores (a los cuales suele gustar ser dueños de su propio procedimiento), a las Comunidades Autónomas, con la misma apertura, a las Administraciones locales, ídem de ídem. No, pues, un procedimiento por entidad, sino cuantos quieran, pueden dejar a este Reglamento reducido a su vocación proclamada, extraña vocación, la de norma subsidiaria última, en tanto que todos los procedimientos imaginables son los protagonistas del baile. ¿Qué pensar de una Ley de Enjuiciamiento que dijera que cada Juez pueda configurar libremente las reglas de su procedimiento? Pues exactamente eso dice este Reglamento en materia de procedimiento administrativo sancionador, y ello bajo el rótulo general de la Ley, que es, como veremos, el título constitucional en virtud del cual se dicta, de «procedimiento administrativo común».

Por otra parte, esta fragmentación ilimitada de las normas resulta que se extiende también a la otra parte que vimos que comprendía la Ley 30/1992, aparte del procedimiento administrativo, la que se refiere a la imposición de sanciones, que contiene ya el Capítulo I del Título IX, una regulación material de la potestad sancionatoria, y no la del procedimiento estrictamente tal. Aquí este Reglamento invoca a las Comunidades Autónomas, apela, invita —mejor dicho—, invita es la palabra, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales (sólo Ayuntamientos tenemos 8.000, y además Diputaciones, Entidades Locales menores, etc.), las invita a que establezcan su regulación específica de la materia sancionatoria, y que este Reglamento no sólo no les va a crear ningún problema para ello, sino que automáticamente se sitúa él mismo también como meramente sustitutorio.

Bien, yo debo decir humildemente que no conozco ninguna otra norma que se haya presentado de esta manera como norma sustitutoria de cualquier otra que quieran dictar cualquiera de los centros de poder administrativos, que es como está enunciado.

Esa operación de presentarse a sí mismo como subsidiario de cualquier otra regulación es, simplemente, una violación de la Ley de cuyo desarrollo se trata, porque la Ley delega

en el Gobierno para las normas de su desarrollo y, naturalmente, el Gobierno no puede cumplir esta delegación entregando por su parte el poder de hacer lo que quieran a todos los demás centros de poder administrativo. Primera objeción.

Segunda objeción, y mucho más grave. Por lo que hace a la regulación material de las sanciones, el artículo 25 de la Constitución —como hemos visto— impone la reserva de Ley inequívocamente. Pero por lo que hace al procedimiento propiamente dicho —Capítulo II del Título IX de la Ley— hay un precepto constitucional que es absolutamente inequívoco, el artículo 149.1.18, que dice: «Es competencia exclusiva del Estado regular el procedimiento administrativo común, que tendrá que ofrecer unas garantías iguales a todos los ciudadanos». Es decir, que la Constitución, no simplemente un principio deducido de argumentación jurídica más o menos forzada, la Constitución impone que el procedimiento sea unitario, y además, por el lugar sistemático en que está el artículo 149, expresamente excluye que las Comunidades Autónomas puedan dictar normas de procedimiento distintas de las del procedimiento administrativo común, salvo en dos puntos, uno precisado por el propio artículo constitucional, otro precisado por la jurisprudencia constitucional. El propio artículo constitucional dice que el procedimiento administrativo común para ofrecer un régimen de garantías idéntico a todos los ciudadanos —dice— se entiende sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas. La única especialidad posible es, pues, una especialidad de un procedimiento común, no un procedimiento enteramente nuevo como invita a dictar el Real Decreto de 4 de agosto de 1993, además esa especialidad que la Constitución admite está limitada al aspecto organizativo, límite que el Reglamento se salta limpiamente.

En cuanto a la regulación material de la potestad sancionatoria, la jurisprudencia constitucional ha dicho que es lícito, o sea es constitucional, que las Comunidades Autónomas puedan tipificar ciertas materias como sancionables, cuando la materia a la que se refiera esa tipificación sea de su competencia, y además observe —dice— el artículo 149.1 de la Constitución, que es el principio que establece la regla de

mantener las garantías iguales entre todos los ciudadanos españoles.

Estas dos cautelas, absolutamente esenciales, son aquí dilapidadas con una enorme alegría diciendo que la Administración de las Comunidades Autónomas puede establecer lo que llama «procedimientos específicos» (no especialidades dentro del procedimiento común, que es lo que dice el art. 149.1.18), respecto de aquellas «materias en que el Estado tiene competencia normativa plena». Esta última precisión nos deja ya KO definitivamente porque no entendemos qué quiere decir, yo al menos no lo entiendo, humildemente. De momento se nos ocurre que el supuesto es justamente el inverso, en un orden lógico cuando la Comunidad Autónoma tenga competencia de regulación (exclusiva o de desarrollo de bases estatales), propia, que es lo que había dicho, con esas cautelas ya precisadas, el Tribunal Constitucional a propósito de la regulación de la potestad sancionatoria material.

Si hemos de entender en sus términos literales el precepto reglamentario (plena como contrapuesta a exclusiva), parece que hay una referencia a los supuestos en que el Estado tiene competencia de regulación básica y la Comunidad Autónoma tiene competencias de legislación de desarrollo. Pero ya hemos notado que es absurda esta interpretación porque, con mucha más razón, tendrán competencia las Comunidades Autónomas en aquellas materias en que no tenga potestad normativa compartida, sino exclusiva. O sea que no se entiende absolutamente lo que quiere decir este precepto, aunque sí se conoce, desgraciadamente, lo que de él ha derivado, una proliferación, ya difícilmente contenible, de las normas autonómicas en materias procedimentales y sancionatorias, un resultado cuya contradicción con el artículo 149.1.18.³ es manifiesto y sumamente grave para el sistema constitucional y para todos los ciudadanos. La mayor gravedad, y no es retórica.

Por otra parte, también invita a las entidades que integran la Administración local, también con la misma fórmula: también éstas podrán calificar libremente conductas, establecer su carácter libre o sancionable, configurar las sanciones, graduarlas, etc., y establecer procedimientos a su albur, también en ese indeterminado ámbito en que el Estado tiene competen-

cia normativa plena. Tampoco podemos saber lo que quiere decir esto, aludir a una competencia municipal por referencia a una competencia del Estado. Hay que decir que la Ley de Bases del Régimen Local de 1985, establecía que en materia de procedimiento administrativo sería de aplicación la normativa general del Estado. El precepto en que eso se decía, por cierto, fue declarado inconstitucional en una sentencia muy discutible sobre la constitucionalidad de esta Ley, pero por un argumento puramente formal porque dijo que era una norma interpretativa y que no hacía falta, pero la voluntad legislativa queda incólume. Por otra parte, todo el sistema de competencias tal como está construido, y muy bien construido, por esta Ley de las Bases del Régimen Local se refiere siempre a las leyes sectoriales, a las leyes sectoriales como base del ejercicio de la competencia local. Porque hay que decir que, aunque el Preámbulo de este Real Decreto intenta justificar este reconocimiento verdaderamente exorbitante de una autonomía municipal, esta liberación de la regla de la reserva de ley en favor de las Administraciones locales, en virtud del principio constitucional de autonomía municipal se trata de una novedad absoluta y que es sorprendente que el Ministerio de Administraciones Públicas, redactor de este Real Decreto, pueda sostener, porque evidentemente nadie ha pretendido jamás que el principio de autonomía municipal pueda ser una alternativa al principio constitucional de reserva de ley.

Recordemos que hay una jurisprudencia constitucional en materia tributaria —y vuelvo a dirigirme a mi Presidente—, que se enfrentó con una reforma legislativa que facultaba a las entidades locales y a las Comunidades Autónomas para fijar a su albur recargos sobre el Impuesto sobre la Renta. El Tribunal Constitucional dijo que esto no podía aceptarse porque la cuantía de los impuestos es materia reservada a la ley, a resultas de lo cual, así como de principios elementales cuya observancia nunca se había olvidado hasta ahora hubo que dictar una Ley de Haciendas Locales. Hay, pues, el ejemplo de una materia evidentemente reservada a la ley en la que actúan los Ayuntamientos, que es la materia fiscal, la materia financiera. La Ley de Haciendas Locales respeta, como no podía ser menos, esa reserva constitucional, sin perjuicio de re-

conocer a los entes locales un cierto ámbito de autonomía, pero de ninguna manera se le ha ocurrido a nadie intentar suplir la reserva de ley invocando, como hace el Preámbulo del Real Decreto de 4 de agosto pasado, el principio de autonomía municipal.

El artículo 2.2 dice todavía algo más sorprendente: «Las entidades que integran la Administración local, cuando tipifiquen como infracciones hechos y conductas mediante ordenanzas —hay aquí un desafío directo contra el principio de reserva de ley— y tipifiquen como infracción de ordenanza el incumplimiento total o parcial de las obligaciones o prohibiciones establecidas en las mismas...» No sólo, pues, se admite que las ordenanzas tipifiquen infracciones sancionables, sino que admite de manera expresa la referencia a una infracción genérica como materia sancionable, el mero incumplimiento inespecífico de cualquier ordenanza, dos cosas que la jurisprudencia constitucional ha rechazado categóricamente. ¿Y qué dice que ocurre cuando las ordenanzas hagan esas dos cosas imposibles, una de ellas, la segunda, imposible también a la Ley misma? Dice que, en todo caso, al aplicar estas tipificaciones, y esta tipificación genérica, la infracción de ordenanzas, éstas deben respetar las tipificaciones previstas en la ley. ¡Pues no faltaría más, realmente, que no respetara las tipificaciones hechas por la Ley! ¿Creen realmente los redactores del Real Decreto que ese respeto se lo han impuesto ellos al poder normativo local? Expresivamente, sin embargo, se introduce aquí otra creencia gravemente errónea, además de las relativas a la eficacia 25 de la Constitución, que las ordenanzas pueden regular lo que quieren siempre que no contradigan la Ley, esto es, técnicamente, que se trata de una potestad reglamentaria independiente de la Ley.

Hay, por tanto, en el desarrollo reglamentario de la Ley 30/1992 una demostración concluyente de la insuficiencia de la ley, insuficiencia que ha pretendido ser suplida con una pulverización de regulaciones, por vía reglamentaria, tanto materiales como procedimentales, por parte de la Administración del Estado, por parte de las Comunidades Autónomas, contra la Constitución, y por parte de las entidades locales, éstas en base a una hipótesis desmesurada del concepto

de Autonomía local. Esto, a mi juicio, demuestra la absoluta insuficiencia de ese Título IX famoso de la Ley, que se ha quedado en su desarrollo en una situación peor de la que habíamos partido, lamentablemente, cuando las posiciones jurisprudenciales eran absolutamente claras.

Me permitiré citar, y termino con esto la potestad sancionadora, la Sentencia Constitucional de 18 de noviembre de 1993, que ocasionó la dimisión del Ministro Corcuera, Sentencia recaída sobre la llamada Ley Corcuera de Seguridad Ciudadana. Esta sentencia ha sido muy comentada respecto al tema de la patada en la puerta, etc., pero hay en ella una declaración específica sobre la inconstitucionalidad del artículo 24, y ésa debe ser recordada al propósito que aquí nos reúne, porque el artículo 24 de la Ley Corcuera —que se declara inconstitucional— decía que se considerarían como infracciones ¡leves! la infracción de los Reglamentos de Policía. Esta minimización, «leve», no está en este Real Decreto, que permite, por tanto, que cualquier Ayuntamiento califique una infracción como grave y disponga las graves sanciones correlativas (en realidad ilimitadas, en su ánimo). Pero el Tribunal Constitucional no se ha conformado con esa minimización de la cuestión y ha dicho que eso no vale, que eso no cumple el requisito de la regulación material por la Ley que impone el artículo 25 de la Constitución y declara inconstitucional el precepto. Con lo cual es evidente que el Reglamento que estudiamos en bloque lo es también. Yo he postulado públicamente su derogación porque mantenerlo formalmente en vigor es un obstáculo al ejercicio de las libertades y derechos que derivan de la Constitución y, por consiguiente, hay la obligación de eliminarlo aplicando el principio del artículo 9.3 de la Constitución.

IV

Veamos ahora la regulación de la responsabilidad, ya muy rápidamente.

Es el Título X de la propia Ley 30/1992, artículos 139 y siguientes. Aquí la Ley no intenta hacer una revisión radical

del sistema instaurado. Ya saben ustedes que, de una manera un poco sorpresiva, el sistema de responsabilidad de la Administración se estableció por el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que desarrollo luego el artículo 133 de su Reglamento y que, finalmente, consagró el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

Hay que decir que ese principio de responsabilidad el constituyente lo ha estimado tan importante que lo ha constitucionalizado. El artículo 106.2 de la Constitución afirma que las leyes regularán la responsabilidad de la Administración por daños patrimoniales que produzca, salvo los casos de fuerza mayor —afirma—, con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos.

El artículo 139 de la Ley 30/1992 contiene algo importante, mantiene la cláusula general que procede del artículo 40, y antes del 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 —que no es exactamente la misma que la del art. 106 de la Constitución, que es más abierta, podemos decir—. No parece plantearse ningún problema de relación internormativa. Todo lo que dice es más o menos lo que estaba regulado hasta ahora, con dos importantes novedades: la primera novedad es que regula el tema de la responsabilidad por actos legislativos. Aquí contiene una afirmación importante, que dice: «Las Administraciones Públicas —párrafo 3.º del art. 139— indemnizarán a los particulares por la aplicación de los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria cuando así lo establezcan las propias leyes». Esto es decir de otra manera que cuando la ley tenga contenido expropiatorio, aunque la ley no diga nada, tiene que indemnizar. Principio muy importante en el orden sistemático. Ya había habido alguna sentencia del Tribunal Supremo, incluso alguna sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las relativas a las Leyes de Aguas y de Costas, que habían admitido que la privación de concesiones, etc., tenía un contenido expropiatorio, y que no sería constitucional si no hubiera una compensación adecuada; lo que ocurre es que las sentencias respectivas hacen el juicio de pertinencia de la compensación adecuada que las propias leyes establecieron, la conversión de las propiedades en conce-

siones temporales esencialmente, estimándolas indemnizaciones adecuadas.

Realmente este principio es muy importante, porque deben recordar que el concepto material de expropiación es en nuestro Derecho un concepto o cláusula general, que sigue estando en el artículo 1 de la vieja Ley de 1954 y que pasa por encima del concepto tradicional de expropiación, como transferencia de propiedad. Expropiación es toda privación de derechos o intereses patrimoniales, cláusula legislativa que el Tribunal Constitucional ha constitucionalizado como contenido del artículo 33 para explicar el alcance de la garantía de la propiedad.

Por consiguiente, no hay que ver, como alguien ha pretendido, que la Ley 30/1992 dice que no se responde por los actos legislativos. No, se dice que se responde por los actos legislativos cuyo contenido sea expropiatorio y, por consiguiente, éste es un principio de una enorme importancia, supuesto —repito— la cláusula general de qué es un contenido expropiatorio, que hay que buscar en ese artículo 1 de la Ley de 1954. Fuera de este contenido expropiatorio, me parece absolutamente elemental que, si no hay una privación de derechos, no hay por qué indemnizar, evidentemente, por los actos legislativos. Aquí el problema se presentará en la distinción entre privación y regulación.

Segunda novedad de la Ley 30 en materia de responsabilidad, que dice que este régimen es aplicable a todo tipo de situaciones en que se produzcan los daños, bien sean relaciones de Derecho público, bien sean relaciones de Derecho privado. Lo dice en varios sitios: en el artículo 142.5 y el Reglamento en la materia (¿por qué tantos Reglamentos, que terminan por difuminar y confundir la Ley?) de 26 de marzo de 1993.

Es loable el intento de unificar la jurisdicción, la regulación material del régimen de responsabilidad de la Administración, pero yo tengo mis dudas de que los Tribunales Civiles obedezcan esta intención clara del legislador. Los Tribunales Civiles admiten demandas de responsabilidad contra la Administración con absoluta normalidad, y los Tribunales La-

borales, a propósito de los daños causados por la Seguridad Social, por ejemplo, daños médicos, lo admiten también. En un momento yo que me enfrenté a un caso práctico, les dije a los interesados: «Pueden ustedes elegir fuero, pueden ustedes ir a la vía contenciosa, pueden ustedes ir a la vía civil, pueden ustedes ir a la vía social, a la vía penal. Las cuatro jurisdicciones aceptarán su competencia».

Parece que ha querido, y es razonable, poner fin a esa concurrencia de jurisdicciones. Pero yo dudo de que esa simple alusión, bien sean relaciones jurídico-públicas o relaciones jurídico-privadas, aparte a los Tribunales Civiles, sobre todo, de la competencia que ellos han autoafirmado con mucho énfasis. Hay situaciones en que no será fácil aplicar esa unidad de fuero, cuando la acción de responsabilidad se dirija simultáneamente contra la Administración y contra particulares; lo que no sería admisible sería pretender que hubiese que emprender dos procesos distintos, no sólo onerosos en sí mismo, sino con el riesgo de Sentencias contradictorias.

En cualquier caso, lo que es cierto es que la unificación se produce ya respecto del régimen material, aunque sea discutible la de la jurisdicción. Es decir, que cuando los Tribunales Civiles se entiendan competentes para entender de materias de responsabilidad de la Administración tendrán que aplicar en cuanto al fondo los principios de esta Ley, que son más amplios, por cierto, que los del Derecho civil; en éste, aunque con grandes paliativos, rige el principio de la culpa, principio subjetivo; en cambio aquí, el principio objetivo.

Y, finalmente, y ya con esto termino, hay otra novedad: el llamado procedimiento abreviado. Esto se ha hecho con la mejor intención, pero ha suscitado ya reales problemas. Hay un procedimiento abreviado en funcionamiento, que es el derivado de los daños producidos a los niños en los Colegios. Tenemos millones de niños en los Colegios. Saben ustedes que los sindicatos de maestros forzaron la rectificación del precepto del Código Civil, artículo 1.903 que establecía que los maestros eran responsables de los daños que causen los niños bajo su custodia con ocasión de la docencia. Evidentemente, esto era una carga personal absurda, y es razonable que la responsabilidad se impute a la Administración, puesto que se tra-

ta de un servicio público más. Aquí entramos en el juego normal sobre cómo se distingue la falta de la Administración, de la falta imputable (únicamente la falta grave) al funcionario, la falta personal por diferencia de la falta de servicio, para acudir a la terminología del Derecho administrativo francés.

Pero ¿qué ha ocurrido? Que al arbitrar la vía de ese procedimiento abreviado esto ha dado lugar a miles de reclamaciones. Un niño llega con una rozadura a su casa, o con la camisa rota, le dicen que tiene un procedimiento, que son unos impresos, para reclamar el pago de las vendas y de los vestidos, y el resultado ha sido que se han empezado a recibir cientos, miles de reclamaciones. El Consejo de Estado, competente en el procedimiento —también lo era antes— para informar las peticiones de indemnización, ha llamado la atención, y lo está haciendo ahora sistemáticamente, de que no se puede de ninguna manera incitar a la gente a reclamar de esa manera. O sea, que este sistema de procedimiento abreviado está originando una escalada de las peticiones de indemnización que parece carecer de sentido. Entonces, la buena intención que, indudablemente, estaba en este procedimiento abreviado, ha encontrado en el Consejo de Estado, órgano superior consultivo de la Administración, un crítico profundo, lo que, probablemente, ante la situación dada, probablemente pueda ocasionar modificaciones ulteriores.

COLOQUIO

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Muchas gracias al profesor García de Enterría.

Abrimos el coloquio, que rogaría que fuera lo más vivo posible, habida cuenta de que el profesor García de Enterría va a tener que abandonarnos en breve plazo debido a un compromiso que requiere su presencia en Madrid a una hora que hace, debido al tráfico, que tenga que salir de la Universidad en poco tiempo.

D. TOMAS GONZALEZ CUETO

(Abogado del Estado; Jefe del Servicio Jurídico en el Ministerio para las Administraciones Públicas)

En primer lugar, quería dejar constancia de mi respeto y admiración por el profesor García de Enterría, con el cual comparto al 90 por 100 no sólo las críticas que ha hecho a la Ley 30/1992, sino también muchas otras cosas. Sin embargo, siempre nos debe quedar un resto de opinión propia, y ese 10 por 100 debe servirme para contestar, al menos, una de las manifestaciones que ha hecho respecto del Reglamento sobre ejercicio de la potestad sancionadora.

De los diferentes problemas que ha planteado, quizá para mí el más importante, obviamente, es el de la declaración o la consideración contenida en el artículo 2.2 y la disposición

adicional en su apartado 2. No obstante, si se ha hecho antes una crítica a la gestación de la Ley, probablemente esa crítica pueda reproducirse respecto a la gestación del Reglamento, y a lo mejor ahí es donde hay que encontrar el problema, donde hay que buscar el problema. Si en la gestación de las leyes civiles, la Comisión General de Codificación, pongo como ejemplo la Sección de Derecho Civil porque es la que suele tardar más en redactar los anteproyectos de ley que después somete al Ministerio de Justicia para que sean elevados al Gobierno; si la Sección Civil ha estado más de tres o cuatro años intentando modificar los preceptos del Código Civil relativos al arrendamiento de obras y de servicios, con el estudio de muchísimos profesores, funcionarios, etc., sumamente expertos, es difícil entender cómo la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo no ha seguido el mismo proceso de creación y gestación.

Yo, después de varios años en el Ministerio de Justicia, tampoco sé por qué la Sección de Derecho Público es la única que no funciona, aunque ahora parece que se la quiere revitalizar de nuevo.

En los Reglamentos parece que ha ocurrido lo mismo, pero con mayor premura, o quizá con un menor criterio o menor estudio respecto a la redacción. El artículo 2.2 del Reglamento, en una redacción sumamente confusa —repite la palabra «tipificación» tres veces en cuatro o cinco líneas—, ciertamente parece que es inconstitucional. Lo que ocurre es que quizá, si atendemos al Preámbulo, que debe haber sido redactado por personas distintas a las del artículo 2.2 con toda probabilidad, ahí se nos dice textualmente que: «El Reglamento ha considerado necesario mantener el referente básico del principio de legalidad, de modo que las prescripciones sancionadoras de las ordenanzas concreten y adapten las previsiones contenidas en las correspondientes leyes.»

A lo mejor la solución era simplemente cortarle las manos al que escribió el artículo 2.2, pero atendiendo al Preámbulo del Reglamento probablemente pueda hacerse una interpretación constitucional, como normalmente pretende el Tribunal Constitucional, o el propio Tribunal Supremo, a la hora

de analizar las diferentes disposiciones generales que llegan a su conocimiento.

Yo estimo que, con base en ese presunto respeto del principio de legalidad que preconiza el Preámbulo del Reglamento, esto puede servirnos para entender qué es lo que ha querido decir el redactor en el artículo 2.2. A lo mejor simplemente que esas ordenanzas locales —supongo que se referirá principalmente a las ordenanzas de policía y buen gobierno de las diferentes entidades locales— han de respetar en todo caso el principio de legalidad, las prescripciones normativas, sean de las Comunidades Autónomas, en el caso de que tengan esa competencia limitada que les reconoce el Tribunal Constitucional en sentencia de 27 de mayo de 1993, cuando tengan la titularidad material o sectorial para regular una determinada materia, sea la ley emanada de las Cortes Generales o el decreto-ley, en su caso.

Eso por lo que respecta al artículo 2.2. En lo que se refiere al artículo 1, la verdad es que yo no lo entiendo, el Consejo de Estado tampoco lo entiende ni, por ejemplo, el Ayuntamiento de Madrid... Yo hago como el Ayuntamiento de Madrid, que ha dicho que, para no tener que interpretarlo, va a aplicar el Reglamento tal cual, salvo que la Comunidad Autónoma disponga otra cosa. Pues yo, en principio, tampoco quiero meterme más en ello. Es cierto que la terminología utilizada en el Reglamento ha chocado, supongo que a la mayor parte de la doctrina, incluso de la propia Administración, ya que el Consejo de Estado, máximo órgano consultivo, así lo ha destacado.

En lo que respecta a la supletoriedad general, que es la tercera crítica —no por el orden que las ha hecho el profesor García de Enterría, pero sí por el orden que yo he anotado en mi papel—, ciertamente es también sorprendente. A mí la explicación que se me ha dado cuando he preguntado sobre ello era que el principio se consideraba como la única forma posible de mantener la vigencia indefinida del Reglamento, toda vez que por su rango normativo cualquier Reglamento posterior que introdujera prescripciones contrarias y no previera una remisión expresa de supletoriedad al Reglamento tipo, o Reglamento general, o como se le quiera llamar al pro-

cedimiento tipo, supondría la inaplicación de éste en todo caso. Así, el mismo se ha adelantado y lo ha previsto.

Yo, sinceramente, también pienso que lo mejor era no haberlo hecho así y, en todo caso, el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de enero de 1993, que preconizaba una reducción de procedimientos, era una suficiente base y una vinculación para el propio Gobierno. El dictamen del Consejo de Estado sobre el Reglamento de Procedimiento Sancionador también insistió en lo mismo, considerando que era necesario que esta supletoriedad general no se utilizara para aprobar normas que se apartaran del Reglamento tipo.

Lo que ocurre es que quizá hay determinadas materias que exigen una completa regulación del procedimiento sancionador, como puede ser la de tráfico y seguridad vial, que es una de las aprobadas en la que solamente se hace remisión al procedimiento tipo con carácter supletorio.

Y ya, por último, y para no utilizar demasiado tiempo —que ya lo llevo— cabe hacer una simple referencia al problema de la responsabilidad patrimonial, en cuanto se suponga o no la unidad de fuero en esta materia. Para mí, la simple mención que hace la Ley no implica esa unidad de fuero, sino que la unidad de fuero se aclara en el Reglamento de adecuación y desarrollo y, sobre todo, en el Preámbulo del Reglamento. La simple remisión que se hace en cuanto a la responsabilidad de Derecho privado a los artículos anteriores, yo entiendo que se hace a un procedimiento interno de la Administración que pone fin a la vía administrativa, pero que puede poner fin a esa vía administrativa como previa a la jurisdicción civil. Parece que también esos artículos 142 y 143 puede entenderse que regulan una especial reclamación previa en vía civil distinta de la que regula como tal la propia Ley 30/1992.

Nada más.

