

CLARA I. VELASCO RICO (dir.)

REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA ADMINISTRATIVA DE 2015

Análisis crítico de las Leyes
de Procedimiento Administrativo
Común y de Régimen Jurídico
del Sector Público

Javier Barnés

Concepción Barrero Rguez.

Agustí Cerrillo i Mnez.

César Cierco Seira

Míriam Cueto Pérez

José Luis Mnez. López-Muñiz

Oriol Mir Puigpelat

Ferran Pons Cánovas

Clara Isabel Velasco Rico

Marc Vilalta Reixach

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	7
EL CONTEXTO Y LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS LEYES 39 Y 40/2015 (José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ).....	9
I. OBJETO Y ALCANCE DE LAS DOS NUEVAS LEYES: FALTA DE CORRESPONDENCIA ENTRE SUS RESPECTIVOS «TÍTULOS» Y CONTENIDOS.....	10
1. Objeto de la Ley 39 no es solo, ni mucho menos, el llamado «procedimiento administrativo común».....	10
2. Se manipula la noción constitucional de Administraciones Públicas	12
3. Mucho menos casa aún el título dado a la Ley 40/2015 («Régimen Jurídico del Sector Público») con su contenido	14
4. La Ley 40/2015 es además sobre todo una Ley no básica, solo reguladora, en su mayor parte, del Estado	16
5. Tienen además una desordenada, amplia y heterogénea incidencia modificadora en otras Leyes.....	17
II. EL CONTEXTO.....	18
1. Una perspectiva economicista de la «reforma administrativa» como parte de las «reformas estructurales» requeridas para salir de la crisis económica, y una instrumentación inapropiada, reduccionista y torpemente contradictoria.....	18
2. Un injustificado criterio de reparto de contenidos entre las dos Leyes, manifiestamente incumplido y contradicho en su redacción efectiva....	21
3. Aparente ignorancia de las relevantes exigencias del art. 149.1.18. ^a de la Constitución.....	23
4. Evitar la entrada en vigor del articulado de estas Leyes: una propuesta para reconducir de urgencia sus posibles innovaciones positivas.....	25
III. LOS PRINCIPIOS.....	25
1. ¿Un principio inadvertido?.....	26

	Pág.
2. ¿Entidades instrumentales privadas con potestades públicas?.....	26
3. Mayor rigor en la creación y mantenimiento de entidades y órganos....	27
4. Sigue sin establecerse una regulación básica suficiente sobre las entidades instrumentales	28
5. Integración de las normas sobre procedimiento electrónico en la regulación básica general	29
LA LEY 39/2015, DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA Y COMPARADA (Javier BARNES)	31
I. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO DEL MODELO ESPAÑOL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	32
II. ORIGEN DE LA LEGISLACIÓN, FUENTES DE CONOCIMIENTO DE LAS QUE TRAE SU CAUSA, Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO Y DEL JURISTA	52
III. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA PREDOMINANTE EN LA REFORMA.....	55
IV. REFORMAR EL PROCEDIMIENTO Y LA ORGANIZACIÓN ES REGULAR CON EFECTOS MULTIPLICADORES.....	60
V. LA LEY 39/2015 SIGUE ANCLADA EN LA PRIMERA GENERACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.....	62
VI. ERROR DE PERSPECTIVA Y DE CONCEPTO EN LAS LEYES OBJETO DE EXAMEN: LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y EL PANORAMA COMPARADO HAN DETERMINADO LA PROFUNDA INTERRELACIÓN ENTRE ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO. SIMPLIFICAR NO ES REUNIFICAR. «COMÚN» NO ES UN PROCEDIMIENTO ÚNICO.....	64
VII. CONTINUISMO DE LAS INSTITUCIONES Y DEL CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO.....	69
VIII. LA LEY 40/2015 (SECTOR PÚBLICO) Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	72
IX. A MODO DE RECAPITULACIÓN	76
EL «NUEVO» PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN (César CIERCO SEIRA).....	81
I. INTRODUCCIÓN. LA AUSENCIA DE SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD EN LA INTELIGENCIA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. ACOTACIONES SOBRE LAS LÍNEAS ARTICULARES DE LA RENOVACIÓN PROCEDIMENTAL QUE ACOGE LA LPAC	82
1. De la trascendencia de la ley procedimental común como pilar esencial en el edificio del Derecho administrativo y de la importancia de contar con poderosas razones para su sustitución	82
2. La pujanza de lo electrónico y la conveniencia de reparar en la fuerza transformadora de algunos mandatos al respecto.....	87