D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA
(*Ponente*)

Yo estoy de acuerdo con todo lo que ha dicho salvo con esa interpretación benévola del artículo 2, porque el artícu-

lo 2 viene a formular, con cierta malicia, el famoso principio de la vinculación negativa, según el cual las Administraciones pueden hacer lo que quieran salvo que tienen que respetar las tipificaciones establecidas por la Ley. Tendría que haber dicho justamente lo contrario, esto es, que pueden desarrollar y matizar y especificar lo que la Ley ha establecido, pero lo que claramente dice el precepto es que pueden hacer lo que quieran, salvo que tienen que respetar las tipificaciones de la Ley. Eso es insostenible, en términos generales, respecto de cualquier Reglamento (inexistencia de Reglamentos en Derecho español), pero más aún cuando se trata de materia constitucionalmente reservada a la Ley.

Me alegro haberle oído a usted que el texto final del Reglamento se aparta del dictamen del Consejo de Estado, porque yo no sabía cuál era el contenido del dictamen del Consejo de Estado, y siempre me sorprendió —y lo he dicho públicamente— que el Consejo de Estado hubiera dicho amén a este Reglamento. Parece que no ha sido así, y lo celebro de veras. Entonces, me sorprende todavía más la osadía del Ministerio de las Administraciones Públicas al aprobar un Reglamento de este alcance contra el dictamen del Consejo de Estado y, en fin, contra la interpretación ordinaria del problema, tal como resulta de las sentencias constitucionales y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

D. Luis Ortega.

D. LUIS ORTEGA ALVAREZ
(Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha)

Mi pregunta es de tema general, referida precisamente a la reserva de ley con relación a la autonomía local, en el sentido de saber si el profesor García de Enterría no piensa que,

de alguna forma, y obviamente manteniendo el principio de reserva de ley, el juego de la remisión normativa entre ley y reglamento ejecutivo, basado en los límites que le imponía al reglamento ejecutivo el hecho de que la Administración era Administración vicarial, podría matizarse por el hecho de que el régimen local, con el nuevo sistema democrático, sea una Administración representativa, ¿el juego de la remisión normativa en la ordenanza no podría tener una diferente matización?, es decir, ¿no habría que intentar construir —repito—, manteniendo el principio de reserva de ley, una mayor flexibilidad o unas mayores posibilidades de que la ley se remita a la ordenanza municipal —probablemente esta materia, la sancionadora, no es la más cualificada—, pero que el juego típico que se construyó de la relación ley-reglamento, basado —repito— en la vicariedad de la Administración pública, no pueda encontrar alguna modulación en esta nueva situación?

D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

(*Ponente*)

No es cosa de desarrollar aquí una doctrina general sobre el tema de los Reglamentos y Ordenanzas Locales. Puede entenderse que en el caso en que actúan en el campo de su autonomía construida por las leyes pueden disponer de un mayor ámbito de libertad que en otros casos, aunque nunca podrá ser admitido su carácter de Reglamentos independientes de la Ley, explicable por la técnica de la «vinculación negativa». Pero esa mayor latitud ni siquiera puede admitirse cuando se trata, como es el caso, de materias reservadas constitucionalmente a la Ley, aunque cabría hacer a lo sumo alguna modulación. Tomemos como ejemplo la materia fiscal, igualmente reservada a la Ley. Hay, y no puede dejar de haber, una Ley de Haciendas Locales; tendría que haber, paralelamente y por los mismos motivos, una Ley sancionatoria local. En esa Ley de Haciendas Locales se deja a las Ordenanzas Locales un cierto ámbito de juego, pero manteniendo intacto el principio de reserva. Lo que hace el Reglamento estudiado es del todo distinto, dinamitar el principio de reserva. La autonomía local y el carácter representativo de las corporacio-

nes no pueden sustituir ese principio, que es lo que el Reglamento pretende.

Ahora he estado trabajando algún tiempo sobre textos de la Revolución Francesa. La Constitución de 1791, la primera Constitución revolucionaria, dice expresamente que las Administraciones Locales no tienen carácter representativo. Lo dice así de explícitamente, y también que están sometidas a la Ley. Carl Schmitt, seguramente ignorando ese precedente, aunque no sus razones, dice en su *Teoría de la Constitución*, explícitamente, que las Administraciones, cualquiera de ellas, no tienen carácter representativo. Y en el excelente libro de Carré de Malberg sobre la Ley como expresión de la voluntad general (reedición de 1984) se recuerda un principio revolucionario capital, que el carácter representativo es una cualidad del poder legislativo, pero que no alcanza al ejecutivo en ninguna de sus formas. Quienes personifican al ejecutivo son simplemente «agentes» y no representantes, agentes de la Ley, más en concreto, que actúan lo que la Ley ha decidido, pero que no pueden ponerse a la altura de ella, única expresión válida de la voluntad general. La representación es el instrumento de pasar esa voluntad general a la Ley; todo lo demás es ejecución. En Rousseau se encuentra la misma idea con la distinción entre «acto de soberanía» (sólo la Ley y la Ley general, en concreto) y «acto de magistratura», sea cual sea, que nunca puede pretender ponerse en el lugar de la Ley o hacer de su voluntad, voluntad general. Estas son las bases mismas del sistema democrático, como recuerda el Preámbulo de nuestra Constitución («un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad general»), y también el artículo 66, que reconoce el carácter representativo del pueblo español únicamente a las Cortes Generales.

Por ello, no se puede pretender hipostasiar el origen democrático de los concejales (o de los Gobiernos, o de los jueces) para intentar suplantar el papel de la Ley o de la equiparación con ésta de sus decisiones, y menos aún cuando se trata de materias que la Constitución sólo a la Ley permite decidir.

En el Preámbulo del Reglamento hay una alusión sorprendente a una dirección doctrinal según la cual el carácter re-

representativo de los entes locales daría a sus Ordenanzas el mismo valor que a las Leyes. Parece una alusión indebida, por cierto, a Alejandro Nieto, el cual se limita a formular una hipótesis en condicional, pero que no tiene ninguna duda cuando expone el régimen aplicable. Pretender que los 8.000 municipios puedan dictar verdaderas leyes sería cambiar todo el sistema político, como bien comprenden. Por cierto que en Brasil, en uno de mis viajes, me enteré con enorme asombro que allí los municipios sí disponen de poder legislativo, aunque hay que decir que tienen todos territorios varias veces más extensos que los nuestros, algunos comparables a los de alguna de nuestras provincias. Pero está claro que no es ése nuestro sistema constitucional precisamente.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

La Defensora del Pueblo.

D.^a MARGARITA RETUERTO BUADES

(Defensora del Pueblo en funciones)

Para introducir el papel del Defensor del Pueblo en este debate verdaderamente importante, porque si la Administración acompaña a los ciudadanos desde que nacen hasta la sepultura, no es menos cierto que el incumplimiento de las disposiciones administrativas obliga a los administrados a cumplir con determinadas sanciones, es decir, estamos planteando los límites en el ejercicio de la potestad sancionadora, actividad que supone un gran capítulo de las actuaciones y de los trabajos de la institución del Defensor del Pueblo.

Observo que han pedido la vez para puntualizar sobre aspectos concretos del trabajo de la institución diversos asesores. Pero al hilo de lo que usted estaba diciendo, insisto en la afirmación que forma parte continua de nuestro trabajo, el control no jurisdiccional de la potestad sancionadora administrativa. Algunos ejemplos pueden servir de referencia: desde sanciones de plano en procedimientos de desalojo...

D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA
(*Ponente*)

Están declaradas inconstitucionales.

D.^a MARGARITA RETUERTO BUADES
(*Defensora del Pueblo en funciones*)

Es cierto, pero aun así hemos tenido algún supuesto, baste recordar el Informe Parlamentario correspondiente a 1983. En el capítulo específico de cumplimiento de aspectos de la normativa de viviendas de protección oficial, imposición de sanciones y ejecución de éstas se indicaba la preocupación de la institución por reforzar las garantías de los ciudadanos, evitando toda actuación arbitraria a la luz de lo dispuesto en los artículos 9.3, 10 y 105 de la Constitución.

En aquel Informe la institución mostraba su posición a las sanciones de plano con omisión de las mínimas garantías procesales.

Alegando este fundamento se actuó en una pluralidad de casos, siendo destacable el relativo a una queja en el que una familia necesitada de vivienda fue sancionada con la pérdida de la misma con motivo de los datos obrantes en la declaración. En este concreto supuesto, la comprobación de los datos y de las necesidades de los afectados, junto a lo concerniente a las indicadas garantías procesales, motivaron la apertura de una investigación.

D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA
(*Ponente*)

Las sanciones de plano, esto es, impuestas sin procedimiento, y especialmente sin audiencia de la parte sancionada, están condenadas por la jurisprudencia, tanto constitucional como del Tribunal Supremo. Las admitía el viejo Reglamento de Procedimiento del Ministerio de la Gobernación de

1947, que sobrevivió en este punto a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Ahora sólo en materia de disciplina militar, regida por la Legislación especial, puede admitirse algo parecido, aunque se trate en realidad de un procedimiento oral concentrado. El derecho de defensa proclamado por el artículo 24 de la Constitución, ha dicho el Tribunal Constitucional, es aplicable no sólo en los procesos judiciales, sino en todos los procedimientos, de cualquier clase, en que se ventilan derechos e intereses, más aún en un procedimiento sancionatorio o represivo.

D.^a MARGARITA RETUERTO BUADES

(Defensora del Pueblo en funciones)

Además del caso señalado, y en los inicios de la institución, hubo otro expediente paradigmático en 1984 con un Delegado de Gobierno de una determinada Comunidad Autónoma. No han sido generales, ni muchísimo menos, pero la actuación del Defensor del Pueblo fue contundente en este sentido.

En otro aspecto, se ha recordado a la Administración los principios constitucionales de legalidad, en su vertiente de tipicidad —y usted ha recordado la Ley de Seguridad Ciudadana—; en este sentido, recientemente hemos tenido que hacer algún recordatorio porque se habían impuesto unas sanciones de apercibimiento de admoniciones no previstas en la Ley con motivo de una manifestación. Se olvida también el principio de proporcionalidad.

En definitiva, es una constante en nuestras actuaciones el seguimiento de la potestad sancionadora de la Administración; no se puede generalizar, ni muchísimo menos, pero no se adecua a los principios, en muchas ocasiones, constitucionales que usted ha recordado.

Y con ello doy paso a las preguntas concretas de los asesores.

D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

(*Ponente*)

Yo me quedaría aquí mucho tiempo, pero es que tengo que irme. Tengo que irme si me dejan.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(*Moderador*)

Yo creo que autorizamos al profesor García de Enterría para que se ausente...

D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

(*Ponente*)

A mí me puede suplir Miguel Sánchez Morón, por ejemplo, que está ya aquí en la mesa, perfectamente y con ganancia para la colectividad.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(*Moderador*)

Isabel Espejo, sí.

D.^a ISABEL ESPEJO POYATO

(*Vocal Asesor de Investigación
del Instituto de Estudios Fiscales*)

Sólo quería hacerle una pregunta, puesto que han citado reiteradamente a Alejandro Nieto, precisamente en relación a Alejandro Nieto. Y quería preguntarle, ¿qué piensa usted sobre las tesis de Alejandro Nieto en el libro *Derecho Administrativo Sancionador*, que a mí me parecen conceptualmente muy diferentes de las suyas y de las únicamente defendidas por toda la doctrina y por la jurisprudencia del Constitucional y del Supremo?

D. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA*(Ponente)*

Es difícil hacer un juicio completo sobre el libro de Alejandro Nieto. Comenzaré diciendo que Nieto tiene una mente original y fresca que quizá escasee en nuestro gremio, en el que solemos ser pesados y escasamente amenos. El opina siempre desde sí mismo y tiene una cabeza que le funciona perfectamente, y esto hay que estimularlo.

Su libro es, sin duda, el más importante que se ha escrito sobre la materia en nuestra bibliografía. Pero yo no me atrevería a suscribir todas sus tesis. Yo tengo una sincera admiración por él y estoy siempre dispuesto a aprender de una mente como la suya, tan poco usual o rutinaria.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ*(Moderador)*

Bien, vamos a continuar. D. Carlos Luna.

D. CARLOS LUNA ABELLA*(Asesor del Area de Administración y Ordenación del Territorio del Defensor del Pueblo)*

Al profesor Sánchez Morón y también al moderador, porque es un tema que le atañe por razón de su disciplina, ya que el profesor García de Enterría ya no está en esta mesa.

En la ponencia se ha hecho alguna referencia en relación con los problemas de la vigencia de la Ley 30/1992, y también a aspectos de constitucionalidad de la norma que me gustaría, si es posible, que se aclararan.

Ha sido muy frecuente en contactos informales que con las diversas Administraciones públicas han mantenido asesores del Defensor del Pueblo —aunque ha habido también alguna manifestación oficial por parte del Ministerio para las Administraciones Públicas— la afirmación de que la

Ley 30/1992 no había entrado en vigor, o no había entrado en vigor al menos parcialmente.

Nuestra opinión es que la disposición final de la Ley es absolutamente terminante. Es decir, la Ley entró en vigor a los tres meses de su publicación, y entró en vigor en su totalidad, absolutamente en su totalidad.

Otro problema es el de la aplicabilidad de algunos de sus preceptos para los que se establece un régimen transitorio.

Además del problema de la aplicación de las normas en el tiempo, la indefinición descrita ha provocado que aspectos que no son estrictamente procedimiento, como por ejemplo el nuevo régimen de recursos, se considere que no han entrado en vigor. Sobre eso me parece que hubo un enfrentamiento entre el servicio jurídico de la Generalidad de Cataluña, que sostenía que efectivamente era aplicable el nuevo régimen de recursos, mientras que varios representantes del Ministerio para las Administraciones Públicas sostenían que el régimen de recursos no era aplicable en tanto no se produjese la adecuación de procedimientos.

La segunda cuestión hace referencia a temas de constitucionalidad. Yo no sé si es correcta la interpretación que hago del concepto de procedimiento administrativo común —sobre ello ha hecho alguna reflexión el profesor García de Enterría— tal y como se deriva, tanto de la Ley como, muy específicamente, de la sentencia del Tribunal Constitucional a la que se ha hecho referencia.

Pero, en todo caso, parece claro que el procedimiento administrativo común no es tanto un procedimiento, ningún procedimiento, sino, tal y como dice el número 2 del Preámbulo de la Ley, el conjunto mínimo de garantías de todos los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas, cualquiera que sea éste el ámbito sectorial o territorial de actuación. Si esto es así, la pregunta es si cabe hacer un juicio de constitucionalidad negativo sobre las disposiciones adicionales quinta y sexta de la Ley, al excluir del ámbito de aplicación de la Ley los procedimientos en materia tributaria y los procedimientos en materia de Seguridad Social.

Si el conjunto de garantías mínimas de todos los ciudadanos con cualquier Administración pública debe ser común, la exclusión de toda la actividad en materia tributaria o de Seguridad Social, que puede representar el 60, 70 u 80 por 100 del tráfico jurídico administrativo, podría dar lugar a un juicio de constitucionalidad negativo.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON

*(Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá de Henares)*

Son cuestiones complejas en sí mismas. Yo, además, sólo puedo expresar mi opinión, que a lo mejor no coincide con los datos de la realidad, es decir, de cómo se está aplicando la Ley.

Respecto al primero de los problemas, si la Ley ha entrado en vigor o no, yo personalmente pienso que la Ley ha entrado en vigor. Naturalmente que ha entrado en vigor. Ha entrado en vigor, como dice su disposición final, a los tres meses de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Es evidente, y yo creo que nadie lo negaría, que el régimen de responsabilidad patrimonial del Título X está actualmente en vigor, y no solamente por lo que se refiere al procedimiento, o por existir ya un Reglamento que regula los procedimientos en materia de responsabilidad, sino en su conjunto, incluyendo las normas sustantivas del mismo. Y es evidente también que muchas normas que se refieren a los procedimientos administrativos y a otro género de cuestiones, por ejemplo el régimen de los actos administrativos, están actualmente en vigor.

Esa es mi opinión, y creo que ésa es la opinión generalizada. Otra cosa es lo que se refiere a la adecuación de los procedimientos. Este es, a mi juicio, el problema fundamental. ¿En qué sentido? Pues yo creo que no es aplicable la Ley en lo que hace al nuevo régimen del silencio y en lo que hace a los plazos para resolver mientras no se produzca esa adecuación de procedimientos a llevar a cabo por normas legales o reglamentarias. A estos efectos, y solamente a estos efectos,

desde mi punto de vista, la Ley tiene una eficacia diferida en el tiempo.

Hay todavía un problema más. Mejor dicho, quizá haya muchos más matices en los que ahora no voy a entrar, pero hay un problema que es especialmente delicado: ¿qué ocurre con el nuevo régimen de los recursos administrativos?, ¿está en vigor?, ¿no está en vigor? Bien, yo pienso, y he sostenido por escrito, que el nuevo régimen de los recursos administrativos entró en vigor desde el momento en que entró en vigor la Ley por una sencilla razón. Porque si la Ley tiene una eficacia diferida en lo que se refiere a la adecuación de los procedimientos, y esta adecuación consiste sustancialmente (con independencia de que se aproveche para regular otros aspectos para los que no está tanto prevista esta adecuación) en que las normas reguladoras de cada procedimiento establezcan los plazos de tramitación, y si el efecto del silencio es positivo o negativo —tal como la Ley quiere—, está claro que, por lo que se refiere a los recursos, es la propia Ley la que resuelve todos los problemas: resuelve el plazo para recurrir, el plazo de tramitación del recurso y resuelve cuándo el recurso tiene un sentido negativo si no se resuelve expresamente, o cuándo, por el contrario, el silencio en vía de recurso tiene excepcionalmente un sentido positivo. Es más, yo me preguntaría qué es lo que habría que regular por reglamento, aparte de lo que dice la Ley, sobre el procedimiento de tramitación de los recursos y, en concreto, sobre el procedimiento de tramitación del recurso ordinario. Yo creo que está todo dicho en la Ley. Ahí no hay necesidad ninguna de adecuación del procedimiento y, por lo tanto, desde mi punto de vista, y así lo he sostenido, creo que la tesis más correcta sería haber entendido que el régimen de recursos entró en vigor desde el momento en que entró en vigor la Ley.

Sin embargo, sé que ésta no ha sido una opinión compartida en un principio por el Ministerio para las Administraciones Públicas, y también tengo entendido que hay distintas interpretaciones por parte de las diferentes Administraciones que están aplicando la Ley, no sólo la Administración del Estado, sino la Administración de las Comunidades Autónomas y las Administraciones locales. Lo cual ha creado y está crean-

do una gran confusión. Hubiera sido deseable, desde luego, que el propio legislador hubiese aclarado más este extremo. Pero me parece que la posición jurídicamente más correcta es entender, a pesar de aplicaciones en contrario, o de interpretaciones prácticas en contrario, que el régimen de recursos entró en vigor desde el momento de la entrada en vigor de la Ley. Repito, es mi opinión.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, la eventual o posible inconstitucionalidad de la Ley derivada de que hay una serie de procedimientos, en concreto, en materia tributaria y en materia de Seguridad Social, que están excluidos de su ámbito de aplicación, he de empezar por decir, y no solamente por convicción teórica, sino también por sentido práctico derivado de unos años de experiencia como Letrado del Tribunal Constitucional, que tengo mucho respeto por las declaraciones de constitucionalidad o de inconstitucionalidad de las leyes. Quiero decir que me parece que no hay que frivolar ni llevar a extremos innecesarios los argumentos en favor de la inconstitucionalidad de un precepto legal. Todo lo contrario. En nuestro Derecho existe un principio que el profesor García de Enterría puso de relieve en sus magníficos estudios sobre la Constitución como norma jurídica, que es el principio de interpretación conforme a la Constitución y que lleva justo al efecto contrario, esto es, a intentar evitar una declaración de inconstitucionalidad cuando la norma puede ser interpretada de acuerdo con el sentido del texto constitucional.

Pues bien, por lo que se refiere al problema que usted ha planteado, yo entiendo que si la eventual incompatibilidad de la exclusión legal de determinados procedimientos (por numéricamente importantes que sean) con la Constitución se basa en el artículo 149.1.18 de la propia Constitución, allí donde se hace referencia al procedimiento administrativo común, yo le diría que, en mi opinión, esa inconstitucionalidad no existe, por la sencilla razón de que el artículo 149.1.18 es, pura y simplemente, una norma competencial. Es decir, lo que el artículo 149.1.18 quiere es, pura y simplemente, que entre el Derecho procedimental del Estado y el Derecho procedimental de las Comunidades Autónomas exista, vamos a decirlo

así, un núcleo común. ¿Qué núcleo común? Claro, éste es mucho más difícil de definir, y ahí habría que apelar a lo que ya dijo el Tribunal Constitucional en una célebre sentencia —seguramente en otras muchas también, pero ahora no las recuerdo—, en la sentencia 227/1988, sobre la Ley de Aguas, donde definió que por procedimiento administrativo común había que entender los principios generales del procedimiento administrativo y la estructura, el *iter* procedimental, en sus aspectos básicos o principales.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Pese a que la función del moderador seguramente no es la de terciar en el debate, sin que sirva de precedente, por una sola vez, me pronunciaré respecto de la cuestión que se suscita: la pretendida inconstitucionalidad de la exclusión de los procedimientos tributarios y de la Seguridad Social del ámbito contemplado en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pues bien, a mi entender no existen problemas de inconstitucionalidad, aunque quizá convenga para resolver esa cuestión aclarar el significado de la expresión «procedimiento administrativo común». En este sentido, desde la perspectiva del artículo 149.1.18.º de la Constitución, que es una norma de delimitación de competencias, creo que procedimiento administrativo común equivale a procedimiento común a todos los niveles de gobierno o, si se prefiere, a las Administraciones públicas de cada uno de los niveles de la organización territorial del Estado, que deberían acomodar sus actuaciones, en lo fundamental, a las mismas reglas. No obstante ese entendimiento del procedimiento común puede resultar insuficiente —y creo que esa es la opinión del Profesor Parejo— en la medida que otros preceptos constitucionales [singularmente el art. 105.c)] establecen otro tipo de exigencias respecto de la regulación legal del procedimiento administrativo.

Pero si ello es así, y el procedimiento administrativo común ha de serlo no sólo en sentido subjetivo —por aplicarse

a todas las Administraciones públicas—, sino también en sentido objetivo o material, por ser común a todas las actuaciones de la Administración, su contenido habrá de ser necesariamente muy restringido. Porque como comentaba ayer el mismo Profesor Parejo, en relación a la ponencia del Profesor Nieto, la actividad de la Administración no es siempre actividad jurídica susceptible de ser canalizada a través de un único procedimiento, al margen de que los distintos ámbitos en que se proyecta dicha actividad tienen sus propias exigencias. De ahí que, a mi entender, procedimiento común no tiene porqué suponer procedimiento único o absolutamente uniforme, sino sólo procedimiento en el que en todo caso tienen lugar algunas fases o actuaciones esenciales (p. ej., la audiencia del interesado) y se respetan y garantizan una serie de derechos y posiciones jurídicas fundamentales para los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

De este modo, los distintos procedimientos existentes por razón de la materia tendrán necesariamente en común el respeto y garantía de esos derechos y posiciones jurídicas, siempre con los oportunos matices, pero nada se opone a que su regulación sea autónoma y se realice en leyes distintas de la Ley 30/1992 para atender a las singularidades exigidas por la especificidad de la materia a que se refieran. Con otras palabras, la expresión «procedimiento administrativo común» aludiría más a unos contenidos comunes a toda la actividad jurídica de la Administración que a su regulación unitaria en un único texto legal. Por ello, la pretendida inconstitucionalidad de las Disposiciones Adicionales quinta y sexta de la Ley 30/1992, no puede derivar sólo de que en ellas se establezca que los procedimientos en materia tributaria y los actos de la Seguridad Social se regirán por su normativa específica, sino que exigiría contratar si dicha normativa respeta y garantiza —y en qué medida— los derechos y posiciones jurídicas fundamentales que han de ser comunes a todo procedimiento administrativo.

Respecto de la Seguridad Social lo ignoro prácticamente todo, sé todavía menos que de Derecho Tributario, pero en lo que recuerdo de esta última materia, tengo la impresión de que las garantías fundamentales establecidas en la Ley 30/1992

como características del procedimiento común están también incorporadas a la Ley General Tributaria y a los Reglamentos que la desarrollan. Con otras palabras, creo que la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración tributaria, en el procedimiento tributario de que se trate, no difiere sustancialmente de la posición que ocupan cuando se relacionan con otras Administraciones en el seno de otros procedimientos. Precisamente por ello no creo que existan problemas de constitucionalidad, aunque quizá quepa preguntarse porqué se ha excluido la materia tributaria del ámbito de la Ley 30/1992, proclamando únicamente su carácter subsidiario respecto de la normativa específica en la materia. Y seguramente la respuesta sea que por razones relacionadas con el recelo de los Organos de la Hacienda Pública frente a una Ley que enfatiza una serie de derechos de los ciudadanos que en materia tributaria han de ser aplicados con ciertas cautelas —como el derecho a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, o el acceso a los archivos públicos, que podría resultar problemático respecto de las bases de datos informatizadas de que dispone la Agencia Estatal, etc.— y cuyo impacto sobre los procedimientos tributarios no se acertaba a valorar correctamente.

Como esas razones no me parecen convincentes, creo que la materia tributaria podía haber quedado incluida en el ámbito de la Ley 30/1992, aunque fuera modulando algunos de sus contenidos para adaptarlos a las particulares exigencias de los procedimientos a ella referidos. Pero que ello no haya sido así no implica, siempre a mi entender, vicio alguno de inconstitucionalidad, pues los procedimientos tributarios son procedimientos comunes en el sentido de incorporar los contenidos mínimos esenciales de garantía de la posición de los ciudadanos, obedecer a los mismos principios generales y seguir parecida estructura o *iter* procedimental que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y una vez consumido el turno que me corresponde, Manuel Aznar.

D. MANUEL AZNAR LOPEZ

(Asesor responsable del Área de Sanidad, Seguridad Social y Trabajo del Defensor del Pueblo)

En materia de procedimiento administrativo, en el campo de la Seguridad Social ni siquiera hay una norma jurídica publicada, sino que el procedimiento administrativo para el reconocimiento de prestaciones —no otros procedimientos recaudatorios, etc.— está contenido en meras circulares del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Es decir, que una garantía tan básica como la publicidad de las normas de procedimiento está vulnerada.

De todas maneras, tengo que decir que las pensiones de jubilación se reconocen en este país en el plazo de dos o tres semanas. Por ello, me pregunto hasta qué punto la modificación del procedimiento no sería peor a veces. Ahora bien, también es verdad que hay que reconocer que antes de la resolución ni siquiera hay algo tan esencial como el trámite de audiencia. No hay un trámite de audiencia antes de que se deniegue una prestación, ni siquiera eso. Es decir, es una materia en la que sería necesario que hubiese una norma publicada y que, al menos, hubiese un trámite de audiencia, aun a costa quizá de alargar el procedimiento. De todas maneras, esas prestaciones se pueden reconocer pronto, porque es un procedimiento prácticamente informatizado en cuanto al soporte material del mismo, no hay papeles prácticamente.

Yo no sé si Alberto Palomar quiere decir algo sobre este campo, porque ha escrito y ha trabajado sobre él.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Pues si quiere decir, pues que le pasen, por favor, un micrófono.

D. ALBERTO PALOMAR OLMEDA
*(Subdirector General Jefe de la Inspección
de Servicios del Ministerio de la Presidencia)*

No, efectivamente, yo simplemente quiero corroborar... Ahí la única posibilidad que yo en algún momento he planteado es hasta qué punto la vieja vocación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, y su carácter de norma básica en el marco del procedimiento administrativo común, suplía esas lagunas que, efectivamente, se plantean en el marco del procedimiento.

Esa vocación supletoria ha desaparecido con la nueva Ley; por tanto, efectivamente, yo creo que realmente estamos ante un grave problema procedimental. Sin embargo, en lo que yo he podido ver y en lo que he podido analizar, también esto coincide en el tiempo con un Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social. Es decir, que el problema del reconocimiento de prestaciones en el marco de la Seguridad Social tiene, o va a ser el fruto, de un doble desarrollo reglamentario: por un lado, el que viene de la norma sustantiva de Seguridad Social, y por otro lado, el que viene de las normas procedimentales, que tienen que coincidir y que es muy difícil hacerlas coincidir porque las prescripciones de una y otra no coinciden en cuanto a los ámbitos materiales.

Yo creo que ese desarrollo reglamentario tiene dos patas, y hacer coincidir las dos patas es muy complicado. Tiene además un grave problema, y es el problema social. Es decir, en estos momentos aplicar la Ley de Procedimiento Administrativo es, sin duda, un retroceso que yo creo que ningún poder público puede asumir. Es decir, es verdad que no hay principio de audiencia.

Esa tesis tiene dos partes. Por ejemplo, en la pensión de jubilación; lo que dice el profesor Parejo en cuanto a la pensión de jubilación eso yo lo he mantenido, pero tiene un problema del que yo también soy consciente. La Administración de la Seguridad Social le empieza a mandar las cotizaciones, pero desconoce la base reguladora, es decir, aquello que constituye su cotización. Es más, en muchos casos el ciudadano

no conoce siquiera si hay incumplimientos de cotización por parte del empresario. Primera parte.

Segundo, en la invalidez lo que no conoce es, por ejemplo, qué ha dicho el médico, es decir, qué dicen los dictámenes médicos para el reconocimiento o no de su prestación.

A todo eso el ciudadano en estos momentos no accede. Hacerle acceder con los plazos de la Ley es romper los *timing* de reconocimiento de prestaciones.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

José Mario Fernández tenía la palabra antes de que empezáramos.

D. JOSE MARIO FERNANDEZ MATEOS

(Asesor responsable del Area de Defensa e Interior del Defensor del Pueblo)

Yo simplemente quería hacer una reflexión al hilo del tema del procedimiento sancionador y, tomando como referencia la casuística que podemos tener en la Oficina, donde en realidad nos encontramos en muchas ocasiones con que se están dando tres niveles de garantías dentro de lo que podríamos englobar en el procedimiento sancionador, utilizando el término de una manera amplia y genérica. Me estoy refiriendo, fundamentalmente, a los colectivos que tienen una relación, que tienen sujeción con la Administración: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, militares profesionales...

Estos tres niveles se componen por el nivel penal, el nivel disciplinario y un nivel de procedimiento sancionador que precisamente la Ley excluye de ese nivel disciplinario, lo cual está, a mi juicio, originando una cierta confusión, una cierta confusión de derechos entre estos colectivos.

Y la prueba de ello está en que la propia Administración militar dicta una instrucción en el mes de marzo de 1993 tra-

tando de aproximar la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común a la Administración militar. Por lo que, se ha perdido, a mi juicio, una oportunidad importante al establecer este nuevo marco jurídico de integrar, por ejemplo, a la Administración militar dentro de lo que es ese procedimiento administrativo común; sigue quedando fuera, de tal manera que las personas que lo integran en muchos momentos son considerados ciudadanos de segunda.

Me gustaría, al respecto, conocer la opinión de ustedes. Gracias.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON
*(Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá de Henares)*

Yo sí quiero hacer una observación no sólo sobre la aplicación de la Ley a la Administración militar, sino a otros ámbitos de los que, en principio, según el propio texto de la Ley, están excluidos de su aplicación.

Tomo también pie de lo que hace un momento decía el profesor Zornoza acerca de que parece que no tiene sentido que se haya excluido el procedimiento tributario de la aplicación de esta Ley, cuando en realidad los principios son prácticamente comunes.

Lo que yo pienso a este respecto es que esas exclusiones tienen mucho que ver, no con razones dogmáticas o teóricas, sino con razones puramente prácticas, y seguramente son cautelas. Son cautelas probablemente impuestas, o probablemente sugeridas, por ciertos Ministerios ante la rapidez con que la Ley se elaboró y ante lo que podría considerarse como una inseguridad sobre sus resultados y sobre sus efectos. Más vale quedarse con lo que tenemos —dijo quizá alguno— y no aplicar, en principio, esta nueva Ley.

Lo que pasa es que yo tengo la impresión de que la fuerza expansiva de una Ley como ésta, de una Ley general de procedimiento, es grande, y a medida que esta Ley se va aplicando a otras Administraciones y se va elaborando una doctrina

sobre el sentido de sus preceptos, lo lógico es que se tienda a incluir en su ámbito de aplicación a determinados procedimientos o ámbitos organizativos anteriormente excluidos. Quizá éste era el caso de la Administración militar.

Por tanto, no me parece que la exclusión de la Administración militar sea una exclusión voluntariamente querida en sentido dogmático, y que el ámbito de la Administración militar no deba acomodarse al régimen que va siendo el régimen general deducido de esta Ley.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Tenemos tres últimas palabras para esta primera parte de la sesión. D. Federico Castillo.

D. FEDERICO CASTILLO BLANCO

(Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada)

En primer término, quisiera agradecer a los organizadores de este evento, y de forma particular a la Defensora del Pueblo y su equipo, su amable invitación a estas interesantes y oportunas Jornadas.

Mi intervención, en este caso, va a ser sobre un aspecto colateral al que ya hizo referencia el profesor García de Enterría al final de su intervención. No obstante, a mí me provoca alguna reflexión adicional y quisiera ponerla en común. En concreto, me refiero a los actos normativos del poder legislativo.

A este respecto, nuestra legislación ha consagrado un sistema de reacción frente a los actos que causen perjuicios a los ciudadanos de la Administración pública y del poder ejecutivo, e incluso frente a los del poder judicial, que, sin embargo, brilla por su ausencia hasta el momento en el caso de los actos con fuerza de ley del poder legislativo. Sin duda, frente a éstos, la posición de los ciudadanos es sumamente dé-

bil. Existe una especie, utilizando un término jocoso, pero sumamente gráfico, de licencia para matar, es decir, para afectar a cualesquiera situaciones jurídicas de los ciudadanos.

Al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo vienen a rechazar cualquier tipo de responsabilidad del poder legislativo, salvo que nos enfrentemos a un derecho «adquirido» en el sentido de acabado o perfecto que tenga su expresión en el artículo 33 de la Constitución.

Sin embargo, de alguna forma, esta posición clara y unánime en la doctrina jurisprudencial nos deja a casi todos los que nos hemos acercado al problema con un cierto grado de insatisfacción. Efectivamente, la doctrina científica se ha cuestionado lo idóneo de dicha solución. Entre otros, el profesor Santamaría Pastor desde el año 1972 viene aludiendo al tema. Asimismo, lo ha realizado el profesor Garrido Falla, por citar a algún otro. Jurisprudencialmente, al mismo tiempo que se niega el derecho a ser indemnizado si no se es titular de un «derecho adquirido» con las características y connotaciones que a dicha situación jurídico-activa ha otorgado la jurisprudencia de nuestros Tribunales, al mismo tiempo, decimos, siempre se termina por reconocer, a modo de coletilla, y tal vez porque la solución tampoco satisface, que eventualmente podría corresponder algún tipo de indemnización por los perjuicios ocasionados. La propia Ley 30/1992, aun cuando su regulación es sumamente criticable e insuficiente en este punto, termina por plasmar legislativamente, en su artículo 129 —si se me permite expresarlo así—, esta mala conciencia.

Ahora bien, para decir que existe responsabilidad del legislador por eventuales actos del poder que trasgredan derechos acabados, absolutos y perfectos, no era necesaria la existencia de dicha previsión legislativa. Sencillamente, esa previsión está ya en el texto constitucional y, en concreto, como hemos referido con anterioridad, en su artículo 33. Por tanto, no parece existir otra explicación que la de que el legislador tampoco ha quedado absolutamente convencido de que entre el derecho adquirido, como hemos aludido anteriormente absolutamente acabado y perfecto, y la mera expectativa no existan situaciones intermedias, intereses que puedan, y en algunos casos, deban ser protegidos.

Tal vez el problema es que no hemos acertado todavía a operativizar dicha preocupación mediante la necesaria elaboración dogmática que ofrezca la solución a dicho problema.

En este punto mi reflexión va en conexión, una vez expuesto el problema, sobre la intervención que el Defensor del Pueblo pudiera tener, en su calidad de Comisionado de las Cortes Generales y por la especial situación que detenta cerca de los problemas que se suscitan en la sociedad, a fin de coadyuvar en el eventual desajuste entre la legislación y la realidad social en ese punto. En una idea, ¿cómo puede colaborar el Defensor del Pueblo en el acercamiento entre Parlamento y sociedad? Desde este punto de vista, me pregunto si pudiera desempeñar el Defensor un papel útil en estos casos poniendo de manifiesto, bien a través de sus informes anuales o de otro modo, al legislador la necesidad de que reconozca la existencia de esa eventual responsabilidad por actos legislativos, que inciden en situaciones jurídicas no absolutamente consolidadas de los ciudadanos, pero que no constituyen un mero interés, y que permita, a su vez, hacer viable la previsión contenida en la ya reiterada norma legal y, por ello, la prevención de mecanismos (plazos transitorios, indemnizaciones, etc.) que posibiliten que dichos actos legislativos no constituyan una especie de «patente de corso» que legitiman cualquier inmisión en la esfera del ciudadano.

D.^a MARGARITA RETUERTO BUADES
(*Defensora del Pueblo en funciones*)

Creo que la pregunta es muy acertada, en la medida que viene a llenar un vacío entre lo que dicen las disposiciones y la realidad concreta de las exigencias, o las expectativas que se pueden crear. En este sentido, la propia Ley del Defensor del Pueblo establece la posibilidad de hacer, desde su autoridad moral, observaciones, recomendaciones y sugerencias, siempre que exista la posibilidad, o siempre que puedan subsanarse situaciones perjudiciales para los interesados. Es decir, que en Derecho comparado hay algunos ordenamientos, o hay algunas instituciones, por ejemplo la institución inglesa o la institución del Ombudsman holandés, que no pueden in-

tervenir cuando se realice una actuación que sea conforme a Derecho. Sin embargo, el Defensor del Pueblo no. Cuando nosotros detectemos que pueden existir situaciones que, conforme al ordenamiento jurídico, puedan producir aspectos no deseados conforme a un principio de equidad, es decir, como lo ha definido el Tribunal Supremo, lo racional y lo justo en el marco de lo legal, entonces sí que puede intervenir el Defensor del Pueblo, entonces sí que tiene un papel la institución a través de sus recomendaciones, que vienen, desde luego —como bien ha dicho el profesor Castillo—, incluidas en los informes parlamentarios.

Pero esa posición que mantiene el Defensor del Pueblo en todos sus informes es algo que necesita el aval, es algo que necesita el apoyo, es algo que necesita el consenso de la doctrina. Y me imagino que un profesor de una Universidad, preocupado por estas cuestiones, no dirigía la pregunta al Defensor del Pueblo, buen conocedor de la misma, sino que me imagino que dirigía la pregunta al ámbito académico.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Sin que sirva de precedente, vamos a admitir una intervención de alguien que no había pedido la palabra, pero que tiene interés en pronunciarse sobre este punto. El profesor Ortega.

D. LUIS ORTEGA ALVAREZ

(Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha)

Existe un principio general del Derecho que viene del Derecho alemán y admitido por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, es el principio de confianza legítima que, en parte, puede operar sobre esta situación.

Quiero simplemente recordar que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo lo ha aplicado restrictivamente, pero precisa-

mente está para estas situaciones, las cuales no son derechos perfectos, es más, son situaciones irregulares y en contra del Derecho, pero que están provocadas por la propia Administración y, desde el punto de vista de la equidad, se entiende que el particular no tiene, en el caso concreto, obligación de repararlo. Nuestro Tribunal Supremo ya ha admitido ese principio general del Derecho y, por lo tanto, hay ahí también una vía de intervención.

D.^a MARGARITA RETUERTO BUADES
(Defensora del Pueblo en funciones)

Lo cual, desde mi punto de vista, viene a aclarar que la intervención del Defensor del Pueblo es especialmente útil en estos supuestos.

D. LUIS ORTEGA
*(Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha)*

Yo añadiría que son principios muy casuísticos y que al final la doctrina del Tribunal de Justicia se convierte en prácticamente pretoriana. Es decir, tiene que producirse una valoración de una actuación muy fuera de lugar por parte de las Administraciones públicas..., la confianza legítima se suele aplicar cuando la actuación previa ha originado desembolsos económicos al ciudadano, después la Administración se echa atrás y no tutela esa situación, y entonces para amparar ese perjuicio económico se aplica este principio de la confianza legítima.

Los casos son bastante tasados, el Tribunal abrió el portón aplicando el principio, pero luego lo ha utilizado muy restrictivamente porque se le venían encima montones de recursos por la aplicación de las Directivas en materia de agricultura, por el problema de las subvenciones a las cosechas. Porque, claro, el problema que se planteaba en Europa era que se planta la cosecha con arreglo a un ordenamiento jurídico y la recogida se realiza probablemente con la aplicación

de otra norma. Pero luego ha ido matizando, según y cuándo, porque tampoco podía la Comunidad Europea subvencionar un cambio de normativa respecto de toda la cosecha del grano.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Yo rogaría una cierta disciplina en cuanto a las intervenciones. Tenía pedida la palabra el profesor Parejo y Tomás González Cueto. Por razones de proximidad geográfica, yo creo que invertimos el orden y cerramos con el profesor Parejo.

D. TOMAS GONZALEZ CUETO

(Abogado del Estado; Jefe del Servicio Jurídico en el Ministerio para las Administraciones Públicas)

La verdad es que voy a conectar con algo de lo que ya no hablamos desde hace mucho rato, que es la cuestión relativa a los recursos administrativos, como se podía suponer.

Todo el problema procede de la famosa instrucción de 24 de febrero de 1993, que, aparte de otras cosas, vino a decir que los recursos administrativos no entrarían en vigor hasta que se produjera el proceso de adecuación o hasta que finalizara el plazo sin haberse adecuado los procedimientos. Ahora bien, yo estoy por lo menos tan convencido como el profesor Sánchez Morón, si no más, de que los recursos administrativos están en vigor. Yo, de hecho, estoy informando recursos administrativos de la nueva Ley, estoy informando recursos de revisión, estoy haciendo informes determinantes sin saber lo que son, de los que prevé la nueva Ley 30/1992. Por eso lo tengo muy claro.

El Ministerio para las Administraciones Públicas en este caso se manifestó a través de su Subsecretaría, en una Instrucción de la Subsecretaría. La personalización que hizo el profesor García de Enterría respecto del anterior Subsecretaria-

rio de Administraciones Públicas como prácticamente autor de la Ley quizá nos pueda dar una interpretación cuasi-auténtica de lo que él quería decir en materia de recursos administrativos, pero que la Ley no especifica, sin embargo, en absoluto, y la Ley es un producto de las Cortes, con lo cual yo creo que la Ley se independiza del autor del anteproyecto y debe ser entendida y aplicada con arreglo a lo que dice y a la realidad social del tiempo en que debe de ser aplicada, sistemáticamente, etc., todos esos criterios que nos deben llevar a entender, sin ningún género de duda, que los recursos administrativos están en vigor desde que pasaron tres meses de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Por otra parte, la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado no ha sido consultada en esta materia; supongo que no ha hecho ningún dictamen, por lo menos a mí no me ha llegado, pero sí ha elaborado una Circular en materia de comunicación previa, con lo cual debe entender que el recurso de reposición no existe, ya que, en otro caso, no habría hecho esa Circular, y si la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado —a la cual me debo al menos funcionalmente— entiende que los recursos administrativos de la nueva Ley son los que están en vigor, a mí no me queda otro remedio que mantener eso, aunque el antiguo Subsecretario del Ministerio para las Administraciones Públicas dijera otra cosa.

Lo que sí me preocupa no es lo que dijera esa Instrucción, lo que me preocupa es lo que prevén los Reglamentos en sus disposiciones transitorias, porque los Reglamentos son aprobados por el Gobierno, no sólo es una Instrucción de una Subsecretaría de un Ministerio, y esas disposiciones transitorias parecen entender que el Gobierno, el Consejo de Ministros —cuyos conceptos diferentes el anterior Subsecretario del Ministerio para las Administraciones Públicas tenía muy claro, y yo quizá no tanto— pues, parece entenderse que la voluntad es la de que los nuevos recursos se apliquen sólo a partir de la entrada en vigor de las nuevas disposiciones generales y no antes. Bien, yo creo que tampoco tiene una mayor importancia, sino que lo que de verdad debe importar, y sobre todo supongo que al Defensor del Pueblo le preocupa, ya que los recursos administrativos son una forma de garantía de los de-

rechos de los ciudadanos, es qué recursos son los que se están aplicando en la práctica. ¿Se está inadmitiendo algún recurso de la nueva Ley?, ¿se está inadmitiendo algún recurso de la antigua Ley solamente por ese motivo? Yo espero que la Administración española, la Administración activa, no los esté inadmitiendo, que los órganos competentes no estén inadmitiendo esos recursos por el mero hecho de entender que es o no es aplicable una legislación.

Yo, sinceramente, entiendo que son aplicables los recursos de la Ley nueva.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Bien, vamos a cerrar esta mesa redonda con la intervención del profesor Parejo, al que ruego que aproximen el micrófono.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Catedrático de Derecho Administrativo;
Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid)

En todo caso, me gustaría romper aquí una lanza en favor de la Administración, porque yo creo que de seguir así entre todos vamos a acabar con ella. En fin, una organización como la Administración, sometida a tan múltiples requerimientos, en muchos casos contradictorios, no puede estar, además, constantemente en el ojo del huracán, a despecho de razonamientos igualmente contradictorios que se utilizan como arma arrojadiza según convenga a los intereses de cada caso.

De otro lado, y por lo que hace en concreto al procedimiento administrativo, señalar que, con entera independencia de lo que sea «el procedimiento administrativo común», no puede perderse de vista que el artículo 149.1.18 CE no es un precepto puramente competencial, dada su íntima conexión con el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes a que alude el artículo 149.1.1 de la propia

Constitución. Conexión, pues, con el orden sustantivo constitucional, que determina en aquel plano de la distribución competencial la atribución al Estado de la regulación del procedimiento administrativo común. Por esta razón justamente —y con independencia, insisto, de lo que sea el procedimiento administrativo común—, no me parece que pueda desagregarse en bloque aquella regulación por relación a sectores de la propia Administración. Desde este punto de vista, lo que resulta claramente contrario al ordenamiento jurídico no es tanto la existencia misma de una diversidad en la precisión jurídica del procedimiento, cuanto la exclusión misma de la aplicación de esa regulación (cualquiera que sea su extensión y alcance concretos) a una parte de la propia Administración.

Por otra parte, y en estrecha relación con lo anterior, quisiera resaltar el carácter, a mi juicio, totalmente injustificado de la demanda a la Administración de procedimientos únicos. Y es que el procedimiento administrativo común no es —como ya se ha señalado aquí— una secuencia procedimental determinada, sino un conjunto de instituciones procedimentales. Esta sola perspectiva desacredita ya por sí misma cualquier intento por sustantivar el procedimiento, confirmando, muy al contrario, la necesidad de que los procedimientos sean múltiples. Porque el procedimiento del carnet de conducir no puede ser igual que el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico, ni éste, a su vez, puede serlo respecto del procedimiento de evaluación del impacto ambiental. Si esto, que parece obvio, es así, resulta igualmente evidente que la regulación procedimental debe ser asimismo diversa en función, justamente, de los concretos intereses de que en cada caso se trate.

Finalmente, quisiera llamar la atención sobre un tema que no se ha suscitado y que me parece importante: la justificación misma del Capítulo I del Título IX, cuya razón de ser no acabo de entender, toda vez que en ese punto del texto legal no añade nada a lo dispuesto ya en la Constitución. De esta suerte, causa, cuando menos, cierta perplejidad comprobar el rigor demostrado por el Tribunal Constitucional en punto a la declaración de precepto meramente interpretativo del artículo 5 de la LRBRL (declaración, dicho sea de paso, cier-

tamente polémica y, a mi juicio, claramente equivocada) por comparación con la indiferencia mostrada por la naturaleza meramente interpretativa de aquel Capítulo I (aquí sí, mucho más clara, siguiendo el razonamiento del Alto Tribunal) respecto de las garantías sustantivas explicitadas en el artículo 25 de la propia Constitución.

Paralelamente, la exigencia misma de un procedimiento sancionador único desarregla, como antes he dejado apuntado, la noción misma de procedimiento administrativo común, al negar implícitamente cualquier espacio normativo en ese campo a las Comunidades Autónomas por relación al ámbito de sus competencias materiales de ordenación. Por eso mismo me parece que lo verdaderamente importante estriba en precisar cuáles sean las instituciones comunes al procedimiento. Pero una vez esto, el procedimiento debe ser flexible, possibilitando a la Administración en cada caso competente para que, en aras a cada finalidad, pueda ordenar la concreta secuencia procedimental como le resulte más oportuno y conveniente.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Bien, pues, como tendremos ocasión de volver sobre estos temas en la segunda parte de la sesión, vamos a tomarnos un café y volvemos en un cuarto de hora o veinte minutos.

PONENCIA V

EL REGIMEN DE LOS ACTOS
Y LOS RECURSOS
ADMINISTRATIVOS EN LA LEY
DE REGIMEN JURIDICO DE LAS
ADMINISTRACIONES PUBLICAS
Y DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO COMUN

MIGUEL SANCHEZ MORON

I. INTRODUCCION. SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA Y LA LEY 30/1992

El hecho de que estas Jornadas tengan como título general el de «Ciudadanos y Reforma Administrativa» y que estén destinadas primordialmente al estudio de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, me permite exponer algunas ideas, a modo de introducción, que van más allá del mero análisis del contenido de dicha Ley en los concretos aspectos sobre los que versa esta Ponencia.

No hace falta decir que el problema central que ha de preocupar a quienes, desde distintos enfoques teóricos y profesionales, nos ocupamos de la Administración pública no es otro que el de las relaciones entre ciudadanos y Administración, y el objetivo de nuestro quehacer no puede ser otro que el de contribuir a mejorar esas relaciones. Este objetivo conecta —yo diría que por definición— con la idea de reforma administrativa, una reforma que cada vez más se tiende a considerar como un proceso permanente y no sólo el fruto de un impulso repentino que en un momento determinado surge y después se apaga poco a poco. Reforma administrativa tanto más necesaria y permanente cuanto más insatisfactorias son las relaciones entre ciudadanos y Administración.

Pues bien, es evidente que existe en nuestro país una impresión generalizada de que la Administración no funciona correctamente. Como es lógico, esta impresión, que algunos tienden a exagerar y a considerar incluso, gratuitamente, como inherente a la organización administrativa o al sector pú-

blico, debe matizarse. Primero porque no todas las Administraciones y unidades administrativas tienen el mismo comportamiento. Segundo porque hay servicios públicos que han experimentado una sustancial mejoría y, en cualquier caso, su mejor o peor funcionamiento depende de variantes entre las que hay que destacar la capacidad y la voluntad de sus dirigentes y empleados, es decir, las puramente subjetivas. Pero es un hecho que existen disfunciones demasiado extendidas, sentidas por la mayoría de los ciudadanos, constatadas habitualmente por los profesionales del derecho, objeto reiterado de reflexión teórica y, desde hace algunos años, puestas de relieve también por los Informes del Defensor del Pueblo y de los comisionados parlamentarios autonómicos, que constituyen una fuente de datos y apreciaciones de extraordinaria importancia para objetivarlas.

Entre ellas, las que afectan al procedimiento administrativo han sido mencionadas en la Ponencia del Defensor del Pueblo que sirve de marco a estas Jornadas: el frecuente incumplimiento de los plazos para resolver, la utilización abusiva del silencio negativo, la falta de transparencia administrativa, los problemas de presentación de documentos ante la Administración competente, los de utilización de lenguas cooficiales, las notificaciones defectuosas, la ausencia de motivación suficiente de los actos, la falta de un sistema efectivo de responsabilidad de los funcionarios públicos, etc.