	Pág.
3. La insistencia atinada en la flexibilidad de la trama secuencial y el papel del instructor y el contraste con la visión discutible que trasluce del reglamento y del tratamiento de los procedimientos especiales así como con la pérdida de un registro importante del antiformalismo.....	90
4. Consideraciones críticas sobre las técnicas de trasvase utilizadas para perfeccionar y rellenar algunos apartados del procedimiento administrativo común. Generalización de soluciones traídas de sectores específicos y remisión a la legislación procesal civil.....	98
II. LAS NOVEDADES MÁS DESTACADAS EN LA REGULACIÓN DE LOS TRÁMITES COMUNES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	101
1. La existencia de un buen número de cambios y ajustes puntuales que, sin alterar la sustancia de los trámites comunes, incorporan novedades de relieve	101
2. El desarrollo de la regulación de la denuncia como mecanismo para promover la iniciación de oficio.....	102
3. El realce del estatuto jurídico del interesado, las novedades en torno al derecho de acceso al procedimiento administrativo y la simplificación de la carga documental.....	108
4. Los ajustes en la dimensión temporal del procedimiento administrativo	113
5. La nueva tramitación simplificada: una herramienta con decidida proyección en abstracto pero cuya viabilidad práctica presenta claroscuros	115
III. UNA ACOTACIÓN FINAL: LA AUSENCIA DE UN PERFIL CLARO DEL VICIO DE PROCEDIMIENTO QUE CONTRIBUYA A ASENTAR LA IMAGEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO QUE SE QUIERE	120
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	122
NOVEDADES EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA (Clara Isabel VELASCO RICO)	125
I. INTRODUCCIÓN.....	126
1. Un poco de historia... ..	126
2. Consideraciones generales sobre las Leyes 39 y 40/2015: una sensación de <i>déjà vu</i>	130
II. PRINCIPALES ELEMENTOS CON EFECTOS AD EXTRA. NOVEDADES PREVISTAS EN LA LEY 39/2015 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN	133
1. Obligatoriedad (¿desproporcionada?) del uso de medios electrónicos y asistencia técnica.....	133
2. La forma de los actos y los documentos administrativos y el (problemático) expediente administrativo electrónico	135
3. La representación en el procedimiento administrativo y los nuevos medios para acreditarla: los registros electrónicos (generales y particulares) de apoderamientos.....	137

	Pág.
4. La necesaria separación entre identificación y firma electrónica.....	138
5. Los registros electrónicos y las dudas persistentes sobre la ampliación de plazos en casos de «incidencia técnica».....	141
6. Archivo electrónico de documentos. Un ejemplo más de la ampliación de lo básico.....	143
7. Notificaciones electrónicas: una regulación que nace obsoleta	146
III. PRINCIPALES ELEMENTOS <i>AD INTRA</i> . ALGUNAS PREVISIONES DE LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO.....	149
1. La sede electrónica, el portal de internet y el punto de acceso general electrónico.....	149
2. Principios generales de las relaciones interadministrativas y relaciones electrónicas.....	151
3. La Comisión Sectorial de Administración Electrónica	152
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	154
V. BIBLIOGRAFÍA.....	155
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMÚN EN LA LEY 39/2015: UNA REGULACIÓN UNIFORME Y DETALLADA, AUNQUE DISPERSA (Ferran PONS CÁNOVAS).....	157
I. LA LEY 39/2015 PRETENDE REVERTIR LA «DESINTEGRACIÓN» Y LA DESLEGALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EFECTUADAS POR LA LEY 30/1992, AUNQUE LO HACE DE FORMA DISPERSA.....	158
II. LA TRANSFORMACIÓN SUSTANCIAL DE LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: LA APUESTA POR UNA REGULACIÓN LEGAL MUY COMPLETA Y DETALLADA QUE REDUCE LA CAPACIDAD REGLAMENTARIA PARA ESTABLECER ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES.....	163
III. EL CAMBIO DE MODELO EFECTUADO POR LA LEY 39/2015 SERÍA ACORDE, EN TÉRMINOS GENERALES, CON LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DEL ALCANCE DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO SOBRE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN	167
IV. EL PRINCIPIO SOBRE LA GARANTÍA DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, QUE ESTABLECERÁ LA DEBIDA SEPARACIÓN ENTRE LA FASE INSTRUCTORA Y LA SANCIONADORA.....	169
V. INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE OFICIO, BIEN POR PROPIA INICIATIVA, COMO CONSECUENCIA DE ORDEN SUPERIOR O A PETICIÓN RAZONADA DE OTROS ÓRGANOS.....	171
VI. LOS EFECTOS ANUDADOS AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR POR DENUNCIA. EN PARTICULAR, EL PERDÓN O CLEMENCIA DE LOS DELADORES DE DETERMINADAS INFRACCIONES	173