Ahora bien, muchos de estos problemas son problemas históricos. Algunos no han sabido o podido resolverse mediante anteriores reformas administrativas y, en particular, las de los años cincuenta. Otros fueron creados o agravados por esas mismas reformas. Conviene no olvidar estas realidades, sobre todo ahora que, frente a los indudables defectos técnicos de la Ley 30/1992, algunos han reaccionado volviendo a ensalzar las virtudes de las leyes que ésta deroga y, en especial, de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Nadie podría negar, en efecto, el avance que supuso esta última Ley para su tiempo, ni los efectos saludables que ha tenido para el desarrollo de la teoría del Derecho administrativo en nuestro suelo. Menos aún puede discutirse la evidente calidad técnica de su articulado, tan de cerca inspirado en la

célebre *Verwaltungsverfharengesetz* austríaca de 1925. Pero tampoco es posible desconocer que dicha Ley de Procedimiento, aprobada en el marco de un sistema autoritario y corporativo, presentaba también importantes limitaciones, que han sido caballo de batalla doctrinal durante décadas. Por ejemplo, la idea de transparencia administrativa y la de participación brillaban prácticamente por su ausencia en el texto de esa Ley; la generalización de la regla del silencio administrativo negativo y su peculiar régimen jurídico ha generado los problemas ya conocidos y tantas veces recalcados por la institución del Defensor del Pueblo; el régimen de recursos administrativos que establecía tampoco ha gozado de mayor acepción, tanto por el carácter no potestativo de los recursos, incluido el de reposición, como por la innecesaria dualidad de régimen de los recursos ordinarios y la fugacidad de los plazos para interponerlos. Por lo demás, tratándose de una Ley pensada para una Administración centralizada y uniformista, ni siquiera pudo plantearse los problemas que derivan de la pluralidad y la complejidad administrativa de nuestros días.

Por tanto, desde mi punto de vista, la reforma legal del procedimiento administrativo y, más aún, del régimen jurídico nuclear de la actividad administrativa en algunos de sus aspectos fundamentales, era necesaria y pertinente. Por supuesto que tampoco era la única reforma a realizar para mejorar las relaciones entre ciudadanos y Administración y quizá tampoco era la más importante. Mucho más que esta reforma legal era y sigue siendo el objetivo de modificar los hábitos de comportamiento de los administradores, crear una nueva moral de servicio al ciudadano (sin que eso signifique la pérdida de *auctoritas*, como algunos interpretan), realizar las reformas organizativas que permitan mejorar la eficacia de los servicios públicos, afinar el sistema de controles (lo que no equivale a eliminarlos), redefinir los métodos de trabajo en el seno de la Administración, introducir los cambios correspondientes en el marco de la función pública y en el sistema de selección y formación de los empleados públicos, etc. Objetivos de modernización que, con mayor o menor fortuna, la Administración ha perseguido también durante los últimos años ¹. La re-

¹ Como marco teórico de referencia de los proyectos de modernización

forma del régimen jurídico y del procedimiento administrativo, en este contexto, debía contemplarse como una medida más de modernización, complementaria y coherente con las anteriores. Necesaria, aparte de para adaptar la normativa anterior a las exigencias del Estado de las Autonomías, para incorporar las manifestaciones adecuadas de los principios de transparencia y participación y actualizar las consecuencias de los de eficacia, legalidad, tutela del ciudadano y responsabilidad, que la Constitución sanciona.

Dicho lo cual hay que constatar igualmente y una vez más, como hemos hecho la gran mayoría de los comentaristas de la Ley 30/1992, que el resultado de la reforma ha sido en buena parte fallido. En mi opinión, los buenos propósitos de quienes impulsaron la reforma se han malogrado por precipitación, por el deseo de sacar adelante la Ley a toda costa y con rapidez para evitar un eventual empantanamiento parlamentario. Y se han malogrado también por un exceso de personalismo en la elaboración del proyecto. Ambas razones han privado a la reforma del amplio debate previo que hubiera sido necesario para asentarla sobre bases sólidas. Un debate, desde luego, político-institucional, que fue muy escaso para la trascendencia de la Ley, pero también social y técnico-jurídico. A este último respecto, hubiera sido altamente conveniente al menos contar con la colaboración técnica que el proyecto requería.

Como muchos han destacado, la reforma no parece obedecer a una estrategia clara o a una línea de pensamiento coherente, sino que parece haber yuxtapuesto aportaciones de muy diversa índole. De ahí que el resultado sea desigual: en algunos aspectos acertado, puesto que recoge ideas o sugerencias que ya gozaban de un amplio consenso; en otros modernizante, ya que se abre a la introducción de nuevas instituciones y técnicas propias de nuestros tiempos; en otros, por el contrario, poco innovador o excesivamente cauteloso; en

administrativa de los últimos años, es preciso remitirse al documento *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado*, publicado por el MAP en 1990. Aunque hay que decir que dichas «reflexiones» no tan tenido todo el desarrollo efectivo que podía esperarse, pues el impulso reformador ha sido muy desigual.

otros, en fin arriesgado e inclusive imprudente. Pero sobre todo destaca, como pone de manifiesto la Ponencia del Defensor del Pueblo que abre estas Jornadas, la falta de seguridad jurídica que un régimen transitorio fundado sobre expectativas poco fundadas está provocando.

No obstante lo cual, me cuento entre los que consideran que en el articulado de la Ley 30/1992 se hallan elementos de gran interés para el desarrollo de nuestro Derecho administrativo, tal como voy a intentar explicar dentro de poco por referencia a los temas que me corresponde analizar aquí. Por eso no puedo compartir en absoluto las descalificaciones globales que una parte de nuestra doctrina administrativista ha vertido sobre el contenido de la citada Ley. Es más, entiendo que no es el momento de lamentarse, ni por la nostalgia del tiempo pasado ni por lo que pudo haber sido y no fue. Menos aún el de crisparse por los aspectos negativos de la reforma. Demasiada crispación hay ya en nuestra vida pública para que el trabajo intelectual se deje también contaminar por ella. Por el contrario, si algo debe hacer la doctrina jurídica en este trance es precisamente aplicarse en su tarea constructiva, bien formulando interpretaciones del texto legal que puedan resolver en términos racionales las dudas y dificultades que suscita la aplicación de algunos preceptos; bien extrayendo del propio texto todas sus virtualidades en aquellos aspectos que, sin duda, lo merecen; bien incluso proponiendo las reformas parciales a que haya lugar y que, en más de un aspecto, parecen imprescindibles. Reformas parciales, subrayo, más o menos extensas, porque no creo que una derogación en bloque de la Ley 30/1992 y el retorno al pasado que supone sea lo más apropiado. Y porque tampoco me parece fácilmente imaginable que nadie quiera suprimir las novedades positivas que, en no pocos preceptos, ha traído la Ley en cuestión. Lo que hay que hacer es, sencillamente, mejorarla, como se ha hecho con tantas otras leyes (incluida la de Procedimiento de 1958, que fue parcialmente reformada cinco años después de su aprobación), a la vista de los estudios que sobre ella se han realizado y de la experiencia que depare su aplicación.

Con este talante constructivo me propongo abordar ahora el examen de los temas que se me ha encomendado. Examen

en el que, por obvias razones de tiempo y por la extensión de la materia, he de ceñirme a lo fundamental.

II. EL REGIMEN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. ALCANCE DE LA REFORMA LEGAL SOBRE LA MATERIA

La Ley 30/1992 ha respetado, en general, el concepto y la naturaleza de los actos administrativos tal como figuraba en la Ley de Procedimiento de 1958 y el mismo esquema de esta Ley al regular su régimen jurídico. Nada hay que oponer a esta opción, puesto que el acto administrativo es una figura cuyos contornos se han perfilado durante mucho tiempo y que la Ley de 1958 modeló con especial acierto, de manera que existe una doctrina ya muy acuñada sobre el particular, que hubiera sido tan complicado como innecesario alterar. El acto ejecutivo sigue teniendo, pues, la misma estructura y caracteres esenciales, entre ellos la presunción de legalidad en que descansa y sus consecuencias ejecutorias. Cosa distinta es que, en términos relativos, la actividad de la Administración se cña en menor medida que antes a este instrumento de decisión unilateral, puesto que ahora se prefiere muchas veces buscar el acuerdo previo con los interesados. La Ley 30/1992 se ha hecho también eco de esta tendencia, como es sabido. Pero, en términos generales, eso no supone modificar el concepto tradicional del acto administrativo.

En cambio, la nueva Ley ha introducido numerosas reformas parciales sobre la normativa anterior. De ellas las dos de mayor calado son las que atañen al régimen del silencio administrativo o, como la Ley prefiere denominarlo, al régimen de los actos presuntos (arts. 43 y 44), y a la llamada terminación convencional (art. 88), ambas, por cierto, fuera del Título V, dedicado a las disposiciones y actos administrativos. De los actos presuntos, sin embargo, no voy a ocuparme directamente, por ser objeto de una Ponencia anterior. Sí dedicaré especial atención a la terminación convencional. Pero antes he de hacer una breve referencia a otras reformas de de-

talle del régimen de los actos administrativos que presentan interés.

2. MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS

Las primeras se refieren a la obligación de motivar los actos administrativos. La Ley 30/1992 ha ampliado notablemente los supuestos en que se impone dicha obligación. Este criterio ha sido saludado favorablemente por la generalidad de la doctrina jurídica, pues supone, por un lado, una garantía del ciudadano en caso de impugnación del acto y, sobre todo, una exigencia primordial del Estado democrático de derecho, que requiere de la Administración explicitar la razón de sus decisiones.

En concreto, el artículo 54.1.a) de la Ley amplía la obligación de motivar los actos que limiten derechos subjetivos a los que limiten también intereses legítimos, lo que equivale a la obligación de motivar todos los actos desfavorables. El artículo 54.1.b) amplía la obligación de motivar los actos que resuelvan recursos a los que resuelvan igualmente procedimientos de revisión de oficio, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje, ampliación tan lógica como oportuna. El artículo 54.1.d) exige la motivación de los acuerdos de suspensión de actos no sólo en vía de recurso, sino cualquiera que sea la causa de la suspensión. El artículo 54.1.e) obliga también a motivar los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia y de ampliación de plazos, previsión sin duda acertada, en cuanto que son acuerdos extraordinarios de tramitación que pueden perjudicar a los interesados.

Pero quizá la novedad más importante es la que se refiere a la obligación de motivar los actos discrecionales [art. 54.1.f)]. Sin duda, en este caso la motivación constituye una garantía esencial de la corrección jurídica del ejercicio de la potestad discrecional, en la medida en que esta potestad no está totalmente predeterminada por las normas jurídicas y comporta elementos de oportunidad o valoraciones técnicas de competencia exclusiva de la Administración, pero debe ejercitarse respetando reglas de procedimiento y principios generales

para no incurrir en arbitrariedad. La necesidad de motivar los actos discrecionales, que se va extendiendo también en el Derecho comparado, había sido señalada ya por nuestra doctrina más prestigiosa y, aunque no con carácter general, sino por relación a determinados tipos de actos, ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ultimamente algunos hemos vuelto a poner el énfasis en esa obligación al reflexionar de nuevo sobre la discrecionalidad administrativa, aunque con diferente alcance y consecuencias ². En cualquier caso, el juicio doctrinal sobre el nuevo artículo 54.1.f) ha sido generalmente positivo.

Cosa distinta es el contenido y el grado de detalle que la motivación de cada acto debe tener. La nueva Ley se limita a reiterar al respecto la clásica exigencia de la «sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho». Como regla general, poco más puede prescribirse, pues la obligación de motivar debe cohonestarse con la eficacia administrativa y la celeridad de los procedimientos. Pero parece necesario entender que, en todo caso, la motivación debe ser «adecuada» para cumplir su fin, esto es, rendir cuenta de las razones de adopción de un acto que justifiquen su conformidad a derecho. Por esta razón, el tipo de motivación habrá de ser distinto según la naturaleza del acto en cuestión. La nueva Ley no ahonda en esta diversidad de supuestos. Pero sí establece una regla singular para el caso de los actos que pongan fin a procedimientos de selección y de concurrencia, pues parece exagerado que estos actos requieran de una motivación individualizada para cada candidato o competidor. De nuevo con acierto, la Ley se remite a lo que dispongan las normas que regulen las convocatorias, aunque dispone que siempre han de quedar acreditados los fundamentos de la resolución.

² Me refiero ahora a la reciente polémica doctrinal sobre la discrecionalidad administrativa, sus límites jurídicos y su control. Sobre ello, véase T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991; L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, y M. SANCHEZ MORON, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1984.

3. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS

El segundo de los aspectos que me parece necesario comentar brevemente es el de las modificaciones del régimen de la notificación y publicación de los actos. Cuestión ésta de delicada regulación, pues atañe muy directamente a las garantías de los particulares, por lo que el criterio principal a seguir es el de asegurar que el interesado tenga plena constancia de las resoluciones y actos que le afectan y de los medios para impugnarlas. Ello no obstante, también es preciso establecer cautelas para evitar la picaresca, nada infrecuente, del rechazo implícito de la recepción de las notificaciones de actos desfavorables.

No puede decirse que la Ley de 1958 alcanzara en esta cuestión el equilibrio más adecuado, como se deduce, por ejemplo, de los Informes del Defensor del Pueblo. La nueva Ley ha intentado corregirla en un sentido más garantista, aunque sin olvidar el problema del abuso en el rechazo de las notificaciones. De ahí que, aun manteniendo el esquema de la normativa anterior, introduzca algunas modificaciones importantes. Sin embargo, como la mayoría de los comentaristas han apuntado, también en esta materia el legislador ha incurrido en algunas imprecisiones técnicas. No creo, sin embargo, que sean de tal entidad como para generar problemas de certeza o inseguridad jurídica. Máxime cuando existe una jurisprudencia muy matizada sobre la Ley de 1958 que puede aplicarse sin esfuerzo a la interpretación de la de 1992 y que, sin duda, contribuirá a fijar criterios para una aplicación razonable de ésta. Por eso, prescindiendo de mayores detalles, me detendré solamente en las novedades más importantes.

La primera es la que introduce el artículo 58.3 sobre los efectos de las notificaciones defectuosas. Como es sabido, el artículo 79.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo venía a privar de efectos a estas notificaciones, salvo en los siguientes casos: *a)* que el interesado hiciera manifestación «expresa» de considerarse notificado o interpusiera el recurso pertinente; y *b)* que, tratándose de notificaciones que contuvieran el texto íntegro del acto y fueran realizadas personal-

mente al interesado, transcurrieran seis meses, salvo protesta formal. Por consiguiente, la producción de efectos de las notificaciones defectuosas quedaba, en el primer caso, a expensas de la voluntad expresa del interesado. Pero en el segundo caso, podía producirse por el mero transcurso del tiempo y la pasividad de aquél, con lo que se primaba la seguridad jurídica sobre las garantías individuales. La nueva Ley ha suprimido este segundo supuesto, con el aplauso mayoritario de la doctrina. Y ha transformado el primero, de manera que ahora las notificaciones defectuosas no sólo producen efectos al interponerse el recurso procedente, como es de lógica, sino también cuando «el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación».

Ante esta última previsión una parte de la doctrina jurídica se muestra reticente, pues considera que una interpretación literal o una aplicación rigorista del precepto podría disminuir las garantías del interesado. Así, se ha objetado que evidenciar que se conoce el contenido de la resolución o acto no supone que se conozcan también los medios de impugnación de que se dispone. Sin embargo, otro sector doctrinal considera que la regla es lógica y aceptable, como manifestación del principio de buena fe, que también debe regir el comportamiento de los ciudadanos frente a la Administración. Ciertamente, no sería admisible que una persona quisiera prevalerse de los defectos de una notificación para eludir sus obligaciones o los plazos para recurrir cuando se demuestra que conocía la resolución y que, en razón de sus circunstancias personales u objetivas, pudo defenderse efectivamente. El problema se reduce, más que nada, como respecto de otros preceptos no muy precisos de la nueva Ley, a encontrar la interpretación razonable a la luz de las circunstancias de cada caso y del derecho a la tutela judicial efectiva. Por lo que se refiere a las notificaciones defectuosas no es difícil predecir que ésta será la actitud de los Tribunales, dada la tradición jurisprudencial a que me he referido, así como la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la falta de emplazamiento personal en las actuaciones judiciales, en buena parte extrapolable al problema de que tratamos.

La segunda novedad de interés es la introducida por el artículo 59.3, que también se funda en el principio de buena fe. Consiste en considerar efectuado el trámite de notificación cuando el interesado o su representante la rechacen, siempre que se haga constar en el expediente el rechazo y las circunstancias en que se produjo el intento. La mayoría de la doctrina ha considerado oportuna esta nueva regla, cuya correcta aplicación requiere que se especifiquen suficientemente las circunstancias del rechazo.

No sé si el régimen de las notificaciones era susceptible de otras mejoras sustanciales que, por otra parte, en los estudios doctrinales no se suelen apuntar. Pero pienso que probablemente el problema no se halla tanto en el enunciado de las normas legales (o reglamentarias —ahí está el Reglamento de Correos y el Reglamento General de Recaudación—) como en los usos administrativos. A este respecto hay que tener en cuenta las posibilidades que la nueva Ley ofrece a los interesados, en sus artículos 41 y 79.2, de solicitar a la Administración la exigencia de responsabilidad de los funcionarios responsables de las anomalías procedimentales. Pero sobre todo parece necesario desterrar algunas prácticas irregulares e impartir instrucciones precisas a los servicios y al personal encargado de las notificaciones.

Tampoco parece que la nueva regulación de la publicación de los actos vaya a plantear arduos problemas. Es más, la mayor parte de la doctrina la valora positivamente, en la medida en que completa la escueta regulación de la Ley de 1958.

4. NULIDAD Y ANULABILIDAD

La Ley 30/1992 también ha sido conservadora al regular la invalidez de los actos administrativos. Quiero decir con esto que ha aceptado en general los criterios de la legislación anterior, con modificaciones muy parciales, en su mayor parte derivadas de la jurisprudencia constitucional o contencioso-administrativa o de las aportaciones de la doctrina jurídica más prestigiosa. Este continuismo es lo que más unánimemen-

te se ha recalcado en los comentarios a la Ley. No siempre con la misma valoración, sin embargo, pues algunos consideraron que podía haber sido más innovadora.

Es verdad, en este sentido, que la teoría de las nulidades viene planteando problemas de diverso tipo en su aplicación al Derecho administrativo, en buena parte debidos a la importación de conceptos y técnicas de Derecho privado que no encuentran fácil acomodo en el público. De donde se sigue una tendencia al dogmatismo que choca frecuentemente con la realidad. Así ha sucedido, típicamente, con la decidida distinción entre actos nulos de pleno derecho y anulables que recogió la Ley de Procedimiento Administrativo y que la nueva Ley mantiene. Pues una cosa es que existan y deban reconocerse como tales por el derecho diversos grados de invalidez, de acuerdo con la gravedad del vicio al que se apliquen, y otra muy distinta la tajante distinción entre nulidad o anulabilidad. En realidad, ni dicha distinción es tan tajante, dada la general presunción de validez y ejecutividad de los actos, ni puede ser extremada sin llevar a consecuencias que pongan en peligro el principio de seguridad jurídica. Recientemente se ha reabierto en nuestra doctrina el debate sobre la cuestión, lo que parece muy saludable y oportuno³. Pero hay que constatar que el debate no está maduro y menos aún lo estaba cuando se elaboró la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Por eso no es de extrañar que ésta se limitara a introducir algunos retoques.

De éstos sobresalen los que atañen al listado de los actos nulos de pleno derecho, que figura en el artículo 62.1. Algunos son muy leves, aunque no carentes de interés, como la restricción de la nulidad de pleno derecho por incompetencia manifiesta a la de carácter material o territorial [art. 62.1.b)], o la precisión de que no sólo son nulos los actos constitutivos de infracción penal, sino también los que se dicten como consecuencia de ella [art. 62.1.d)], precisiones que sintonizan con los criterios doctrinales y jurisprudenciales mayoritarios.

³ Véase M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, M. Pons, Madrid, 1994, y allí el «Estudio Preliminar» de A. NIETO. También, desde una perspectiva distinta, A. BETANCOR RODRIGUEZ, *El acto ejecutivo*, CEC, Madrid, 1992.

Otros tienen mayor calado y así los supuestos de nulidad por infracción de derechos fundamentales y por carencia de requisitos esenciales para beneficiarse de actos favorables.

En cuanto al primero de ellos [art. 62.1.a)], todos han puesto de relieve que se trataba de una consecuencia necesaria de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas. Por lo demás, participo de la opinión mayoritaria, que considera acertado haber limitado la sanción de nulidad a los derechos susceptibles de amparo constitucional y no a otros derechos constitucionales. Tanto por razones de principio, pues sólo aquellos derechos y libertades tienen el valor preferente en nuestro ordenamiento que les reconoce la jurisprudencia constitucional, como por razones prácticas, pues de lo contrario la mayoría de los actos administrativos desfavorables ilegales podrían ser nulos de pleno derecho. En concreto, no parece muy coherente considerar que este tipo de nulidad debe constituir la excepción en Derecho administrativo, por razones de seguridad jurídica entre otras, y postular la nulidad radical de los actos administrativos que lesionen el derecho de propiedad privada y, en general, la garantía de los derechos patrimoniales que se contempla en el artículo 33 de la Constitución. Pero también es lógica la crítica de la reducción de esa sanción de nulidad a los solos actos que lesionen el «contenido esencial» de los derechos amparables. No ya por la dificultad que tiene interpretar un concepto tan impreciso, pues la inclusión de conceptos de este tipo en leyes generales es inevitable, sino por razones de fondo. Está claro que lo que el legislador ha pretendido es evitar una extensión excesiva de los efectos de la nulidad de pleno derecho, que podría producirse dada la fuerza expansiva y la indeterminación de los contornos de algunos de los derechos fundamentales y libertades públicas sancionados por la Constitución. No obstante, el concepto de contenido esencial, que tiene sentido como límite al legislador que regule esos derechos en desarrollo de la Constitución y que se explica por razones históricas (impedir la desvirtuación práctica de los derechos constitucionales *ope legis*), no lo tiene en relación con los actos de ejecución. Reconocido un derecho fundamental, los actos de ejecución lo vulneran o no

lo vulneran, pues otra cosa es que vulneren preceptos de las leyes reguladoras que son meramente complementarios y no afectan en realidad al contenido del derecho. En cualquier caso, lo que debe entenderse es que la sanción de nulidad de pleno derecho protege en este caso el orden público constitucional⁴ y no es simple consecuencia de la violación de normas de inferior rango que puedan afectar a los derechos fundamentales. Esta distinción obligará a los Tribunales a una aplicación matizada y casuística del precepto, labor no muy distinta a la que ya vienen realizando al distinguir entre cuestiones constitucionales y de mera legalidad a efectos de la admisión de los recursos de amparo, judicial o constitucional.

Sobre la nulidad de pleno derecho de los actos favorables por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición [art. 62.1.f)], también se ha destacado unánimemente que es una consecuencia del nuevo régimen de los actos presuntos, como la propia Exposición de Motivos de la Ley explica. Por obvias razones de coherencia, el legislador ha debido extender esta misma causa de nulidad a los actos expresos. La cuestión que se suscita es si este supuesto no genera una mayor inseguridad jurídica, en la medida en que los actos nulos de pleno derecho, expresos o presuntos, son susceptibles de revisión de oficio «en cualquier momento» (art. 102.1). Si se compara con la indefinición anterior de los efectos del silencio positivo contrario a la legalidad, en realidad se ha ganado en seguridad jurídica, puesto que antes siempre quedaba abierta la duda de si el silencio determinaba o no la adquisición de facultades ilegales. Ahora está claro que sí y que sólo cuando carece de los requisitos esenciales se podría privar al interesado sin límite temporal, previa revisión de oficio, de dichas facultades. En cambio, tratándose de actos expresos, se añade una causa más de nulidad radical, por razones de fondo y de contenido indeterminado. Desde mi punto de vista, nada hay que objetar en términos de teoría jurídica, ya que se quiere penalizar con ese efecto solamente las infracciones más graves y evidentes, que es la razón de existir de la nuli-

⁴ En palabras de E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

dad de pleno derecho. Ahora bien, como toda la doctrina jurídica ha destacado, el precepto requiere una interpretación y aplicación restrictiva. Si este criterio se acepta, como parece más que probable, también esta última novedad habrá que considerarla acertada. Máxime si se tiene en cuenta la garantía que supone la exigencia de dictamen favorable del Consejo de Estado (o del órgano consultivo autonómico que lo sustituya) para proceder a la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho.

5. REVISIÓN DE OFICIO

Esta última observación me da pie para un breve comentario de la nueva regulación de la revisión de oficio. Insisto aquí especialmente en la brevedad, pues el tema bien merecería una exposición aparte con suficiente grado de detalle, que no es posible abordar en el marco de esta Ponencia.

Seguramente el problema de la revisión de oficio es uno de los que la nueva Ley ha regulado de manera más insatisfactoria y deficiente. Y no me refiero ahora a los defectos técnicos de esta regulación. Ni siquiera a algunos tan importantes como el haber otorgado carácter no vinculante al dictamen del Consejo de Estado (u órgano consultivo autonómico) para la revisión de oficio de los actos anulables, justamente destacado en los primeros comentarios de la Ley. Lo fundamental no es esto, sino la falta de claridad que se deduce del nuevo texto legal acerca de la naturaleza y finalidad de la institución misma de la revisión de oficio. De ahí la perplejidad que provocan algunos preceptos o referencias y la variedad de interpretaciones que se han ofrecido hasta ahora.

En el fondo, lo que late es una notable confusión entre la revisión de oficio y el sistema de impugnación de los actos administrativos como remedios frente a las ilegalidades. Claro está que esta confusión no la ha inventado el legislador de la nada. Al contrario, se ha visto inducida por aquella interpretación del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo que configuraba la revisión de los actos nulos como una verdadera acción de nulidad (lógicamente también y prin-

cialmente contra actos desfavorables), lo que en la práctica equivalía a utilizarla como una alternativa a los recursos administrativos, con la posibilidad incluso de reabrir en última instancia el plazo para instar el recurso contencioso-administrativo contra actos supuestamente nulos y no revisados. Por eso la Exposición de Motivos de la Ley se refiere a la revisión de oficio como un «verdadero procedimiento de nulidad», que pretende reforzar, según dice con notoria exageración, «recogiendo la unanimidad de la doctrina jurisprudencial y científica». Lo que pasa es que el legislador ha deducido ahora todas las consecuencias de esta idea, hasta el punto de que, con toda probabilidad inadvertidamente, ha venido a disminuir las garantías de los particulares en vez de a aumentarlas. Y, sobre todo, ha venido a desnaturalizar por completo la figura.

A mi juicio, éste es uno de los aspectos de la Ley que sería necesario reformar a fondo. Pero para eso habría que volver a dotar a la revisión de oficio de su carácter propio. Este no es en ningún caso el de una acción de nulidad en manos del particular interesado o una especie de recurso administrativo especial y sin plazo. La revisión de oficio, como su propio nombre indica, no es sino un remedio excepcional en manos de la propia Administración, frente a actos notoriamente ilegales y que causen perjuicio al interés público, un perjuicio tan grave que justifique una decisión unilateral de la Administración contra sus propios actos, inclusive si se trata de actos favorables.

De esta manera, se podría entender que el procedimiento de revisión de oficio, que comporta una serie de garantías, entre ellas la intervención vinculante extraordinaria del Consejo de Estado (u órgano consultivo autonómico), se instituye sólo para el caso de actos favorables, por lo que dicho procedimiento no es utilizable contra los de gravamen. Se podría entender también que, puesto que se trata sólo de tutelar el interés general, la solicitud de revisión de oficio (por terceros) no puede tener otro valor que el de la mera denuncia y no puede colocar al solicitante en una situación jurídica similar a la de un recurrente. Se debería comprender, por tanto, que quienes quieran impugnar un acto administrativo, tanto si es desfavorable como favorable, deben hacerlo a través de los re-

cursos y en los plazos previstos para ello. Y, en definitiva, se debería concluir que lo que las garantías individuales exigen no es reforzar las potestades de revisión de oficio, como el legislador ha pretendido, sino justamente limitarlas, reduciéndolas a sus justos términos y apurando las garantías para el beneficiario del acto revisable (y para el interés general).

6. TERMINACIÓN CONVENCIONAL

Pero, como he dicho al principio, no es mi propósito cebarme en los defectos de la Ley, tarea a la que ya se han dedicado muchas páginas (y no todas ecuanímenes), sino intentar extraer consecuencias positivas de su articulado, es decir, ideas e interpretaciones que permitan desarrollar en positivo nuestro Derecho administrativo. Por eso voy a dedicar mayor atención a uno de los preceptos que, desde mi punto de vista (y el de otros), pueden tener ese efecto. Me refiero al artículo 88, que regula la denominada «terminación convencional».

Tampoco este precepto es un dechado de perfección y claridad. Ni siquiera contiene una norma de aplicación inmediata y directa, puesto que se remite a lo que, más en concreto, «en cada caso prevea la disposición que lo regule». Pero tiene la virtualidad de abrir y de estimular la regulación de fórmulas de acuerdo entre la Administración y los interesados para la resolución de asuntos que hasta la fecha, al menos formalmente, han requerido de actos administrativos unilaterales. De esta manera nuestro ordenamiento se adapta a una tendencia que cada vez gana más adeptos y que responde a una demanda social extendida, esto es, la conveniencia de contar en muchas áreas (aunque no en todas) con una Administración más dialogante, más abierta a las propuestas del ciudadano, menos autoritaria y más flexible en sus formas de actuación. Por eso, la referencia a la terminación convencional constituye una de las novedades más interesantes de la Ley 30/1992 y, en efecto, es de las que mayor interés teórico y práctico están suscitando.

También el estudio en profundidad de la terminación convencional y sobre todo de las expectativas que abre su previ-

sión en la Ley reguladora del procedimiento común nos llevaría demasiado lejos. Por eso debemos prescindir aquí de toda alusión a los precedentes de Derecho comparado, incluso a los más próximos, que se encuentran en los artículos 54 y siguientes de la Ley federal alemana de Procedimiento Administrativo de 1976 y en el artículo 11 de la Ley italiana sobre «nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos» de 1990. También debemos prescindir de los escasos antecedentes previstos en nuestro ordenamiento, en particular los convenios expropiatorios (art. 24 de la LEC), o propios de nuestra práctica administrativa no formalizada (y que a partir de ahora podrían también tener su regulación específica en el marco de las normas sobre el procedimiento común), como son, por antonomasia, los convenios urbanísticos. Por lo demás, tampoco procede realizar especulaciones sobre los múltiples campos de la actividad administrativa en que este instrumento puede ser útil ni previsiones acerca de un eventual desarrollo. Basta decir al respecto que este desarrollo puede ser tan extenso como variado, pues la posibilidad de regular supuestos concretos de terminación convencional se ofrece no sólo al legislador estatal y a los legisladores autonómicos en el ámbito de sus respectivas competencias, sino también a los titulares de la potestad reglamentaria, en la medida en que puedan regular especialidades de procedimiento sin infringir las leyes (piénsese, por ejemplo, en los entes locales). Pero sí conviene apuntar, al menos, algunas ideas sobre el significado, los límites y las modalidades que la figura puede adoptar.

Está claro que la terminación convencional es un instrumento destinado a la mejor y más rápida satisfacción del interés público y no una vía para relajar el cumplimiento de la legalidad. Como otras novedades que el moderno Derecho administrativo aporta, su finalidad entronca con el principio de eficacia (y en este caso también con el de participación), que es parámetro esencial de la Administración de nuestros días. Pero, como es obvio, la eficacia administrativa no puede predicarse contra o al margen del derecho, sino en el marco de la legalidad. De ahí que el artículo 88 de la Ley 30/1992 disponga que los acuerdos, pactos, convenios y contratos que en-

globala bajo el título de terminación convencional no pueden ser nunca contrarios al ordenamiento jurídico, ni pueden versar sobre materias no susceptibles de transacción, ni pueden alterar las competencias de los órganos administrativos ni las responsabilidades de las autoridades y funcionarios y que, en fin, deben tener por objeto satisfacer el interés público que tengan encomendado las Administraciones que los utilizan.

Ahora bien, sucede que no toda la actividad administrativa está rigurosamente predeterminada por las normas jurídicas ni la función de gobernar o administrar consiste en una pura operación de aplicación del derecho, sino que dentro del marco de la legalidad caben diferentes opciones y actuaciones, que pueden englobarse en el concepto general de discrecionalidad. Pues bien, es en el ámbito de la discrecionalidad, de cualquier tipo que sea, política, técnica, de mera oportunidad o de gestión, de iniciativa..., donde la habitual decisión unilateral de la Administración puede ser sustituida por un procedimiento negociado y, en su caso, por una decisión bilateral.

Pero, de acuerdo con lo que dispongan las normas que en cada caso los regulen, habrá que distinguir entre unos y otros supuestos de terminación convencional. Por hacer un rápido sumario, será necesario distinguir una serie de modalidades que caben en el enunciado del artículo 88:

a) La firma de acuerdos o pactos formalizados como tales que ponen fin a un procedimiento y que sustituyen a la decisión unilateral o acto administrativo. En tales casos (por ejemplo, el acuerdo amigable que sustituye a la expropiación) nos encontramos ante una figura de naturaleza contractual.

b) La adopción de acuerdos sobre el contenido que un acto administrativo o parte del mismo debe tener (por ejemplo, el acuerdo sobre la cuantía del justiprecio en el seno del procedimiento expropiatorio), en cuyo caso el régimen general aplicable será el de los actos administrativos, con las matizaciones necesarias, entre ellas las derivadas de la prohibición de ir contra los propios actos (sin perjuicio de las facultades administrativas de revisión de oficio).

c) La celebración de acuerdos o convenios que no ponen fin al procedimiento, sino que son preparatorios de una

decisión posterior (por ejemplo, un convenio urbanístico previo a una modificación del planeamiento), ya sean o no vinculantes para el órgano que, en definitiva, ha de aprobar la norma o acto al que el acuerdo se refiere.

d) Incluso aquellos acuerdos o pactos de mera tramitación, que puedan tener por finalidad acelerar el procedimiento o convenir sobre la forma, alcance o contenido de alguno de sus trámites (por ejemplo, la práctica o el resultado de una prueba).

Desde otro punto de vista, por razón de su contenido, los acuerdos de terminación convencional pueden dar respuesta a distintas finalidades. Sin ánimo de exhaustividad, señalaré algunos ejemplos:

a) Los que la doctrina alemana suele denominar acuerdos de transacción, que tienen por finalidad despejar una incertidumbre o resolver alguna diferencia. Por ejemplo, el acuerdo sobre la cuantía del justiprecio o sobre la de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 8 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, por cierto un acuerdo preparatorio y no vinculante).

b) Los que la propia doctrina alemana denomina acuerdos de intercambio o contraprestación, por los que la Administración y el interesado o interesados se obligan a prestaciones mutuas. Por ejemplo, los pactos surgidos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

c) Acuerdos modales, es decir, sobre la forma o modalidad de cumplir una obligación o ejercitar un derecho. Por ejemplo, el acuerdo para compensar los gastos de urbanización mediante la cesión de terrenos (art. 155.2 del Texto refundido de la Ley del Suelo), o el acuerdo para abonar la indemnización de responsabilidad mediante compensación en especie (art. 2.2 del Reglamento sobre los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial).

d) Los acuerdos que podríamos llamar «normativos», es decir, aquellos que tienen vocación de ser recogidos en el contenido de una norma jurídica. Por ejemplo, los convenios ur-

banísticos para la modificación o desarrollo del planeamiento, o los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva de los funcionarios públicos que deben ser aprobados luego por el Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las entidades locales (art. 35 de la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio).

e) Acuerdos de composición de intereses entre una pluralidad de sujetos afectados por un procedimiento. Un ejemplo se halla en el artículo 7 del Reglamento del procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre. Este precepto prevé la terminación convencional del procedimiento mediante un acuerdo relativo a la cuantía de las ayudas o subvenciones que merezca la conformidad del órgano instructor y de todos los solicitantes, por lo que parece estar pensando en un acuerdo multilateral para el reparto de los fondos destinados a un tipo de ayuda entre quienes reúnan las condiciones para percibirla.

Como acaba de verse, en la legislación estatal más reciente existen ya algunos ejemplos significativos y lo lógico es esperar que se multipliquen. De acuerdo con las normas que los regulen habrá que determinar entonces los límites concretos de cada supuesto de terminación convencional. Aunque ya se puede anticipar que son aplicables los límites generales que constituyen los principios generales del derecho y, en particular, los que derivan de los principios de igualdad, buena fe e imparcialidad administrativa. También es claro que los acuerdos de terminación convencional no pueden afectar a los derechos de terceros sin su consentimiento.

Como de otras de las novedades positivas que aporta la Ley 30/1992, está por ver el juego que va a dar la fórmula de la terminación convencional. Pues, aunque se contemple en numerosas normas jurídicas (y ésta parece ser la tendencia), exige un talante más dialogante y flexible de los gestores y funcionarios llamados a aplicarla, que conlleva un cierto cambio en los usos administrativos. Es sabido, sin embargo, que es

mucho más fácil modificar las normas jurídicas que los comportamientos burocráticos. El tiempo dirá.

III. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La última parte de esta Ponencia se dedica a la nueva regulación de los recursos administrativos, que he de abordar en sus aspectos esenciales.

Existe un acuerdo bastante generalizado en considerar esta parte de la Ley 30/1992 (y, más aún, todo el Título VII, relativo a la revisión de los actos en la vía administrativa) como la más desafortunada. Ello se explica, como ya he dicho al tratar de la revisión de oficio, porque aquí no nos encontramos ante simples errores técnicos, más o menos superables por la interpretación jurídica, o ante opciones discutibles, pero definidas. El problema del Título VII y, en particular, del régimen de los recursos es la desorientación que evidencia, ya que no está claro el propósito que ha guiado en este aspecto a los redactores de la Ley. Esa misma ausencia de una estrategia de reforma se vino a poner de relieve durante la tramitación del Proyecto en Las Cortes, dado que el propio grupo gubernativo presentó en esa sede un paquete de enmiendas que suponían un giro muy importante en relación con el texto aprobado por el Gobierno. En concreto y por ceñirnos a lo fundamental, ese cambio de rumbo consistió en suprimir el antiguo recurso de reposición, reduciendo prácticamente el recurso ordinario a la anterior alzada, aunque con los matices que cabe deducir del muy flexible artículo 109 de la Ley.

Por hacer algún tipo de conjetura sobre el sentido de la reforma, da la impresión que el legislador se ha movido en esta materia entre su sentimiento general de respeto por el texto de 1958 y la influencia opuesta de la doctrina más prestigiosa, es decir, de quienes han venido considerando la figura misma de los recursos administrativos sobre todo como un obstáculo para el acceso a la tutela judicial. Si a ello se une

la idea que en la propia Administración del Estado se tiene acerca de la práctica inutilidad del recurso de reposición, confirmada por un trabajo de campo elaborado durante la preparación de la Ley 30/1992, puede empezar a entenderse el resultado ⁵.

En mi opinión, seguramente en esta materia más que en ninguna otra hubiera sido necesaria una profunda reflexión antes de abordar la reforma legal. Tanto más profunda, sosegada y abierta al debate por cuanto la institución de las vías previas a la tutela judicial es una de aquellas sobre las que se centra el proceso de actualización del Derecho administrativo que está hoy en marcha en el Derecho comparado. Una actualización que viene inducida por la evolución hacia un Derecho administrativo de masas que se ha producido en los últimos decenios y que obliga a buscar modos de resolver los litigios entre la Administración y ciudadanos que no se reduzcan al proceso judicial. Ultimamente incluso el Consejo de Estado francés se ha sumado a esta tendencia reformadora, propugnando a través de un interesante Informe la necesidad de «resolver de otra manera los conflictos» entre Administración y ciudadanos ⁶. Entre estas otras formas se apunta la revitalización del recurso administrativo previo, junto a la creación de procedimientos de conciliación, mediación o transacción y arbitraje.

En efecto, como ya he tenido ocasión de escribir en otros lugares ⁷, los recursos administrativos no pueden contemplar-

⁵ Sobre las ideas de base de la reforma en este aspecto es muy revelador el trabajo de E. ABATI GARCIA-MANSO, «La revisión de los actos administrativos por las Administraciones Públicas en la LRJ-PAC» en el volumen colectivo *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, MAP, Madrid, 1993.

⁶ El citado Informe, aparecido en 1993, lleva precisamente por título *Régler autrement les conflicts: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*.

⁷ «Los recursos administrativos», en J. LEGUINA VILLA y M. SAN-CHEZ MORON (dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 321 y sigs., y antes en «Sobre la vía administrativa previa al recurso contencioso-administrativo», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ju-*

se ya única o prioritariamente como presupuesto de la vía judicial. Es necesario advertir el valor que en sí mismos pueden y deben tener como institución de garantía, tanto de los derechos e intereses individuales como de la legalidad objetiva. Así, por un lado, el recurso administrativo debe considerarse como un medio de impugnación de actuaciones administrativas de fácil acceso, rápido, ágil, poco costoso y efectivo. Para ello es necesario más que nada reforzar las unidades de recursos y dotarlas de suficiente independencia funcional frente a la Administración activa. Pero no se debe olvidar que los recursos pueden cumplir al mismo tiempo una función de autocontrol administrativo, lo que vale sobre todo para el control jerárquico de los órganos superiores sobre los inferiores o el cuasijerárquico de las Administraciones generales sobre los organismos autónomos (o sobre el ejercicio de competencias delegadas). Por último, un sistema de recursos administrativos que funcione eficazmente no puede dejar de ser también una manera de aliviar la sobrecarga de asuntos que hoy en día pesa sobre la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta última debería ocuparse más que nada de los asuntos de mayor entidad económica y de mayor enjundia jurídica, de los que requieren un esfuerzo de interpretación y de creación de doctrina jurisprudencial. En consecuencia, sin menoscabo del Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, los recursos administrativos deberían constituir la manera habitual de resolver esos miles y miles de conflictos de escasa importancia o de fácil solución que cada año se plantean en el ámbito del Derecho administrativo y que o no suelen llegar a los Tribunales o contribuyen decisiva e innecesariamente a saturarlos de trabajo.

Pienso que la regulación que la Ley 30/1992 ha hecho de los recursos administrativos debe valorarse en función de este tipo de criterios, pues son los que van a marcar el futuro del Derecho administrativo, en nuestro país como en otros. Pues bien, a la vista de lo expuesto, me referiré a tres de las opciones de la nueva Ley: la regulación del recurso ordinario, la supresión del recurso de reposición y la previsión de me-

jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 209 y sigs.

dios sustitutivos del recurso ordinario que se contempla en el artículo 107.2.

2. EL RECURSO ORDINARIO

La intención primera del legislador de unificar en una sola figura la anterior dualidad de recursos ordinarios no es objetable. Pero sobre el régimen del nuevo recurso ordinario la crítica doctrinal no se ha mostrado unánime.

Prescindiendo de los detalles, el reproche más importante que ha formulado una parte de la doctrina sigue siendo que no se configura como un recurso meramente facultativo. Para quienes participan de esta idea, el recurso ordinario es una carga para el ciudadano que desea obtener la tutela judicial y que debe esperar tres meses (y, en su caso, veinte días más si la desestimación es presunta) para acceder a los Tribunales y, si procede, obtener de ellos una tutela cautelar que la misma dilación que impone la obligación de agotar la vía previa podría frustrar. Pero para el legislador ha pesado más la tradición, similar por cierto a la de otros sistemas foráneos, entre ellos el alemán. Una tradición que no carece de justificación razonable, como el Tribunal Constitucional ha venido indirectamente a declarar ⁸. Es más, una vez reducido el recurso ordinario, salvo excepción, a un remedio de tipo jerárquico o cuasijerárquico, la función de autocontrol administrativo que este medio impugnatorio permite resalta más claramente. Por otra parte, el recurso previo obligatorio sigue cumpliendo una finalidad preventiva frente a la utilización exagerada de la vía judicial. No es exacto, a este respecto, decir que la misma función cumpliría si fuese potestativo, ya que es muchas veces la resolución del recurso previo y su motivación lo que desanima al recurrente que carece de razón, tal como demuestran algunas experiencias. De ahí que también el Consejo de Estado francés se haya planteado la conveniencia de generalizar en el país vecino el recurso obligatorio previo, posibilidad que finalmente ha descartado, pero más que nada por la falta de

⁸ Véase la STC 60/1989, de 16 de marzo, cuya doctrina está directamente referida a las reclamaciones administrativas.

tradición administrativa en ese país y por las dificultades que conllevaría para la Administración organizar el sistema.

Por otra parte, desde la perspectiva del ciudadano, una espera de tres meses para acceder a la ansiada vía judicial a cambio de la posibilidad, por limitada que sea, de obtener satisfacción sin recurrir a ella, no puede decirse que sea una carga excesiva. Pero es que, además, esa carga ya no existe en muchos casos, de acuerdo con la nueva Ley y con otras normas en vigor. No existe cuando lo que se recurren son disposiciones reglamentarias o actos que ponen fin a la vía administrativa. Y procede observar a este último respecto cómo la lista de estos actos se va ampliando al amparo de lo dispuesto en el artículo 109.d) de la Ley. Por ejemplo, el reciente Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas dispone en su artículo 6.7 que las resoluciones que ponen fin a este tipo de procedimientos agotan la vía administrativa, salvo que una norma establezca lo contrario. Tampoco existe la obligación de interponer recurso administrativo previo cuando se trata de defender derechos fundamentales a través del procedimiento judicial especial de la Ley 62/1978, que, en teoría, son los casos en que más justificado está el acceso directo e inmediato a la tutela judicial, con efectos suspensivos del acto recurrido. Y si lo que preocupa es, sobre todo, la posibilidad de que la Administración ejecute su resolución antes de haber podido solicitar siquiera la tutela cautelar, también hay que tener en cuenta que hay otros casos en que la interposición del recurso administrativo previo produce el efecto suspensivo deseado. Así es, desde hace tiempo, en el caso de las reclamaciones económico-administrativas, previa presentación del correspondiente aval, y ahora también en el caso de las sanciones administrativas que, por disposición del artículo 138.3 de la Ley 30/1992, no son ejecutivas hasta que no ponen fin a la vía administrativa. Es decir, en realidad algunos de los actos de gravamen más característicos y numerosos, los tributarios y los sancionadores, ya carecen de fuerza ejecutiva mientras se tramitan los correspondientes recursos o reclamaciones en la vía administrativa.

No obstante lo cual, el régimen del recurso ordinario es mejorable conservando su esencia. Por ejemplo, podría ha-

berse dotado de carácter suspensivo al recurso en general, salvo excepción justificada en la defensa de los intereses públicos o en los derechos y legítimos intereses de terceros (aunque las reglas del art. 111 de la nueva Ley ya suponen alguna mejoría, al menos en el plano normativo, sobre la situación anterior). También podría haberse aclarado que el acto presunto en vía de recurso se produce automáticamente por el transcurso del plazo para recurrir, sin necesidad de solicitar la certificación de acto presunto (aunque quizá se llegue a esta misma solución a través de la interpretación jurisprudencial del último inciso del art. 117, como algunos propugnan). En fin, parece acertado haber dispuesto los efectos positivos del silencio en vía de recurso contra un acto presunto desestimatorio, aunque, para reforzar el deber de resolución expresa de los recursos, se podían haber arbitrado también otras medidas, en particular de tipo sancionador, contra la autoridad o funcionario responsable. Con todo, este aspecto de la Ley 30/1992 no me parece el más criticable. Pero con la Ley no basta, sino que es necesario un cambio de actitud en muchas Administraciones para que el recurso ordinario constituya el instrumento fundamental de garantía que hoy se necesita.

3. LA SUPRESIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Este sí es el aspecto más criticable y criticado. Tanto que la mera remisión a la opinión casi unánime de la doctrina y de los operadores jurídicos (ahora también el Defensor del Pueblo), aparte de a la mía propia, ya expuesta con anterioridad, me ahorra el comentario. En este caso, teniendo en cuenta los distintos factores en presencia, incluido el dato estadístico del escaso porcentaje de recursos de reposición que se estiman en la Administración del Estado, la solución más lógica hubiera sido otorgar carácter potestativo al recurso, pues en muchos casos será la única garantía real y no sólo teórica en manos del ciudadano para impugnar los actos administrativos que agotan la vía administrativa. Actos que son muy numerosos en algunas Administraciones, en particular la local, advertencia esta última que parece haber escapado a la atención del legislador.

En la práctica, a la perplejidad inicial ha seguido en muchas Administraciones un amplio interés por buscar soluciones al entuerto, ya sea considerado que el recurso de reposición está vigente durante el período transitorio de la Ley, ya, como parece más adecuado, desconcentrando competencias en órganos inferiores para abrir la vía del recurso ordinario. Incluso el artículo 10 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora parece sugerir la desconcentración, particularmente en la Administración local. Este tipo de medidas puede estar mitigando de alguna manera los efectos nocivos de la Ley 30/1992. Pero si hay un aspecto de esta Ley que merece una reforma prioritaria y urgente es, sin duda, éste. Confíemos en que la reforma no se demore.

De otra parte, también debe comentarse desfavorablemente la obligación impuesta por el artículo 110.3 de la Ley de comunicar a la Administración la interposición del recurso contencioso-administrativo. Esta obligación no tiene verdadero alcance como remedio de la desaparecida reposición, que parece ser la intención del legislador al introducirla. También es perfectamente inútil desde la perspectiva procesal y constituye, en fin, una molestia innecesaria para el recurrente. Igualmente convendría suprimirla en una próxima reforma.

4. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS AL RECURSO ORDINARIO: CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN, ARBITRAJE Y RECLAMACIONES ANTE COMISIONES NO SOMETIDAS A INSTRUCCIONES JERÁRQUICAS

Quiero acabar mi intervención aludiendo a un precepto que, a mi juicio, presenta un gran interés para el futuro de nuestro Derecho administrativo. Me refiero al artículo 107.2, que prevé la sustitución mediante ley del recurso ordinario en ámbitos y supuestos determinados por procedimientos de impugnación ante comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje.

También aquí he de prescindir de un análisis de detalle del precepto (que ya he expuesto en otra sede) en aras de la

brevedad. Por lo demás, el artículo 107.2 tampoco crea *per se* ningún procedimiento. Es más bien una de las «aperturas» que realiza en la vía de la reforma, pues habilita al legislador autonómico y estimula al propio legislador sectorial del Estado. De hecho, por lo que se me alcanza a saber, el precepto ha despertado un gran interés teórico en la doctrina del Derecho público y en distintas ramas de diferentes Administraciones y existen ya algunos borradores o anteproyectos de leyes para su aplicación.

Además, se inscribe en un movimiento general de reforma de los medios para la resolución de conflictos entre los ciudadanos y la Administración que recientemente ha surgido en algunos Estados desarrollados. Así, aunque los precedentes haya que buscarlos más atrás (quizá en la fórmula británica de los *administrative tribunals*, aparte otras experiencias más concretas), cabe recordar ahora la *Administrative Dispute Resolution Act* norteamericana de 1990, que regula y fomenta los procedimientos de mediación, conciliación y arbitraje en el ámbito administrativo, y las propuestas en buena parte coincidentes del Consejo de Estado francés en su citado informe *Régler autrement les conflits*, además de algunas previsiones semejantes en la más moderna legislación italiana (me refiero ahora al Comité permanente para la aplicación de la carta de los Servicios Públicos, aprobada como directiva gubernativa con fecha 27 de enero de 1994).

El interés de todos estos medios alternativos de resolución de conflictos reside en la posibilidad de reducir el coste y el tiempo con que actualmente se resuelven por las vías tradicionales. Pero está claro que siempre queda a salvo el derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva. Es más, en nuestro caso, la Ley 30/1992 ha regulado esos otros procedimientos como una alternativa al recurso administrativo previo y no como una alternativa al proceso judicial. Quiere decirse, por tanto, que, salvo que otra Ley del Estado disponga lo contrario, contra la resolución de los procedimientos de mediación, conciliación, arbitraje y de los recursos o reclamaciones ante comisiones «independientes», siempre podrá interponerse recurso contencioso-administrativo sin ninguna limitación. Lo ideal sería que el buen funcionamiento de estos me-

dios alternativos evitara la iniciación de muchos procesos.