	Pág.
1. La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento.....	173
2. Cuando la denuncia invoque un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento.....	175
3. El problemático traslado a la LPACAP del programa de clemencia o <i>leniency</i> regulado en la Ley de Defensa de la Competencia para detectar cárteles.....	175
VII. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES Y LA OBERTURA DE UN PERIODO DE INFORMACIÓN O ACTUACIONES PREVIAS CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.....	180
VIII. LOS DERECHOS DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES Y EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE INICIACIÓN. LA POSIBILIDAD DE CALIFICAR LOS HECHOS EN UNA FASE POSTERIOR.....	183
IX. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN CASO DE RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD Y DE PAGO VOLUNTARIO DE LA MULTA Y LA GENERALIZACIÓN DEL DESCUENTO DE SU IMPORTE EN AMBOS SUPUESTOS.....	188
X. ORDENACIÓN E INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y MEDIOS DE PRUEBA.....	191
XI. LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN. LA FACULTAD ATRIBUIDA AL ÓRGANO INSTRUCTOR DE RESOLVER EL PROCEDIMIENTO.....	196
XII. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. LAS NOVEDADES DESTACABLES REFERIDAS A LA EJECUTIVIDAD DE LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA.....	198
XIII. LA CONSERVACIÓN DE TRÁMITES ANTE LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.....	202
XIV. LA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.....	203
XV. BIBLIOGRAFÍA.....	205
¿BETTER REGULATION O MARKETING? LA NUEVA REGULACION BÁSICA DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS Y NORMAS CON RANGO DE LEY (Oriol MIR PUIGPELAT).....	209
I. INTRODUCCIÓN.....	210
II. ANTECEDENTES Y MOTIVACIÓN DE LA REFORMA.....	211
III. NOVEDADES MÁS DESTACADAS DE LA NUEVA REGULACIÓN BÁSICA CONTENIDA EN EL TÍTULO VI LPAC.....	213
1. Problema competencial.....	214
2. Planificación normativa.....	217
3. Evaluación <i>ex post</i> e insuficiencia de la regulación de la evaluación <i>ex ante</i>	219

	Pág.
4. La nueva regulación de las consultas.....	222
A. La nueva consulta previa a la elaboración del proyecto.....	222
B. El carácter preceptivo del trámite de información pública.....	223
C. Excepciones y documentación disponible durante las consultas....	224
D. La extensión a los anteproyectos de ley de los trámites participa- tivos preceptivos.....	227
E. La confusa regulación de la audiencia.....	228
IV. NOVEDADES MÁS DESTACADAS DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL GOBIERNO ESTATAL.....	236
1. Planificación normativa y evaluación <i>ex post</i>	236
2. Consultas y MAIN: luces y sombras.....	237
3. El nuevo papel clave asignado al Ministerio de la Presidencia.....	241
V. FINAL.....	243
ORGANISMOS PÚBLICOS Y SOCIEDADES MERCANTILES EN LA LEY 40/2015 (Míriam CUETO PÉREZ)	245
I. INTRODUCCIÓN.....	245
II. EL CONCEPTO DE SECTOR PÚBLICO EN LA LEY 40/2015.....	250
III. ORGANISMOS PÚBLICOS.....	256
1. Cuestiones generales.....	256
2. Los organismos autónomos estatales.....	266
3. Entidades públicas empresariales.....	268
IV. SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS.....	270
LOS CONSORCIOS EN LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO (Concepción BARRERO RODRÍGUEZ)	277
I. INTRODUCCIÓN.....	277
II. DEFINICIÓN Y ACTIVIDADES PROPIAS DEL CONSORCIO.....	278
1. Concepto y naturaleza.....	279
2. Actividades propias del consorcio.....	281
III. SU COMPOSICIÓN SUBJETIVA.....	281
IV. LA ADSCRIPCIÓN DEL CONSORCIO.....	283
V. SU RÉGIMEN JURÍDICO.....	287
1. Las reglas de la Ley sobre el sistema de fuentes de la entidad.....	287
2. Algunos extremos concretos del régimen del consorcio. Su vinculación con la Administración de adscripción.....	289
A. El régimen del personal.....	289
B. El régimen económico.....	290
C. El régimen jurídico de los consorcios fuera de estas concretas ma- terias.....	291