Pero en este terreno está todo por hacer, pues aunque existen algunos precedentes, en particular el de las reclamaciones económico-administrativas, que se dilucidan ante órganos funcionalmente independientes de la Administración activa, y algunas normas recientes se refieren ya a procedimientos de mediación (así, el art. 38 de la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas), las experiencias podrían multiplicarse. Será necesario, sin embargo, regular por normas sectoriales o, en su caso, generales, aspectos tales como la composición de los órganos de resolución, conciliación o arbitraje, las características que sus miembros deben reunir en garantía de su independencia, las facultades del árbitro o mediador y sus límites, los efectos del acuerdo de conciliación o mediación y del laudo arbitral y, en particular, su ejecutividad, etc. Obvio es decir que las soluciones pueden ser muy distintas en cada caso. De todas formas, sí quiero apuntar en este momento las posibilidades de intervención que estos nuevos instrumentos abren a algunas instituciones, y muy en particular al Defensor del Pueblo. Al igual que ya sucede con algunos comisionados parlamentarios autonómicos, que tienen reconocida esta función en sus leyes reguladoras, el Defensor del Pueblo podría desempeñar regularmente funciones de mediación y conciliación, sobre todo en conflictos que afecten a una pluralidad de personas.

El desarrollo de nuestro sistema de Derecho administrativo, como está sucediendo con el de otros, va a pasar tarde o temprano muy probablemente por estas fórmulas. Pero hay que ser conscientes de que su implantación efectiva exige un cierto cambio de mentalidad, en la sociedad y en las instituciones. Y, especialmente, requiere contar con una Administración diferente, más preparada, más ágil y dialogante y menos rutinaria. Algo que no se hace de la noche a la mañana. En este proceso, la Ley 30/1992, con todos sus defectos e imperfecciones y no obstante la inseguridad que ha generado en otros aspectos, constituye un primer paso hacia el futuro. Por eso, a mi juicio, la solución a los problemas preexistentes y a los que la propia Ley ha generado no pasa por la derogación en bloque de dicha Ley ni por el retorno al pasado, sino por enmendar los errores y desarrollar los aciertos, en una estrategia de reforma que mire más al siglo XXI que a 1958.

COLOQUIO

D.^a MARGARITA RETUERTO BUADES
(Defensora del Pueblo en funciones)

Muchísimas gracias por esa intervención que nos ha resultado tan interesante y que ha abordado tantos capítulos de tantos aspectos de la actividad cotidiana del Defensor del Pueblo, o sobre la que está actuando la institución.

Respecto a este último punto, la posibilidad de mediación de arbitraje del Defensor, creo que era uno de los aspectos que perfilé como punto de conclusión final ayer en la intervención que hice. Consciente de que fue una de las recomendaciones expresas resultado de las «Primeras Jornadas sobre Diez Años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas».

Si hemos dicho que el Defensor del Pueblo es hoy una institución plenamente consolidada, que se sabe adaptar a las realidades cambiantes de la sociedad española, también es cierto que se sabrá adaptar a las realidades de un Derecho administrativo que exige agilidad, presteza y estar atento a las necesidades de los ciudadanos. Creo que esa labor sí la podrá hacer el Defensor del Pueblo de cara al futuro, y me alegro de que se reconozca así y se nos incite así por parte, en este momento, de esta ponencia y el ponente.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

D. Federico Castillo, primero.

D. FEDERICO CASTILLO BLANCO

*(Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Granada)*

Me parece de justicia felicitar al profesor Sánchez Morón en las reflexiones que en torno a la Ley 30/1992 ha realizado y manifestarle, asimismo, que comparto muchas de ellas.

En efecto, junto a resaltar, como estimo que está sucediendo con carácter general en el análisis de la Ley, las lagunas, las imperfecciones técnicas, la ausencia de un modelo claro que oriente la dicción de dicha norma e, incluso, que tal vez la propia norma sea superflua y que hubiese bastado con una reforma de la anterior normativa legal; junto a ello, digo, también es necesario que, por parte de los operadores jurídicos usuales de la misma: profesores, abogados, jueces, funcionarios superiores de las entidades públicas, etc., se realice una labor constructiva a fin de hacer viable y posible esta Ley en el ordenamiento jurídico, dada la complejidad que, en relación al régimen jurídico de las Administraciones públicas y de sus formas de actuación, ha introducido el legislador con la misma.

Mi reflexión, por tanto, se realiza desde esa perspectiva y justo en un tema, la revisión de oficio, en que la norma legal ha estado poco afortunada y, por ello, en que es preciso proponer fórmulas que ayuden a situar a las instituciones jurídicas en su verdadero contexto y en el marco jurídico —y el nuestro no es otro, cada día más, que el de los países comunitarios— que le es propio.

Realizada esta aclaración, a mi juicio me parece tan grave, o incluso más, que el grado de vinculación para las autoridades públicas del dictamen del órgano consultivo correspondiente, el problema que puede plantear, en términos de

seguridad jurídica, la ausencia de un plazo para poder llevar a cabo la revisión de oficio. En una sola idea, la Ley 30/1992 ha dejado, de alguna forma, abierto un plazo indefinido de tiempo —o con un amplio período en otros casos— para poder llevar a cabo una revisión de las situaciones jurídicas, en principio consolidadas, que afectan a los ciudadanos, es decir, la norma ha venido a consagrar una suerte de inestabilidad en las situaciones jurídicas nacidas de actos de los poderes públicos. Esto a mí, sencillamente, me parece sumamente grave y, lo que es peor, consolida una cierta inseguridad respecto de la actuación de los poderes públicos que no es admisible en un Estado de Derecho.

Especialmente significativa es esta idea si pensamos en que el tráfico jurídico y, por supuesto, el económico-financiero se basan en eso precisamente: en la confianza, en la seguridad... Por ejemplo, si analizamos sin más los movimientos de vaivén de la Bolsa, o de la paridad de las monedas, detectamos que cuando acontecen causas de «intranquilidad» en el mercado económico-financiero dichas instituciones se resienten y entran en una cierta inestabilidad perjudicial, sin duda, para todo el mercado económico-financiero. Dicho ejemplo, aun cuando se inserte en el campo de los movimientos financieros, permite concluir la necesidad de seguridad que el tráfico económico y, por ello, el jurídico que lo sustenta, requieren para su normal desenvolvimiento. En nuestro caso, pues, la consecuencia es clara: ni para un Estado de Derecho, ni para el sistema de Economía de Mercado, con sus ventajas o inconvenientes, parece adecuado dar carta de naturaleza a la posibilidad de consagrar instituciones que coadyuven a la inestabilidad de las distintas situaciones jurídicas sin los necesarios límites que hagan que su aplicación sea razonable. Si esto le es exigible a los operadores privados (y así lo vemos reflejado en las instituciones jurídico-privadas), aún más lo será a los entes públicos. El propio profesor García de Enterría ha aventurado, con éste y otros argumentos, la posible inconstitucionalidad de los preceptos referidos a ésta.

Al respecto, creo que ayuda al debate situar a la revisión de oficio en su propio ámbito, en su verdadera naturaleza, que no es, como ha destacado el ponente, la de servir como

un recurso más a disposición del ciudadano para hacer valer sus pretensiones frente a la actuación del poder público. Desde este punto de vista distinto, pues, al que finalmente parece dejar traslucir el texto legal en su regulación, puede ayudar, yo estimo que de forma decisiva, el Derecho comunitario y, más en concreto, los principios que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han elaborado en relación a la revocación de los actos dictados, tanto en ejecución directa como en la ejecución indirecta de éste. No puede olvidarse, y en este punto hay que recordar la influencia creciente del Derecho comunitario sobre el Derecho interno (Rivero, Schwarze, Muñoz Machado, Alonso García...), que necesariamente ha de atenderse al contexto jurídico en que nos movemos.

En este aspecto, y ya lo mencionó anteriormente el profesor Ortega Alvarez, es significativa la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al principio de protección de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*) que, como sin duda conoce el ponente, ha impuesto la necesidad, precisamente por los razonamientos que hacíamos al principio, de que la revocación de actos administrativos se realice en un «plazo razonable». Es precisamente en este contexto como, a mi juicio, se ha de entender el artículo 106 de dicha Ley al contemplar los límites que presiden la puesta en marcha de esos mecanismos excepcionales para revisar las situaciones jurídicas y reinterpretar, desde este punto de vista, la regulación contenida en la Ley 30/1992, sobre la revisión de oficio de los actos administrativos.

Precisamente, desde esta perspectiva, como mecanismo excepcional, de no aplicación generalizada, en la que prime el Derecho y la equidad sobre otro tipo de consideraciones —de ahí la importancia del Dictamen vinculante del órgano consultivo correspondiente—, es como podría recobrar la revisión de oficio su carácter y verdadera naturaleza.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON
(*Ponente*)

Yo estoy totalmente de acuerdo. Es verdad que esta Ley, en muchos aspectos y en concreto en éste, puede crear —tam-

bién se señala en la ponencia del Defensor del Pueblo— problemas importantes de seguridad jurídica.

Sin embargo, también creo que a los juristas de todo tipo nos corresponde contribuir a que estos problemas de seguridad jurídica no se produzcan, o se produzcan en la menor medida posible. Y a este respecto, yo sí quiero subrayar la importancia que en el contexto de la Ley debe tener lo que dispone el artículo 106. No es un artículo novedoso, salvo alguna mención. Ya estaba en la Ley de Procedimiento de 1958. Pero habida cuenta de la amplitud que hoy en día tienen los supuestos de nulidad de pleno derecho y, por consiguiente, las posibilidades de revisión de oficio de estos actos nulos, que indirectamente se han visto ampliadas, será muy necesario aplicar, y aplicar incluso con rigor, estas salvedades, estos límites, estas condiciones, que a la revisión de oficio impone el artículo 106. La apelación a los principios de equidad, o de buena fe, al derecho de los particulares, etc., es también coherente con la apelación a ese principio de la confianza legítima que se deduce del Derecho comunitario, y que nuestra propia jurisprudencia ya ha recogido. En este sentido, me parece necesario destacar la importancia que contextualmente tiene hoy en día el artículo 106.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

D. Manuel Aznar.

D. MANUEL AZNAR LOPEZ

(Asesor responsable del Área de Sanidad, Seguridad Social y Trabajo del Defensor del Pueblo)

Primero, tengo que felicitar al profesor Sánchez Morón porque a mí me ha parecido una ponencia que tiene, entre otros, el mérito de pronunciarse sobre algunos temas que son polémicos y eso tiene un gran mérito. Es decir, no navega entre dos aguas, sino que se pronuncia y eso es un riesgo y un mérito, obviamente añadido a los valores académicos y doctrinales de la ponencia.

Por tanto, estoy de acuerdo en la inmensa mayoría de lo que dice, pero en un punto siento discrepar, en principio, tanto del profesor Sánchez Morón como del profesor Castillo. A mí me parece que se utiliza una idea restrictiva del caso de la vía de revisión de oficio, con la que, incluso, puedo estar absolutamente de acuerdo, de la primera a la última palabra, siempre que se trate de actos favorables, de la revisión de oficio de actos favorables. Pero en lo que ya no puedo estar de acuerdo y espero argumentar ahora por qué, es respecto de los actos de gravamen o de los actos desfavorables.

Claro, tengo que resistir un poco porque, aplicando esta idea tan restrictiva, se destruye la mitad del trabajo que hago en el Defensor del Pueblo, entonces me tengo que defender, tengo que defender mi puesto de trabajo, entre otras cosas. Yo tengo que hacer una confesión aquí, y es que utilizo profusamente, no sé si atreverme a decir que a diario, pero sí utilizo profusamente, las sugerencias y recomendaciones del Defensor del Pueblo, para decirle a la Administración que haga uso de sus facultades de revisión de oficio de actos, porque quizá no tenga otro remedio alternativo. Hay que pensar que cuando un señor llega al Defensor del Pueblo su problema puede estar, si se coge la secuencia del procedimiento, en diversos momentos: puede haber agotado ya todo el procedimiento y la vía judicial y su problema puede ser que una sentencia no se ejecuta por la Administración; puede, incluso, venir al principio, cuando ha empezado el procedimiento; y porque la Administración no resuelve, etc.; pero puede también que venga y de hecho pasa en muchos casos, cuando se ha acabado el procedimiento, se han agotado las vías de recurso, etc. y resulta que antes de ir a la vía judicial, o porque no quiere ir a la vía judicial, llega al Defensor del Pueblo. Entonces se pide informe a la Administración, la Administración manda el informe, lo estudias y dices: «Bueno, la Administración se ha columpiado aquí realmente. Se ha equivocado, este señor tiene toda la razón.»

Yo soy funcionario y estoy de acuerdo con el profesor Parejo, y me uno a la defensa de la Administración, aunque sólo sea por intereses egoístas. Pero, claro, también conozco cómo es la Administración, y sé perfectamente que hay muchos fun-

cionarios que están tramitando un expediente, va allí a protestar el administrado porque no está de acuerdo con la resolución y tenga o no razón, le dice: «recurra usted a los Tribunales.» Esa es la respuesta. Desgraciadamente, esto pasa mucho. «Recurra usted a los Tribunales.»

Así pues, puede haber, efectivamente, gente que tenga ansia —como se dice en la ponencia— o que quiera ir a los Tribunales, pero yo creo personalmente que en este momento, dada la situación, sobre todo de algunas jurisdicciones, ir a los Tribunales es un auténtico castigo, de modo que la gente lo que quiere es a toda costa no tener que acudir a los Tribunales, evidentemente. Y por eso, entre otras cosas, estoy de acuerdo con el recurso de reposición y volvería al sistema de doble recurso, aunque sea potestativo el recurso de reposición.

Desde ese punto de vista, como digo, los interesados acuden cuando ya han transcurrido los plazos, aunque no de modo tan exagerado como un señor que había tenido un accidente de trabajo en el año 1923, y hace un par de años se dirigió al Defensor del Pueblo diciendo que tuvo ese accidente cuando tenía quince años y que qué pasaba con su indemnización. Aquí hubo que aplicar la Ley de Accidentes de Trabajo del año 1922 y decirle que al año había prescrito su derecho. Pero suelen acudir dentro de un plazo razonable.

Entonces, me hago una serie de reflexiones, una serie de preguntas en voz alta. En ese sentido, partiría del análisis de lo que son los interesados en la realidad, y parafraseando aquella sentencia de que «todos somos iguales, pero algunos son más iguales que otros», yo diría que, efectivamente, todos los ciudadanos pueden ser interesados, pero hay unos interesados que son más interesados que otros. Es decir, una cosa es un gran Banco, una gran empresa, que tiene un equipo de juristas y que puede perfectamente cumplir todos los plazos, y otra cosa me parece —y yo estoy en un área que tiene clientes abundantes de este tipo— que un señor que está con el arado romano, o con el tractor y que de repente recibe en su pueblo una resolución y comienza por no entenderla, y que le dice que puede presentar un recurso ordinario, de alzada, o de reposición. Puedo poner el ejemplo de Fortunato.

Fortunato era el sacristán de un pueblo de Aragón, al que le dan de alta de repente en el régimen especial agrario, y el hombre tiene dos pequeños huertos que le sirven para autoconsumo y se pregunta que por qué le dan de alta. Recurre allá a finales de los años setenta y le dan de baja, pero la Administración no cursa la baja y como la maquinaria sigue, al final Fortunato se encuentra con un proceso ejecutivo y con que le embargan su casa, la ejecutan; como no hay subasteros en aquel pueblo, se hace un familiar de Fortunato, por 19.000 pesetas, con la casa. Es decir, ha conseguido lo que todos queremos, tener una casa a un precio razonable. Y Fortunato se queda sin casa por un error de la Administración y nos escribe. Entonces, a ver qué se hace.

Este es un caso que se podría reconducir a la responsabilidad patrimonial de la Administración, porque yo creo que hay un daño individualizado, etc.; se cumplían quizá todos los requisitos. Pero ¿y si nos hubiera escrito antes que se hubiese llegado a ejecutar el bien? ¿No sería lógico que utilizásemos la vía de revisión de oficio?

Entonces, yo me sigo haciendo preguntas. Todos los juristas invocamos la seguridad jurídica, y tenemos pavor a la inseguridad. Esto es evidente. Pero, yo me pregunto: ¿no estamos sacralizando la seguridad jurídica? Y me sigo preguntando, de acuerdo con lo que se dice en la ponencia: ¿Es posible que las facultades de revisión de oficio estén conectadas con el interés general?, ¿pero realmente hay interés general mayor que el que la Administración actúe de acuerdo con la Constitución y con el ordenamiento jurídico? No hay una inseguridad jurídica mayor que la Administración actúe en desacuerdo con la Constitución y el ordenamiento jurídico.

Quiero decir con todo esto que la revisión de oficio debería conectarse con dos artículos del texto constitucional, que son el 9.1 y el 103. Es decir, el 9.1 que dice que la Administración y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Y el 103 que dice que la Administración debe actuar de acuerdo con las leyes y debe someter su actuación a las leyes y al Derecho.

Conociendo cómo es la Administración, a mí me parece que cuando se dice al interesado: «recurra usted a los Tribu-

nales», la revisión de oficio puede ser un remedio para evitar que la Administración, dado que en el recurso contencioso-administrativo se va a producir la resolución al cabo de no sé cuántos años, sacralice auténticas arbitrariedades, a veces. Porque es verdad que el artículo 24 proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, pero, dado lo que tarda, al final es una efectividad cuando menos diferida y cuando menos tardía.

Por otra parte, hay casos de escasa cuantía. Y aquí creo que es necesario evitar que el interesado llegue a la vía judicial. Un caso, en concreto, muy breve. A una persona le atienden en el Hospital de Guadalajara y el médico le hace un parte para que le trasladen en taxi a Madrid. Llega a Madrid y pide el reintegro de los gastos en la Dirección Provincial del Insalud. Le dicen que no le reintegran los gastos porque el parte expedido por el médico no tiene sello, no cumple ningún requisito. Pues bien, aquí la Administración se ha olvidado de que, conforme la Ley de Procedimiento Administrativo antigua, tiene que abrir un período de prueba para comprobar los datos, lo que no sucedió y, además, había pasado el plazo para interponer todos los recursos. Entonces, me parece que es un caso en el que no es razonable hacer ir a una persona al contencioso-administrativo para reclamar 5.000 pesetas que puede costar un taxi de Madrid a Guadalajara. Es decir, por razones de seguridad jurídica, usted se queda sin las 5.000 pesetas.

Incluso, si se me permite, diría más y con esto termino. Yo me pregunto si, dados estos dos preceptos constitucionales, no sólo se debe reconocer que la Administración tiene facultades de revisión de sus actos de oficio, sino que la Administración está obligada a revocar de oficio sus actos cuando no se ajusten a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Yo me pregunto si en realidad el artículo 105, en lugar de decir que las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos no declarativos de derechos, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico, debería decir que la Administración está obligada a revocar sus actos siempre que sean contrarios a la Constitución y al ordenamiento jurídico.

No sé si me paso y defiendo una tesis extrema. Sé que esto se podría resolver de otra manera, quizá con una modi-

ficación del régimen de recursos, en el cual se ampliasen los plazos; que se podría resolver aplicando, aunque no siempre esto es posible, la responsabilidad patrimonial, etc. Bueno, yo me pregunto esto y pido auxilio al profesor Sánchez Morón porque mi puesto de trabajo corre un grave riesgo porque a los ciudadanos que tienen algún problema, sobre todo los ciudadanos más débiles de esta sociedad, no les suele gustar, como en definitiva a nadie, salvo a alguna persona que fuera litigiosa, acudir a los Tribunales.

Nada más.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON

(Ponente)

Bueno, yo le puedo responder que, de lo que de mí depende (que es nada), su puesto de trabajo está totalmente asegurado. Y lo digo por lo siguiente. Lo que yo he querido decir no es que la Administración no deba utilizar sus potestades de revisión de oficio cuando se den supuestos de aquellos a los que usted ha aludido. No, lo único que he querido decir es que no se debería configurar la revisión de oficio, entendida como acción de nulidad, como una especie de recurso administrativo bis, o un medio impugnatorio indefinidamente abierto. Pero, naturalmente, para aquella persona que lo que quiere es acudir a un Tribunal de Justicia. ¿Se entiende bien?

Es decir, la potestad de revocación de actos desfavorables, que está reconocida en el artículo 105, con la única limitación —que me parece, por cierto, una limitación necesaria— de que no sea contraria al ordenamiento, debe poder utilizarse siempre. Y también puede utilizarse, típicamente, por la propia Administración, vía Defensor del Pueblo, por ejemplo (y es un medio oportuno y mucho más sencillo, y mucho más cómodo, y mucho más interesante para el particular que acudir a la vía judicial), para remediar este tipo de injusticias claras, manifiestas, notorias, que a la propia Administración le pueden parecer evidentes. Además, yo creo que la Administración muchas veces (no sé cuál será su experiencia) está dispuesta a utilizar sus potestades de revisión de oficio en estos casos.

Recuerdo, por ejemplo, que cuando se discutía sobre la entrada en vigor de esta Ley 30/1992 y todos los problemas que suscitaba, algunos responsables municipales, en alguna de las Conferencias o de las Jornadas a las que tuve ocasión de asistir, planteaban la posibilidad de sustituir el fenecido recurso de reposición con un uso generoso de las potestades de revisión o de revocación de los actos administrativos. Y es más, en algún Ayuntamiento incluso se planteó, que yo sepa, la posibilidad —no sé si llevaría al final a la práctica o no— de señalar en las notificaciones, cuando no hubiera recurso ordinario, que en todo caso existía esa posibilidad de revocación de oficio de acuerdo con el artículo 105 que el interesado podía solicitar.

No digo que este remedio sea efectivo o no, o sea el más adecuado. Lo que quiero decir ahora es que, para ese tipo de actos notoriamente ilegales, errores manifiestos, la propia Administración seguramente está muy dispuesta a utilizar esas facultades de revocación a solicitud del ciudadano, y más aún si esa solicitud se realiza por el medio de una institución como el Defensor del Pueblo.

En cambio sí que me preocupa, y también desde luego por razones de seguridad jurídica, pero no sólo que la revisión de oficio de actos desfavorables se utilice como una especie de recurso bis para, prescindiendo del principio de buena fe que también debe regir la actuación de los particulares en sus relaciones con la Administración, reabrir asuntos ya fenecidos por la negligencia del interesado.

Evidentemente, entre legalidad y seguridad jurídica, que son dos principios en buena medida contrapuestos, siempre hay que buscar un equilibrio y ese equilibrio no siempre es fácil de lograr, y las normas generales aplicadas a casos particulares a veces producen injusticias notorias, como todos sabemos. Pero entiendo que, en este supuesto concreto, sería necesario por razones de seguridad jurídica limitar esa interpretación de la revisión de oficio como una acción de nulidad a utilizar en cualquier momento sin ningún condicionamiento.

Entre otras cosas también (y ahora me acuerdo de lo que ayer hablábamos y decía el profesor Nieto) porque en muchí-

simas ocasiones los actos no son sólo favorables o desfavorables, sino que casi todos los actos favorables producen efectos desfavorables para otras personas y viceversa. Pensemos en el ejemplo de la licencia que se ha denegado para levantar una construcción ilegal, denegación que perjudica, desde luego, al que ha solicitado la licencia, pero que beneficia a lo mejor a todos sus convecinos. Casos como éste hay muchísimos, y entonces puede suceder que la posibilidad indefinidamente abierta de impugnar a través de la vía de la revisión de oficio, de la llamada acción de nulidad, la denegación de esa licencia puede beneficiar a una persona, pero indirectamente puede perjudicar, no sabe a cuánto tiempo vista, a otros muchos.

Esto es solamente lo que he querido decir, exclusivamente esto. No que la Administración deba autolimitarse en el ejercicio de sus potestades de revisión o revocación de actos desfavorables, y mucho menos cuando estos actos desfavorables o de gravamen son claramente ilegales. En ese caso, al contrario, lo que me parece es que la Administración debe ejercer sus potestades de revocación y que el Defensor del Pueblo debe estimular (y en este sentido me parece que su función está absolutamente justificada) el uso de las potestades de revisión, que seguramente la Administración en muchas ocasiones está dispuesta a ejercer.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

D. Carlos Luna.

D. CARLOS LUNA ABELLA
(Asesor del Area de Administración y Ordenación
del Territorio del Defensor del Pueblo)

En primer lugar, quiero agradecer al profesor Sánchez Morón su especial generosidad en la consideración de las funciones que puede llevar a cabo el Defensor del Pueblo.

Por otra parte quisiera incidir en dos temas. Uno es el de los recursos, y otro que no se ha tratado aquí y que me parece absolutamente capital.

Por lo que se refiere a los recursos creo, estamos casi todo el mundo de acuerdo, en que la supresión del recurso de reposición y el mantenimiento del sistema de recursos como vía obligatoria, no potestativa, es francamente reprochable. Pero, a mi juicio, la cuestión no está tanto en si el recurso es obligatorio o es potestativo.

Quizá hubiera sido bueno distinguir, como ocurre con las reclamaciones económico-administrativas, entre órganos de gestión de órganos de resolución de recursos.

En segundo lugar, otro tema que no se ha tratado aquí es el de la suspensión, el instituto de la suspensión. A mi juicio, el artículo 111, que regula el instituto de la suspensión, avanza muy poco sobre el antiguo artículo 116, porque sigue pivotando sobre los daños de imposible o difícil reparación y los supuestos de nulidad radical.

Creo que no es bueno que la suspensión se haya tratado esencialmente en sede de recursos. Habría que pensar si la suspensión debería tener un tratamiento sustantivo fuera del campo de los recursos administrativos, ése es un tema que la Ley no aborda suficientemente, y que en el Defensor del Pueblo nos ha planteado problemas.

Y en segundo lugar me parece deficitario el tratamiento de la suspensión, porque creo que el problema no está en la suspensión, sino en las medidas cautelares a las que tímidamente hace referencia el número 3 del artículo 111.