	Pág.
VI. LA CREACIÓN DE CONSORCIOS.....	292
1. Regla aplicable a todos los consorcios y normas propias de los consorcios en los que participe la Administración del Estado o sus entidades vinculadas o dependientes.....	292
2. El contenido de los estatutos.....	294
VII. EL DERECHO DE SEPARACIÓN. LA DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO.....	295
1. Causas, procedimientos y efectos del derecho de separación del consorcio.....	295
2. La disolución del consorcio.....	298
VIII. CONSIDERACIÓN FINAL.....	300
LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS EN LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO (Marc VILALTA REIXACH).....	303
I. INTRODUCCIÓN.....	304
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LRJSP Y PRINCIPIOS GENERALES DE LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS.....	305
1. Principio de colaboración.....	309
2. Principio de cooperación.....	311
3. Principio de coordinación.....	313
III. LAS TÉCNICAS DE COOPERACIÓN.....	316
1. Técnicas orgánicas de cooperación.....	317
A. Órganos de cooperación.....	318
B. Conferencia de Presidentes.....	319
C. Las Conferencias Sectoriales.....	320
D. Comisiones Bilaterales de Cooperación.....	323
E. Comisiones Territoriales de Coordinación.....	325
2. Técnicas funcionales de cooperación. En particular, los convenios administrativos.....	326
A. El concepto legal de convenios administrativos.....	327
B. Régimen jurídico de los convenios administrativos.....	329
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	334
V. BIBLIOGRAFÍA.....	334
LOS ÓRGANOS COLEGIADOS (Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ).....	337
I. UNA APROXIMACIÓN A LOS ÓRGANOS COLEGIADOS Y A LA EVOLUCIÓN DE SU REGULACIÓN.....	337
II. LA CREACIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS.....	342
III. LA PLURALIDAD EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS.....	345
1. Los miembros de los órganos colegiados.....	345

	Pág.
2. La organización de los órganos colegiados.....	347
IV. LA INTERACCIÓN EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS.....	349
1. El uso de los medios electrónicos por los órganos colegiados.....	350
A. Los medios electrónicos	351
B. Los usos de los medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos colegiados.....	353
2. La preparación de las sesiones de los órganos colegiados.....	354
3. El desarrollo de las sesiones de los órganos colegiados	355
4. La adopción de acuerdos de los órganos colegiados.....	356
5. La formalización de los acuerdos de los órganos colegiados.....	357
V. LA INTERDEPENDENCIA EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS	358
VI. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA EN LA AC- TIVIDAD DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS	360
VII. REFLEXIONES FINALES.....	360
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	361

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Clara I. Velasco Rico (dir.)
© Los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-9123-428-9
Depósito legal: M. 31.176-2017
Fotocomposición: FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ ALBITE
Impresión: ELECÉ INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.
Polígono El Nogal
Río Tiétar, 24, 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2017

PRESENTACIÓN

El volumen que el lector tiene entre sus manos es una recopilación de las ponencias presentadas en el Simposio sobre la Reforma Administrativa, organizado por el grupo de investigación del Área de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra, el Observatorio de la Evolución de las Instituciones, celebrado en Barcelona, los días 3 y 4 de marzo de 2016. La idea de organizar dicho Simposio nace de la voluntad del director de dicho grupo de investigación, el profesor Enrique Argullol i Murgadas, de fomentar un debate pausado y profundo sobre el alcance y sobre la calidad técnica de las nuevas normas básicas reguladoras del procedimiento administrativo y de la organización y funcionamiento del sector público. Realmente fue una feliz idea y el evento científico resultó un éxito, tanto de afluencia de público como, creemos, en cuanto a resultados académicos.