Destaco este tema porque precisamente ese déficit posibilita quizá una intervención del Defensor del Pueblo en temas que la Ley no prevé expresamente.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON

(Ponente)

Bueno, por empezar por lo último, la suspensión no solamente está prevista en el ámbito del recurso administrativo (art. 111), sino también en los procedimientos de revisión de oficio (art. 104). Eso es importante porque quizá los procedimientos de revisión de oficio puedan ser procedimientos más

dilatados en el tiempo que un procedimiento de recurso que tiene un plazo limitado de tres meses. Hay supuestos en que la suspensión en estos tres meses puede ser innecesaria. Como he dicho antes, hay supuestos en que sería conveniente, y a lo mejor hubiese sido bueno generalizar la regla de la suspensión de la eficacia hasta que el acto no es firme en la vía administrativa, como se hace en materia de sanciones. Por otra parte, también cabe una interpretación de la Ley en el sentido que usted ha expuesto, pues hay una alusión a las medidas provisionales en el procedimiento administrativo en el artículo 72. Son medidas provisionales para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, pero en la medida en que esa resolución podría ser favorable también a los interesados y a sus puntos de vista, a lo mejor por esa vía también se podrían adoptar otras medidas de naturaleza —vamos a llamarlo así— positiva en el ámbito del procedimiento, sin esperar a que la resolución esté adoptada definitivamente.

Yo creo, de todas formas, que el problema de la suspensión y de las medidas cautelares tiene mucha mayor relevancia una vez que la Administración ya se ha pronunciado definitivamente y, por tanto, en la vía de recurso judicial. Pero, en fin, aquí estamos hablando del procedimiento administrativo y de recursos administrativos, y abriríamos un campo mucho más amplio sobre el que habría seguramente mucho que decir. Yo, en ese sentido, les ruego que me permitan excusar mi opinión al respecto.

Respecto a la primera de las cuestiones se me ha olvidado exactamente lo que se preguntaba.

D. CARLOS LUNA ABELLA

(Asesor del Área de Administración y Ordenación Territorial del Defensor del Pueblo)

Decía que, más allá del carácter potestativo o no del recurso, cuestión importante pero no decisiva, si se quieren cumplir las finalidades que señala usted mismo en la ponencia, quizá hubiera sido más útil distinguir entre órganos de gestión y de resolución de recursos.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON*(Ponente)*

Totalmente de acuerdo con eso. Es más, yo creo que eso es lo que se podría considerar como una garantía organizativa necesaria. ¿En qué sentido? En el sentido de asegurar la efectividad del derecho al recurso administrativo, que no es un derecho constitucional, es un derecho legal, pero que también tiene que tener su efectividad. En la medida en que el órgano que resuelve los recursos es un órgano sometido a instrucciones jerárquicas, esa garantía no está suficientemente asegurada, o se puede entender que no lo está. En la medida en que es un órgano imparcial, no sometido a instrucciones jerárquicas, hay una garantía que el ordenamiento debería establecer. Ese es mi punto de vista, con un pequeño matiz simplemente. Se ha hecho referencia, como modelo, al de las reclamaciones económico-administrativas. Estoy de acuerdo con ese modelo en cuanto a los órganos, pero no necesariamente con el procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas, porque es un procedimiento a su vez extraordinariamente complicado, muy garantista, pero también demasiado formalista. Quizá para muchos recursos o muchas reclamaciones en otras materias sería mucho más conveniente establecer procedimientos más ágiles, más sencillos. Pero, desde el punto de vista orgánico, estoy de acuerdo con lo que se plantea.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ*(Moderador)*

D. Luis Ortega.

D. LUIS ORTEGA ALVAREZ*(Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha)*

Inciendiando en esta última parte y entrando en el papel del Defensor del Pueblo, estoy de acuerdo en el fondo, pero en

cuanto a la forma creo que habría que modificar la Ley, puesto que no encaja en el 107.2, dado que, como bien nos ha recordado en su introducción al Defensor del Pueblo, es un órgano unipersonal, y no colegiado. Por tanto, la referencia que se hace en el 107.2 a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, la Ley remite a órganos colegiados o Comisiones específicas, y no creo que se pueda entender que el Defensor del Pueblo sea ni una Comisión, ni un órgano colegiado, lo cual no quiere decir que las leyes eventuales amplíen al Defensor del Pueblo esta función de mediación o arbitraje.

Y, de todas formas, también casa mal porque yo creo que aquí la Ley también comete profundos errores de dicción cuando incluye entre los procedimientos de impugnación o reclamación a la conciliación. La conciliación no es un procedimiento de impugnación o reclamación. Por tanto, a efectos constructivos, creo que lo que hay es salirse y decir que esto se haga bien a través de una reforma. ¿En qué sentido? Aquí lo que se tiene que plantear es una cosa que es evidente, y que se está ya diciendo, y a la que se ha aludido, que hay que reclamar ante un órgano independiente, o en una posición de independencia, en función de que no haya una vinculación jerárquica.

Bien, segundo problema que le veo es que, según la lógica de todos estos medios alternativos, donde no tiene sentido introducirlos es en el ámbito del recurso ordinario. Tendría lógica en el de reposición. Es decir, entiendo que el recurso ordinario sigue teniendo la lógica inicial del de alzada, según la cual, en función del principio de jerarquía, el superior jerárquico tenga un conocimiento de la actuación de los órganos inferiores y pueda modificar, precisamente por su superior autoridad, las decisiones de los órganos inferiores. En cambio, en el recurso de reposición es menos probable que el órgano que ha resuelto vuelva a desdecirse lo que ya ha manifestado. Precisamente tener una alternativa potestativa al recurso de reposición —como decía Carlos Luna, o lo he querido interpretar así— tiene lógica si se produce ante un órgano independiente de quien dictó la resolución, precisamente para poder obtener —como decía antes Miguel— una satisfacción,

una eficacia en el recurso. Además si la Administración se quiere conciliar, se puede conciliar perfectamente a través del recurso ordinario. Es decir, el propio superior jerárquico al que se plantea la demanda, en el trámite del recurso ordinario, puede haber una conciliación o una mediación.

Otros problemas que veo a estos procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje: ¿Obligatorios o potestativos?, ¿para ambas partes? Es decir, ¿se va a obligar a la Administración a conciliarse? si la Administración no está obligada a ir o a acudir ante esa vía de arbitraje, que difícilmente la Administración va a asumir el ir a un órgano externo de conciliación y arbitraje. Obviamente, no puede ser obligatorio, a mi juicio, imponerle la conciliación, la mediación o el arbitraje al ciudadano, como, por ejemplo —yo creo que en un límite de la constitucionalidad— establece la Ley del Transporte, en la cual se impone prioritariamente el arbitraje salvo pacto en contrario, pero, claro, ¿pacto en contrario de quién?, ¿de ambos? Es decir, que si la Administración se niega a pactar que no va al arbitraje, ¿el ciudadano tiene que ir obligatoriamente al arbitraje, en vez de ir al recurso...?

La Ley introduce otro elemento que me parece distorsionante. Dice: «Con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos interesados en el procedimiento administrativo». Bueno, yo creo que esto es otra barbaridad. Los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje tienen su propia naturaleza, que no tiene nada que ver con el procedimiento administrativo. Es decir, ¿aquí va a haber silencio en la conciliación?, ¿va a ver silencio en el arbitraje? ¿Qué pasa si no comparece la Administración ante la conciliación?, ¿la no comparecencia es el silencio administrativo de la Administración?, ¿cuáles son las garantías? Me parece que estas posibilidades que abren estos procedimientos que todos las vemos, o al principio las hemos visto con un cierto carácter optimista, cuando uno empieza a descender y a reflexionar sobre ellos, aparecen mal estructurados. Y, por tanto, yo creo que aquí también en este ámbito se impone una profunda revisión de la Ley.

Y finalmente, en uno de los problemas concretos, como es el tema de la Administración local, volvemos a lo mismo.

Es decir, o se produce lo que ha dicho antes el profesor Sánchez Morón de la desconcentración local para que haya recurso ordinario, o la lógica en la Administración local es que no hay recurso ordinario. Luego la mención a la aplicación de estas alternativas a la Administración local son un *flatus vocis*, ¿no? Además, imaginando que las pudiésemos aplicar, ¿qué sentido tiene decir que estos procedimientos no pueden suponer desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley?

Este 107.2, es tal el cúmulo de cosas que se han querido decir, pero que no se entienden, que yo creo que sería obligado una revisión completa de ese precepto y darle algún sentido integrador.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON

(Ponente)

La conciliación es un acuerdo entre las partes, no es una decisión de un tercero. Y la mediación en realidad no es ni siquiera eso; es el procedimiento, la actividad por la que se intenta, por medio de un tercero, de un neutral, conseguir un acuerdo entre las partes, pero no es el tercero el que decide.

Yo lo que pienso a este respecto es que este artículo, como quizás otros, ha querido innovar algo, pero sin atreverse demasiado a dar una solución, y, en consecuencia, lanza la piedra y remite a normas posteriores, no ya al desarrollo, sino incluso la matización, la depuración de los conceptos y de los principios.

En este sentido, estoy bastante de acuerdo en que la mediación y la conciliación, no así el arbitraje, tienen bastante poco sentido como sustitutivos de un recurso ordinario, por su propia naturaleza. A mí la conciliación me parece, sin perjuicio de que se pueda producir en otro momento, que es simplemente un instrumento preprocesal y último para evitar el proceso, o incluso en el marco del proceso, para evitar que continúe. Y, en cambio, la mediación es una actividad que puede desarrollarse en cualquier momento —antes, después

del acto, incluso, existiendo una sentencia firme, para la ejecución de esa sentencia.

Yo creo que cuando he hablado de la mediación del Defensor del Pueblo, no me estaba refiriendo tanto a una posible mediación sustitutiva de un recurso ordinario, que efectivamente tiene poco sentido, sino a una mediación (no sólo pero sobre todo) previa a la decisión administrativa, que es como normalmente se produce la mediación. En este sentido, me parece mucho más importante para el desarrollo de esa tarea de mediación del Defensor del Pueblo no el artículo 107.2, sino el artículo 88 de la Ley porque, en la medida que es posible sustituir el acto unilateral por un acuerdo negociado, estamos haciendo indirectamente, en ciertos casos en que así se requiera, apelación a una posibilidad de mediación. Y en este sentido esa mediación puede ser efectiva, y además no necesita ni siquiera de norma que la regule expresamente. Yo creo que, incluso interpretando de una manera amplia las mismas facultades del Defensor del Pueblo de dirigir recomendaciones, sugerencias, etc., sería posible —y si no estoy equivocado, así sucede en la práctica en alguna ocasión— ejercer verdaderas funciones de mediación, aunque sean informales. Otra cosa es que convenga o no regular algunos requisitos de la mediación. Pero, en fin, ahí nos meteríamos en temas propios de otro seminario.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

D. Carlos Carrasco.

D. CARLOS CARRASCO CANALS
(Consejero Técnico del Gabinete del Presidente del Instituto Nacional de Administración Pública)

Me ha sorprendido, en relación con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al hablar de los intermediarios, operadores jurídicos, sujetos, etc.,

el texto legal no se refiere más que en una ocasión, además casi como un desliz, a los administrados, me refiero al artículo 97.2 al regular el procedimiento de apremio donde se dice «... no podrá imponerse a los administrados...», pero esta categoría jurídica se proscribía en toda la Ley. Se habla generalmente de ciudadano, en su caso de interesados, particulares, solicitantes, e incluso recurrentes. Ya que estamos discutiendo sobre la terminación convencional, en el artículo 88 se alude a «partes intervinientes» y de «personas» privadas o de Derecho público. La Ley de Procedimiento Administrativo hablaba generalmente de administrado, parece que al legislador del 92 le ha ocurrido como a Ovidio, que cuanto intentaba decir se convertía en verto (*tor tentabat dicere verus erat*), se le ha escapado hablar de administrado, de otra parte se continúa una tradición legal en España, por estas alusiones contradictorias, así la Ley de 4 de agosto de 1970, la Ley General de Educación, conocida como Ley Villar, la cual instaura la EGB y, sin embargo, en alguna ocasión alude a la Enseñanza Primaria, o a la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975, al hablar de suelo llama siempre al antiguo rústico, ahora no urbanizable, menos en una ocasión por evidente error. La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, de la cual nos ha hablado hace un momento Eduardo García de Enterría, suprime los hasta entonces llamados Cuerpos Nacionales de Administración Local (Secretarios, Interventores y Depositarios) por la denominación de «funcionarios con habilitación de carácter nacional» y, sin embargo, en una ocasión (art. 56.1) alude a los Secretarios. Parece, como diría Ortega y Gasset, que ha influido como elemento apercipiente la idea de administrado, cuando es un concepto intencionalmente abandonado.

(La anterior pregunta ha sido aclarada en la monografía *El ciudadano y la Administración* de Antonio Embig Irujo, MAP. Serie: Administración General, Colección Estudios, Madrid, julio de 1994, *vide* págs. 35 y sigs., donde se examinan las razones sobre la supresión del concepto de administrado.)

Otra cuestión es la omisión en la Exposición de Motivos de la Ley, pues en el orden secuencial de comentarios de los

títulos (X en total) se pasa del VII (comentado en el número 13) al IX y el título VIII, que regula las «Reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales». Hasta la fecha se han publicado más de treinta monografías y comentarios sobre la Ley 30/1992 y, sin embargo, ninguna repara ni comentado esto, al menos yo no lo he observado, con una lectura superficial y a veces precipitada de estas aportaciones doctrinales.

Por último tampoco encuentro razonable la no derogación expresa de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo texto refundido se aprueba por Decreto de 26 de julio de 1957 en la disposición derogatoria 2.a), sólo se derogan expresamente a partir del artículo 22 doce artículos; en este mismo apartado 2, pero en la sección b), se utiliza un sistema de derogación para la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que podemos calificar de cabalístico e incluso perifrástico, para dejar sólo dieciséis artículos vigentes de los ciento cuarenta y seis que tenía la Ley. También es sorprendente, y esta tarde hemos oído hablar de responsabilidad, que no se hayan derogado los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, cuando se derogan los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico, que constituían hasta la fecha el instituto de la responsabilidad de la Administración, en la actualidad con un nuevo régimen jurídico, por la Ley 30/1992.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON

(Ponente)

Yo a veces me hago las mismas preguntas. Hombre, yo supongo que el concepto de administrado tiene muy mala prensa, en este momento ya es un concepto un tanto... Pero, aparte de eso, ¿por qué la Ley ha olvidado algunas cosas y la Exposición de Motivos no? Pues no lo sé, no lo sé Carlos, también me gustaría saberlo y yo creo que son simplemente defectos técnicos en los que esta Ley, pues, como ya sabemos, abunda.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ*(Moderador)*

Infringiendo otra vez el papel del moderador, me he concedido al uso de la palabra, eso sí, respetando el orden de las intervenciones —en el que figuro con el número 6—, porque quería plantear algunas cuestiones que me interesan particularmente.

Al hacer referencia a la regulación de los recursos administrativos se ha insistido, no sólo en la intervención del ponente, sino también por otros intervinientes, en la conveniencia de establecer órganos para su resolución dotados de una cierta independencia funcional, señalándose en un par de ocasiones el paralelismo con la regulación de la vía económico-administrativa.

Me satisface que surja ese paralelismo en una reunión de estas características, cuando entre mis colegas precisamente hay una cierta propensión a reclamar, si no la supresión de los Tribunales Económico-Administrativos, sí la limitación de su ámbito o el establecimiento de su carácter voluntario, lo que puede parecer extraño pero tiene su lógica. Porque esa pretendida independencia funcional de la impropriadamente denominada jurisdicción económico-administrativa tiene sus límites, que no derivan de su sometimiento a la jerarquía de la organización administrativa, sino del papel de unos órganos que necesariamente tienen carácter administrativo en relación a los Reglamentos como fuente del derecho. Desde este punto de vista, conviene señalar que los órganos económico-administrativos, por su propia naturaleza, no pueden entrar en el análisis de la legalidad de los Reglamentos; y como —por lo menos en materia tributaria— la mayoría de los conflictos se suscitan respecto de actos administrativos basados en desarrollos reglamentarios que los ciudadanos-contribuyentes estiman contrarios a las leyes, de poco sirve que esos órganos tengan reconocida una cierta autonomía funcional si no pueden ejercerla por la naturaleza de los conflictos que se les plantean.

Por ello he de señalar que la independencia funcional resultante de la separación entre los órganos de gestión y de re-

solución de reclamaciones (art. 90 de la Ley General Tributaria) no es tanto un problema de configuración de dichos órganos, ni de las personas que los integran —que suelen ser intercambiables, al trasladarse con el paso del tipo de unos a otros órdenes de funciones— sino de su competencia para enjuiciar las disposiciones reglamentarias desde la perspectiva de su legalidad y, en consecuencia, para valorar las actuaciones administrativas de que se trate desde la estricta perspectiva de la ley. Ahora bien, que resulte imposible —al menos a mí no se me ocurre cómo podría articularse una solución de ese género— que los órganos administrativos competentes para la resolución de recursos pueden enjuiciar la legalidad de las disposiciones reglamentarias en que se fundamentan los actos impugnados, no significa que su intervención sea inútil, aunque seguramente aconseja que sea potestativa para el recurrente. Y de la utilidad de esa vía de recurso ante órganos relativamente independientes son buena muestra el número de reclamaciones resueltas a favor de los contribuyentes y los problemas ocasionados por la supresión de la vía económico-administrativa en el ámbito local que, por cierto, ha dado lugar a la aparición de órganos independientes, como el Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, que a través de cauces singulares intermedia en la resolución de los recursos.

Insisto, sin embargo, en que esos órganos pueden resultar insuficientes y de ahí que, aún tratándose de un precepto técnicamente defectuoso, me parezca oportuna la posibilidad de establecer procedimientos sustitutorios del recurso ordinario que abre el artículo 107 de la Ley 30/1992; porque la sola enunciación de esa posibilidad puede generar una dinámica de cambio en la cultura administrativa, en la cultura tradicional de nuestro Derecho Público, que reduzca los elevados costes de litigiosidad hoy existentes, por ejemplo, reforzando el papel de órganos como el Consell Tributari antes aludido, introduciendo instancias de conciliación y arbitraje en determinadas materias (personal al servicio de las Administraciones Públicas), etc.

Junto a ese primer tipo de problemas, en la intervención del ponente me han resultado de un enorme interés sus con-

sideraciones respecto de la finalización convencional de los procedimientos administrativos que, a pesar de los defectos técnicos del artículo 88 de la Ley 30/1992, es a mi juicio una innovación de suma trascendencia desde el punto de vista cultural, aunque todavía esté por ver el alcance con que se produce su desarrollo en las disposiciones que los regulen. La novedad del precepto me suscita algunas dudas que desearía aclarar formulando algunas preguntas al ponente respecto de la interpretación del correspondiente precepto legal.

Primero, quisiera que se me aclarara el sentido del citado art. 88 cuando prohíbe que los acuerdos, pactos, etc. para la finalización convencional «versen sobre materias no susceptibles de transacción», porque no acierto a entender cuáles con esas materias. Por ejemplo, me gustaría saber si la materia tributaria es, o no, susceptible de transacción y si ello tiene, o no, algo que ver con el hecho de que una determinada materia se encuentre reservada a la Ley, caiga en el ámbito de una reserva constitucional de ley. Avanzando mi opinión, no creo que pueden establecerse equivalencias mecánicas entre materias reservadas y materias no susceptibles de transacción, por lo que en la materia tributaria, en que como es sabido rige una reserva de ley que la jurisprudencia constitucional proclama como relativa, podrían tener cabida estos acuerdos o pactos para la finalización convencional de procedimientos. Y ello a pesar del conocido dogma de la inderogabilidad e indisponibilidad de las obligaciones y créditos tributarios, que sólo cabe afirmar en cuanto aparece legalmente especificado en determinados preceptos de la Ley General Tributaria y del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, que admiten expresamente las transacciones de la Administración Tributaria en los casos en que acuda como acreedor a las situaciones concursales de suspensión de pagos o quiebra e implícitamente reconocen que esas transacciones son posibles al regular la toma en consideración de la conformidad a las actas de la Inspección. En todo caso, desearía conocer la opinión del ponente y de cuantos tengan formado algún criterio respecto del entendimiento de esa inespecífica referencia a las materias no susceptibles de transacción.

Junto a ello, en segundo lugar, si yo no he entendido mal, inicialmente el ponente parecía reducir la transacción o el

acuerdo a cuestiones jurídicas; aunque luego se ha referido a unos acuerdos de mera tramitación que ilustraba con un ejemplo muy pertinente —y de gran interés para mí— sobre la práctica de la prueba. Y, si no me equivoco, ello supondría la posibilidad de acuerdos relativos a la fijación de los hechos que resultan relevantes para la posterior aplicación de las correspondientes normas jurídicas; acuerdos cuya expresa admisibilidad en materia tributaria podría contribuir a clarificar el régimen de algunas figuras nebulosas como la de la conformidad del contribuyente a las actas de la Inspección, a que antes aludía, o la de los acuerdos para la fijación de los precios de transferencia en las operaciones vinculadas que se quieren incorporar a la reforma del Impuesto sobre Sociedades. ¿Qué papel cumplirían esos acuerdos y cuáles son sus condiciones y límites?

Finalmente, la implantación de estos mecanismos convencionales, e incluso de los procedimientos sustitutorios del recurso ordinario me plantea un último tipo de dudas, que no se refieren tanto a la necesidad de que sus resultados se impongan a las partes, como señalaba Luis Ortega, sino a los efectos y consecuencias que esos acuerdos producen en la posición jurídica de las partes que transigen o convienen una determinada solución, acercando posiciones que inicialmente estaban separadas. Porque, en efecto, la transacción implica renuncias por ambas partes y, en la misma medida, ventajas relativas para ellas; ventajas que deben ser formalizadas por las disposiciones que regulen cada uno de estos mecanismos. Porque si se desea que los ciudadanos acudan a estos instrumentos convencionales para reducir la litigiosidad será necesario prever un sistema de incentivos que estimule a las partes para acercar sus posiciones, para lo cual, por cierto, existen ejemplos en el derecho comparado, cuando menos en materia tributaria, que giran en torno a la reducción de sanciones, la renuncia al recurso, etc. Y me gustaría conocer la opinión del ponente o de los restantes asistentes a esta sesión sobre la conveniencia, o no, de establecer esos sistemas de incentivos y, en su caso, sobre el contenido que podrían tener.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON*(Ponente)*

Vamos a ver, son cuestiones todas interesantísimas, pero de una amplitud extraordinaria. Yo creo que aquí es muy difícil tratarlas con un mínimo de detalle.

Responderé de una manera muy general, por tanto, porque tampoco podría en este momento responder con exactitud a todas ellas, y no sólo por falta de tiempo.

En lo que se refiere al primer tema, yo creo que no hay que mitificar la independencia funcional de Comisiones compuestas de funcionarios del tipo Tribunales Económico-Administrativos. Un Tribunal Económico-Administrativo y una Comisión, salvo que sea del tipo del Consejo Tributario del Ayuntamiento de Barcelona, que es muy especial, nunca va a tener las características de un Tribunal de Justicia, no nos engañemos. Ni por independencia, porque al fin y al cabo, aunque no reciba instrucciones el funcionario tiene, lógicamente, la mentalidad funcional y la tendencia a la aplicación del reglamento de servicio, ni por razones de especialidad. Ahora, estos órganos, estas Comisiones, pueden tener y deben tener la independencia o la autonomía funcional que su propia naturaleza requiere.

Yo creo que muchos de los recursos que se pueden plantear ante este tipo de Comisiones no serán recursos sobre grandes cuestiones jurídicas, que solamente un Juez podría resolver —por ejemplo, la eventual contradicción entre una Ley y un Reglamento—. Serán en muy buena medida sobre cuestiones de hecho, cuestiones fácticas, pequeños problemas de interpretación jurídica que no tengan gran trascendencia. Entonces, para esto sí sirven perfectamente tales órganos. Yo tengo la impresión, y a lo mejor me equivoco, de que la mayoría de las reclamaciones económico-administrativas se plantean por este tipo de cuestiones no basadas en interpretaciones jurídicas complicadas, sino en pequeñas cuestiones de hecho, de prueba, de cosas así...

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Se plantean por todo porque es obligatorio.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON
(Ponente)

Sí, pero estoy hablando en términos porcentuales. Lo que quiero decir es que este tipo de Comisiones u órganos es perfectamente útil para resolver esos problemas, que son la mayoría de los que se suscitan.

Por lo que se refiere al tema de la transacción, que es un tema muy complicado, la limitación que ha introducido el artículo 88 me parece bastante lógica.

¿Qué es la transacción? Si dejamos de lado el Código Civil y, por tanto, la transacción en el Derecho privado, posiblemente existe muy poca doctrina y muy poca jurisprudencia sobre este problema. Recuerdo, por ejemplo, haber leído justamente en ese informe del Consejo de Estado francés al que antes aludía, que en manuales de Derecho público no se suele hacer referencia ninguna a la transacción y, sin embargo, está prevista en las leyes, en nuestras leyes, no solamente en éstas, sino, como usted sabe muy bien, en otras leyes anteriores, en concreto, en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria.

Yo creo que hay posibilidad de transacción cuando hay una cuestión litigiosa, que no admite una fácil solución en Derecho mediante la aplicación mecánica de una regla jurídica. Hay algo a debatir ahí: una cuestión de hecho, una cuestión incluso de derecho, de interpretación jurídica, de prueba, etc. Entonces cabe la transacción, que implica efectivamente una cesión por ambas partes, para evitar el proceso. Ese es el sentido de un acuerdo transaccional. Evitamos el proceso reconociendo, por ejemplo, que tú has defraudado a Hacienda y yo reconozco en cambio que has defraudado hasta cinco millones, o hasta cuatro, y no voy a indagar más, supongamos.

Entonces, esa transacción es posible, y es posible incluso en materia fiscal. Si tenemos en cuenta que el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria dice que no se puede transigir sobre los derechos de la Hacienda Pública, salvo con autorización del Consejo de Ministros, es evidente que, con esa autorización de Consejo de Ministros, se puede transigir sobre los derechos de la Hacienda Pública. El artículo 39 no establece una prohibición de transigir, sino una limitación de tipo competencial, vamos a decirlo así, una garantía, una cautela.

Otra cosa es hasta dónde puede llegar la transacción, cuáles serán los límites de esta figura. Pero, como he dicho, no estaría en este momento en disposición de dar una respuesta cumplida. Hay alguna doctrina del Consejo de Estado limitada sobre esta materia y quizá alguien de los presentes podría decir más de lo que yo he dicho. Pero, en fin, sería muy complicado profundizar ahora en ello. En cualquier caso es evidente que hay límites. Por ejemplo, sin entrar en muchos matices, me parece obvio que no se puede transigir con derechos fundamentales.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

D.^a Pilar Lucendo tenía pedida la palabra.

D.^a PILAR LUCENDO LUCAS

(Asesora responsable del Area de Administración Económica del Defensor del Pueblo)

Pilar Lucendo, de la Oficina del Defensor del Pueblo. Después de felicitar al profesor Sánchez Morón por su intervención, que me ha interesado mucho, quería, brevísimamente, por la hora, hablarles de las dificultades que en la Oficina del Defensor —y ya han hablado de ello los compañeros— tienen a veces los expedientes de revisión de oficio, aquellos en que animamos nosotros, a la Administración, para revisar de oficio determinadas actuaciones. No me refiero a la revocación de los actos administrativos, sino a procedimientos mu-

cho más complicados, y esta situación no ha mejorado mucho con la nueva Ley. A pesar de que se ha hablado de las posibilidades de ampliación, yo les quiero decir que, desde la realidad, es algo realmente muy duro. Y en este sentido yo he estado examinando esta mañana algunos expedientes y muy rápidamente les hablo de ellos.

Una viuda cuyo marido fallece en el año 1985 y a los siete meses de enviudar, con dos hijos de cinco y seis años, se entera de que su esposo tenía una deuda tributaria de nueve años antes y de que en el año 1976 había comenzado un procedimiento de apremio. La deuda era de cuatrocientas mil pesetas, y cuando ella se entera en el año 1989 ofrece comprar la casa y, puesto que el valor catastral era de novecientas mil pesetas, aspiraba, después de haber sido ya ejecutada a favor del Estado, a comprar la vivienda más o menos por un millón de pesetas, que era la cantidad de la que podía disponer. Cuando le comunican la posibilidad de entregarle la casa, pues efectivamente la Administración le da esta posibilidad, el precio por el que se le oferta es cinco millones trescientas mil pesetas. Naturalmente nosotros animamos por todos los medios posibles a que se iniciase un procedimiento para anular la actuación administrativa y declarar la nulidad de pleno derecho.

Solamente les digo a ustedes que esta triste historia que empezó en el año 1976, casi veinte años después, el punto en el que se encuentra es en el de informe favorable del Servicio Jurídico del Estado. Es decir, nos queda todo el trámite de audiencia, alegaciones, un posible nuevo informe del Servicio Jurídico del Estado y el Consejo de Estado.

Este es uno de los problemas con los que nosotros, desde la Oficina del Defensor del Pueblo, nos encontramos. Hemos escrito muchas veces a la señora diciéndole que tenga paciencia, y la última vez no sabíamos cómo explicarle los trámites que quedaban. Se lo ahorro, por la hora, pero si no les diría que fue un verdadero ejercicio literario explicarle a la interesada lo que les estoy contando a ustedes: que tuviera mucha paciencia, que íbamos en el buen camino, pero todos estos trámites le faltaban.

El otro ejemplo es un curioso devenir administrativo que tiene que ver con una ley especial a tenor de los participantes

en la Guerra Civil de 1936, la Ley 37/1984, y que a algunos de ustedes seguro que en sus respectivos trabajos administrativos o académicos les habrá llegado.

Se trata de un grupo que perteneció al llamado «Cuerpo subalterno y auxiliar del Ejército». Y les cuento la historia porque aquí ha intervenido un órgano de consulta obligada, como es la intervención delegada, en la tramitación de estos expedientes. En principio era muy fácil, los miembros integrantes de este cuerpo auxiliar eran maestros herradores, entre otra gente que seguía el ejército en multitud de oficios. A los que se habían integrado con carácter permanente, les era de aplicación la Ley de amnistía y tenían derecho a una pensión como personal civil al servicio de la Administración militar. Hasta aquí ningún problema. Y los demás que habían ingresado, solamente con carácter eventual durante la Guerra Civil, tenían derecho a pensión por el Título Segundo de la Ley 37/1984.

Después de haber pedido un informe que fue favorable, en todos sus pronunciamientos al Servicio Jurídico del Estado, el centro gestor comienza a resolver positivamente los expedientes por el Título Segundo de la Ley, pero he aquí que casi un año después la intervención delegada pone un reparo. El centro gestor aporta el informe favorable del Servicio Jurídico, pero la intervención, a juicio del Defensor del Pueblo excediéndose en aquel momento de sus facultades y competencia, entra a interpretar el fondo de la Ley y los requisitos de carácter jurídico y mantiene el reparo. Se consulta en discrepancia a la Intervención General, y la Intervención General da la razón a la Intervención delegada del Ministerio de Hacienda, y el órgano gestor nos comunica simplemente, cuando le mandamos todos los expedientes: «Mire usted, antes se reconocían, pero ahora no se reconocen por el informe de Intervención Delegada» y un tiempo después nos explican ante nuestra presión que no habían hecho uso de la posibilidad de acudir en discrepancia al Consejo de Ministros. Esa es la realidad.

El problema se ha resuelto de la manera siguiente, y aquí ni antigua ni nueva Ley de procedimiento, sino el ingenio y la imaginación. Ante nuestras presiones y las de la Audiencia

Nacional, que también estaba emitiendo sentencias favorables, con lo cual, de todo el colectivo, suponemos que eran cien, treinta estaban con pensión reconocida, los que habían recurrido, y cuarenta no. A los que les había afectado el Informe Delegado de la intervención no la tenían, y los que habían ido al contencioso tenían pensión... Un verdadero caos y desde el punto de vista del Defensor del Pueblo, verdaderamente contra toda seguridad jurídica y contra toda ley.

El resultado es que en la Ley de Presupuestos del año 1993 —como ustedes recordarán, y en ello tuvimos algo que ver— se incluyó una autorización, sobre cuyo alcance el Defensor del Pueblo no opinó, a la Dirección General de Costes de Personal para resolver todo lo que resultase necesario interpretar de la Ley 37/1984. Sobre esto se ha hecho mucha literatura en las revistas de Derecho administrativo, y se ha puesto como ejemplo de hasta dónde pueden llegar las facultades de la Ley de Presupuestos —facultades en este caso discutidas—, pero desde luego a nosotros nos pareció un excelente marco para resolver este problema.

En uso de estas facultades, la Dirección General de Costes de Personal dictó una instrucción, que se mandó «protocolariamente», y digo con comillas protocolariamente, porque, ya había emitido la Intervención Delegada su parecer discrepante con esta resolución, diciendo que, en uso de sus facultades, el Centro Gestor dictaba la siguiente instrucción, y que lo ponía en conocimiento de la Intervención Delegada. Por suerte, la Intervención Delegada no discrepó nuevamente y se ha podido resolver el problema.

No quiero preguntar nada, sino que simplemente lo someto a estudio porque pienso que de aquí pueden salir muchas consideraciones en otros ámbitos y en momentos posteriores, sobre todo, no tan tarde, a otras horas.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Profesor Parejo.

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Catedrático de Derecho Administrativo; Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid)

Lucen aquí, en definitiva, dos puntos de vista que yo creo son contradictorios: el de la justicia del caso concreto, de un lado, y el de la sistemática, de otro.

Pues bien, yo creo que un sistema no puede constituirse desde la lógica propia de los casos concretos, pues ésta no sólo responde siempre, por definición, a situaciones patológicas y, en todo caso, singulares y, por tanto, incapaces de suministrar reglas seguras en este campo, sino que, además, se encuentra gravemente vencida del lado del administrado.

Esta situación, a mi juicio, no es sino una perversión más derivada del estado actual del Derecho administrativo en general y de esta Ley, en particular, que continúan ancladas en las formas jurídicas tradicionales, esto es, en las potestades, en el acto administrativo y, en suma, en la anti-administración.

En estas condiciones es obvio que cualquier intento por introducir o potenciar principios y reglas de actuación debe serlo por relación a ambas partes (Administración y administrado). Es decir, lo que no puede aceptarse por más tiempo es una visión exclusivamente centrada en la satisfacción de las pretensiones del particular, sobre todo si lo es, además, sobre la base de una presunción indiscriminada de actuación incorrecta de la Administración.

Por otra parte, si continuamos, como ha señalado el profesor Zornoza, recibiendo con agrado las nuevas instituciones, pero tan sólo en lo que puedan tener de efecto favorable para las posiciones individuales, corremos el riesgo de que los árboles acaben por no dejarnos ver el bosque. Porque, por poner un ejemplo paradigmático, si continuamos intensificando la objetividad en la exigencia de responsabilidad es evidente que este sistema acabará saltando porque las indemnizaciones se pagan con dinero público, es decir, con cargo a nuestro bolsillo. Sin embargo, esta consideración es pudorosamente si-

lenciada o, cuando menos, enmascarada mediante la simple atribución de la responsabilidad a la Administración, que es un ente impersonal y, en todo caso, con unos intereses totalmente distintos, cuando no opuestos, a los del ciudadano.

Paralelamente, sin embargo, la Ley acoge también, aunque muy parcialmente, nuevas instituciones (el arbitraje, los convenios...), cuya concepción misma y puesta en marcha ponen de relieve una nueva visión de la Administración que no dicta solamente ya actos de imperio, sino que también negocia e, incluso, transa el ejercicio de sus potestades; todo ello, además, en el marco cada vez más frecuente de procedimientos multilaterales y altamente complejos.

En el núcleo de estas observaciones pervive todavía, pues, un determinado entendimiento de la Administración centrado en la imagen clásica de ésta y, por tanto, del Derecho administrativo. Pero entendimiento que se revela contradictorio con la paralela admisión de aquellas nuevas instituciones. Pues es claro que la propia admisión de los convenios (en tanto remite a la idea de un concurso de voluntades) pugna abiertamente con la tradicional visión del principio de legalidad de la Administración, según la cual ésta simplemente carece de una voluntad propia y se limita a aplicar objetivamente la legalidad. Sin embargo, a mi juicio, la aplicación del Derecho admite, cuando no apela directamente, a la intermediación de una voluntad que complete los amplios espacios que aquél deja por rellenar. Y voluntad que al día de hoy no puede ser ya ni única y, ni siquiera, en todo caso prevalente en punto a la precisión de la solución justa, toda vez que ésta es por definición históricamente relativa y cambiante por relación a las circunstancias de tiempo y de los sujetos intervinientes.

D. MIGUEL SANCHEZ MORON
(*Ponente*)

Yo sí quería intervenir brevísimamente, en relación con estas palabras del profesor Parejo, porque coincidido plenamente en que ésta es una Ley de transición. Naturalmente, una Ley de transición por su contenido, no sabemos si por su tiem-

po de vigencia, que en este país ya se sabe de muchas leyes de transición y provisionales que después se han eternizado —yo espero que éste no sea el caso—.

Pero es verdad. Cuando uno se acerca a esta Ley, lo que de alguna manera se deduce es que existe, por un lado, un intento de modernizar sobre la línea de lo que ya había; pero, por otro, de captar algunas cosas nuevas que son profundamente rupturistas con el sentido más tradicional del Derecho administrativo. Quizá en este sentido, con todos sus defectos, esta Ley haya tenido una importante virtud, y es hacernos poner a trabajar, nos ha obligado a ponernos a trabajar de nuevo a muchos, desde las instituciones, desde la Administración, desde el Defensor del Pueblo, desde la Universidad, en un montón de aspectos de Derecho administrativo que, por la coyuntura histórica y por otras razones que ahora no vienen al caso, teníamos, en buena medida, olvidadas. Y nos está haciendo profundizar en muchas cosas y en lo que ha sido nuestro Derecho administrativo en los últimos años, los últimos decenios, y lo que debe ser a partir de ahora.

Simplemente quería añadir esta reflexión personal a la que acaba de señalar el profesor Parejo, con quien estoy totalmente de acuerdo.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

D.^a Isabel Espejo.

D.^a ISABEL ESPEJO POYATO

(Vocal Asesor de Investigación del Instituto de Estudios Fiscales)

Yo estaba hasta ahora conteniendo mi curiosidad porque era mucha, vamos, excesiva, desde luego, para la hora. Lo que sucede... porque tenía muchísimas preguntas sobre el tema de la transición y figuras más o menos afines. Lo que sucede es que Juan Zornoza ha cometido el error de plantear casi todas las preguntas que yo tenía, incluso ha rozado la úl-

tima que me quedaba; tan la han rozado, tanto el ponente como Luciano Parejo, que han ido cerrando el campo de mi curiosidad, dándome respuestas.

Pero, sin embargo, me dejan una pregunta todavía que quizás sea producto de mi ignorancia, pero como ya sólo es una pregunta, la planteo. Y es ¿cuáles serían los efectos —no ya los límites, que más o menos están claros que son bastante..., que el campo de estas figuras es bastante amplio—, cuáles serían los efectos de estas figuras —transacción y las afines—, desde el punto de vista de dos principios tan sacrosantos como son el derecho de acceso a la justicia y el principio de control jurisdiccional de toda la actuación administrativa? ¿Cuáles son los límites de estas figuras? Es decir, los actos administrativos dictados en el marco de estas figuras ¿son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa? Porque si lo son con absoluta normalidad me parece que no hemos hecho mucho, y si no lo son con absoluta normalidad, ¿en qué caso lo son?

D. MIGUEL SANCHEZ MORON

(Ponente)

La pregunta es interesantísima, y de nada fácil respuesta, sobre todo porque la Ley tampoco la da. Como la Ley no da la respuesta, todo lo que podemos hacer es lo que venimos haciendo a lo largo de la tarde, en buena medida, es decir, especulaciones, intentos de profundización doctrinal, pero quizá un tanto incipientes. Con esta misma limitación, a lo mejor, yo me atrevo a aventurar algunas cosas, pero muy poquitas, porque todo depende, en definitiva, de lo que establezcan las normas que vayan a desarrollar el artículo 88.

Yo creo que hay distintas posibilidades, hay distintas modalidades. A mí me parece que en algunos casos esos acuerdos tendrán naturaleza contractual, entonces habría que pensar en aplicar un régimen, que a lo mejor no es el mismo, pero sería semejante al de los contratos administrativos. Y en otros casos serían actos administrativos, pero de contenido pactado. Respecto de estos últimos, yo ya he dicho que me

parece que sería aplicable, en principio, ¿por qué no?, la revisión de oficio. Ahora, ¿son impugnables? y, sobre todo, ¿por quién son impugnables? Desde luego, son impugnables por terceros, como actos administrativos. En esto no hay ningún problema. ¿Son impugnables por el particular que ha llegado a un acuerdo con la Administración? Pues yo creo que hay límites, que debería haber límites a la impugnabilidad de tales actos en virtud del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, sencillamente. ¿Qué límites? Puede ocurrir que si el acto es manifiestamente ilegal, ese principio ceda frente al principio de legalidad —podríamos pensar que ésa es una solución—. Ahora, si el acto adolece de una ilegalidad simple, vamos a decirlo así —y estoy aventurando respuestas—, yo creo que ahí el criterio de la legalidad, y volvemos un poco a la renovación del Derecho administrativo y a las matizaciones que hay que introducir sobre el principio de legalidad, tal y como lo hemos venido entendiendo clásicamente, ese principio de legalidad quizá debería ceder ante otros principios o ante otros intereses. O sea, es una pregunta a la que posiblemente habrá que buscar respuestas a lo largo de bastante tiempo.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ

(Moderador)

Sin que sirva de precedente, le voy a dejar dos minutos al profesor Parejo que se moría de ganas de...

D. LUCIANO PAREJO ALFONSO

(Catedrático de Derecho Administrativo; Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid)

En este punto se hace también patente la necesidad de repensar la relación entre Justicia y Administración. Porque ¿puede el Juez, en su caso, sustituir la voluntad de las partes y declarar unilateralmente los concretos términos del convenio? A este respecto existe en la actualidad una polémica en el ámbito del Derecho administrativo acerca de cuáles son

efectivamente los poderes del Juez y cuál es la posición de la Administración. La cuestión, como digo, está todavía abierta, pero puede decirse que todo gira en torno a si puede existir una voluntad dentro de la Ley o del ordenamiento jurídico imputable a la Administración o, por el contrario, esa manifestación de voluntad administrativa es solamente un espectro de la aplicación de aquélla y, por tanto, y en tanto que tal, puede ser anulada y sustituida por el Juez.

Por otro lado, la cuestión de los convenios exige un replanteamiento del acto administrativo como referencia única en el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Porque ¿qué sucede en el caso de los convenios entre múltiples partes cuando los concretos términos se modifican en perjuicio de una o varias de las otras partes? Son, en cualquier caso, cuestiones todas ellas en las que todo prácticamente está por hacer y en las que resulta difícil vislumbrar con precisión los principios y coordinadas sobre los que van a quedar definitivamente asentadas.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

D. Tomás González Cueto.

D. TOMAS GONZALEZ CUETO
(Abogado del Estado; Jefe del Servicio Jurídico en el Ministerio para las Administraciones Públicas)

Me comprometí gráficamente, por tanto intentaré ser breve. En primer lugar quiero felicitar al profesor Sánchez Morón por su exposición y por la ponencia que nos había enviado con anterioridad.

Quería comentar un par de cosas. En primer lugar, la referencia a los Tribunales Económico-Administrativos. Me ha gustado que el profesor Zornoza haya desmitificado un poco la institución, porque yo fui durante dos años Secretario de un Tribunal Económico-Administrativo Regional y, aunque

fue una experiencia interesante, no fue todo lo ilusionante que yo esperaba, porque la verdad es que el procedimiento económico-administrativo no da para más, es imposible que se pueda llevar mejor, ni peor también, probablemente.

En segundo lugar, respecto de la «terminación convencional», que me parece una figura interesante, la primera vez que leí el artículo no me convenció absolutamente nada, pero me parece que poco a poco me ha ido gustando cada vez más. Además, reconozco que en un Estado como el nuestro que ha sido capaz de predeterminar por la vía del convenio el contenido, todo el contenido, de tres leyes, como son las leyes que aprueban los acuerdos con las confesiones religiosas en desarrollo de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, no debe tener miedo a nada más, no, y por tanto, me parece fenomenal esta iniciativa de la Ley 30/1992.

Lo que me preocupa un poco es que, aunque aparece recogida en el capítulo que se refiere a la finalización del procedimiento, me temo que en el desarrollo normativo que se vaya haciendo se irá eligiendo la posición menos radical, es decir, no se considerará como finalizadora del procedimiento, sino que se insertará con carácter previo y probablemente no vinculante a la finalización de los procedimientos, quizá también por el temor a la posible existencia de corruptelas, y también por el temor a la pérdida de las facultades resolutorias de los órganos competentes o tradicionalmente competentes, aunque no se pretenda tampoco desvirtuar esto.

Por otra parte, también me planteo si de verdad es tanta novedad en nuestro Derecho. Ya apuntó ayer el profesor Alejandro Nieto la existencia de los convenios de cooperación. Los convenios de colaboración, creo recordar que existen en la Ley de Contratos del Estado en el artículo 2.4 como convenios de cooperación, y en el artículo 2.7 como convenios de colaboración con particulares, por lo que por una vía indirecta se podría llegar a la solución de determinados procedimientos que se podrían dejar caducar sin ningún problema. Lo que pasa es que toda solución indirecta obviamente plantea los problemas de que no cumple la finalidad prevista por la Ley.

En cuanto a los límites, supongo que habrá de atenderse al concepto de transacción del artículo 1.809 y siguientes del

Código Civil, al artículo 39 de la Ley General Presupuestaria en materia competencial y a los criterios que vayan determinando día a día qué es lo que entendemos por orden público, por orden público constitucional o por orden público administrativo. Nada más.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

D. Manuel Aznar.

D. MANUEL AZNAR LOPEZ
(Asesor responsable del Area de Sanidad, Seguridad Social y Trabajo del Defensor del Pueblo)

Muy rápidamente, para añadir más leña al fuego a la terminación convencional. Al hilo de la intervención del profesor Ortega, quería pararme antes en una paradoja, aparente al menos.

Ustedes saben que los institutos del arbitraje, de la mediación y de la conciliación están muy extendidos en Derecho laboral. Bueno, pues es curioso que para la Administración se sustituye este sistema por las reclamaciones previas a la vía laboral. Entonces, leyendo la Ley, me parece que hay una paradoja, porque mientras que el artículo 88 permite la sustitución del recurso ordinario por sistemas de mediación, arbitraje y conciliación, me da la impresión que no se prevé que se sustituya la reclamación previa a la vía laboral por dichos procedimientos. El artículo 120 dice que la reclamación en vía administrativa —la civil y la laboral— es requisito previo el ejercicio de acciones contra la Administración pública, salvo en los supuestos en que el mencionado requisito quede exceptuado por una disposición con rango de ley.

Quizá sea posible realizar una interpretación integradora de la Ley porque, en principio, parece que hay una paradoja, porque en el aspecto en el que quizá haya más tradición y sea

más propio de la mediación, del arbitraje y de la conciliación, es justamente donde parece que la Ley no lo admite.

D. JUAN ZORNOZA PEREZ
(Moderador)

Bien, pues casi en tiempo vamos a finalizar, agradeciendo de nuevo al profesor Sánchez Morón su espléndida intervención, y agradeciéndoles a todos ustedes su participación en los debates, que darán lugar a la correspondiente publicación que tendremos mucho gusto en hacerles llegar.

Nada más y muchas gracias a todos.

RELACION DE PARTICIPANTES

- ARIÑO ORTIZ, GASPAR.** Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma.
- AZNAR LOPEZ, MANUEL.** Asesor responsable del Area de Sanidad, Seguridad Social y Trabajo del Defensor del Pueblo.
- CARRASCO CANALS, CARLOS.** Consejero Técnico del Gabinete del Presidente del Instituto Nacional de Administración Pública.
- CASTILLO BLANCO, FEDERICO.** Director de Investigación del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial.
- CERECEDA BABÉ, LUIS.** Secretario General en funciones del Defensor del Pueblo.
- ESPEJO POYATO, ISABEL.** Vocal Asesor de Investigación del Instituto de Estudios Fiscales.
- FELTRER RAMBAUD, LORETO.** Jefa del Gabinete de la Adjunta I del Defensor del Pueblo.
- FERNANDEZ MATEOS, J. MARIO.** Asesor responsable del Area de Defensa e Interior del Defensor del Pueblo.
- GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO.** Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.
- GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, ALVARO.** Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense. Ex-Defensor del Pueblo.

GONZALEZ AYALA, MARIA DOLORES. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

GONZALEZ CUETO, TOMAS. Abogado del Estado. Jefe del Servicio Jurídico en el Ministerio para las Administraciones Públicas.

HEREDERO HIGUERAS, MANUEL. Jefe del Gabinete Jurídico de la Agencia de Protección de Datos.

HUET DE SANDE, ANGELES. Asesora responsable del Area de Justicia del Defensor del Pueblo.

LOPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Las Palmas. Jefe del Gabinete del Ministro de Administraciones Públicas.

LUCENDO LUCAS, PILAR. Asesora responsable del Area de Administración Económica del Defensor del Pueblo.

LUNA ABELLA, CARLOS. Asesor del Area de Administración y Ordenación del Territorio del Defensor del Pueblo.

MORA LLADÓ, ANTONIO. Jefe del Gabinete del Adjunto II del Defensor del Pueblo.

NIETO, ALEJANDRO. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

ORTEGA ALVAREZ, LUIS. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

PALOMAR OLMEDA, ALBERTO. Subdirector General Jefe de la Inspección de Servicios del Ministerio de la Presidencia. Profesor asociado de la Universidad Carlos III de Madrid.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. Catedrático de Derecho Administrativo y Secretario General de la Universidad Carlos III de Madrid.

PECES-BARBA y MARTINEZ, GREGORIO. Catedrático de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Univer-

- sidad Carlos III de Madrid. Rector de la Universidad Carlos III de Madrid.
- RETUERTO BUADES, MARGARITA. Defensora del Pueblo en funciones.
- ROVIRA VIÑAS, ANTONIO. Adjunto II del Defensor del Pueblo.
- RUEDA MUÑOZ DE SAN PEDRO, BEATRIZ. Jefa del Gabinete Técnico del Defensor del Pueblo.
- RUIZ-GIMENEZ CORTES, JOAQUIN. Catedrático de Filosofía del Derecho. Presidente de Unicef-España. Ex-Defensor del Pueblo.
- SAINZ MORENO, FERNANDO. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense. Letrado de las Cortes Generales.
- SANCHEZ MORON, MIGUEL. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares.
- TRILLO ALVAREZ, JOAQUIN. Asesor responsable del Área de Función Pública, Administración Educativa y Cultura del Defensor del Pueblo.
- ZORNOZA PEREZ, JUAN. Catedrático de Derecho Financiero. Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

INDICE DE INTERVENCIONES

- Ariño Ortiz, Gaspar: 107, 118, 135.
Aznar López, Manuel: 133, 184, 234, 285, 319.
Carrasco Canals, Carlos: 299.
Castillo Blanco, Federico: 238, 282.
Espejo Poyato, Isabel: 225, 314.
Fernández Mateos, J. Mario: 161, 162, 236.
García de Enterría, Eduardo: 218, 220, 223, 224, 225.
González Cueto, Tomás: 215, 243, 317.
Lucendo Lucas, Pilar: 130, 308.
Luna Abella, Carlos: 105, 163, 165, 166, 226, 292, 294.
Nieto, Alejandro: 164, 166, 167, 171, 175, 176, 183.
Ortega Alvarez, Luis: 124, 219, 242, 295.
Palomar Olmeda, Alberto: 180, 235.
Parejo Alfonso, Luciano: 112, 181, 183, 245, 312, 316.
Retuerto Buades, Margarita: 177, 222, 223, 224, 240, 242, 281.
Rovira Viñas, Antonio: 121.
Sánchez Morón, Miguel: 113, 168, 228, 237, 284, 290, 293,
295, 298, 301, 306, 307, 313, 315.
Trillo Alvarez, Joaquín: 173, 176.
Zornoza Pérez, Juan: 15, 105, 112, 121, 124, 130, 133, 135,
137, 161, 163, 167, 172, 176, 179, 181, 184, 185, 215, 219,
222, 225, 226, 231, 234, 236, 238, 241, 243, 245, 247, 282,
285, 292, 295, 299, 302, 307, 308, 311, 314, 316, 317, 319,
320.