El libro que ahora se presenta no es un comentario sistemático al uso de las Leyes 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, no. Nuestra obra solo recoge aquellos aspectos de las nuevas normas considerados más problemáticos, novedosos o importantes. Además, los capítulos inicial y final enmarcan la nueva legislación en su contexto histórico y social, así como ponen de manifiesto los retos que no han sido abordados por el legislador aprovechando tan destacada ocasión. Las contribuciones que componen esta obra colectiva son el fruto del vasto conocimiento de los autores (menos de quien escribe estas líneas, por supuesto) respecto de las materias que cada uno de ellos aborda. Ciertamente, todos ellos son especialistas reconocidos en los ámbitos que tratan y su solvencia se traslada sistemáticamente a las páginas que siguen a esta introducción.

A todos los que han contribuido a que este volumen vea la luz debo agradecerles su implicación y paciencia a lo largo de los meses de desarrollo del proyecto que aquí culmina.

A usted, profesora, estudiante, abogada, funcionaria, jurista..., solo me queda recomendarle, con total fundamento, la lectura de estos textos con el ánimo de que le resulten interesantes y estimulantes.

Barcelona, junio de 2017.

Clara Isabel VELASCO RICO

EL CONTEXTO Y LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS LEYES 39 Y 40/2015

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Profesor Emérito
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. OBJETO Y ALCANCE DE LAS DOS NUEVAS LEYES: FALTA DE CORRESPONDENCIA ENTRE SUS RESPECTIVOS «TÍTULOS» Y CONTENIDOS: 1. Objeto de la Ley 39 no es solo, ni mucho menos, el llamado «procedimiento administrativo común». 2. Se manipula la noción constitucional de Administraciones Públicas. 3. Mucho menos casa aún el título dado a la Ley 40/2015 («Régimen Jurídico del Sector Público») con su contenido. 4. La Ley 40/2015 es además sobre todo una Ley no básica, solo reguladora, en su mayor parte, del Estado. 5. Tienen además una desordenada, amplia y heterogénea incidencia modificadora en otras Leyes.—II. EL CONTEXTO: 1. Una perspectiva economicista de la «reforma administrativa» como parte de las «reformas estructurales» requeridas para salir de la crisis económica y una instrumentación inapropiada, reduccionista y torpemente contradictoria. 2. Un injustificado criterio de reparto de contenidos entre las dos leyes, manifiestamente incumplido y contradicho en su redacción efectiva. 3. Aparente ignorancia de las relevantes exigencias del art. 149.1.18.^a de la Constitución. 4. Evitar la entrada en vigor del articulado de estas leyes: una propuesta para reconducir de urgencia sus posibles innovaciones positivas.—III. LOS PRINCIPIOS: 1. ¿Un principio inadvertido? 2. ¿Entidades instrumentales privadas con potestades públicas? 3. Mayor rigor en la creación y mantenimiento de entidades y órganos. 4. Sigue sin establecerse una regulación básica suficiente sobre las entidades instrumentales. 5. Integración de las normas sobre procedimiento electrónico en la regulación básica general.

I. OBJETO Y ALCANCE DE LAS DOS NUEVAS LEYES: FALTA DE CORRESPONDENCIA ENTRE SUS RESPECTIVOS «TÍTULOS» Y CONTENIDOS

Habiéndome hecho el honor de iniciar este Simposio en el que va a haber oportunidad de escuchar los análisis de diversos colegas sobre aspectos distintos de la regulación contenida en las dos Leyes del pasado 1 de octubre de 2016, parece imprescindible comenzar haciendo una sucinta referencia al objeto y alcance de ambas nuevas Leyes, antes de intentar identificar y comentar su contexto y sus posibles principios inspiradores. Y ello aunque estoy seguro de que hablo a personas que ya tendrán seguramente una idea más que aproximada al respecto.

Lo primero que hay que advertir es que, desde luego, el título con el que una y otra han sido denominadas no se acomoda sino muy limitada o parcialmente a su respectivo contenido.

1. Objeto de la Ley 39 no es solo, ni mucho menos, el llamado «procedimiento administrativo común»

Las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común, si atendemos a lo que la misma Ley 39/15 dice, solo llegan a partir del art. 53, que es con el que comienza el Título IV, que lleva precisamente esa rúbrica, por más que en su último Capítulo, el VII, en puro seguidismo inconsciente de cuanto compone el Título VI de la aún vigente Ley 30/1992, se trate ya de la *ejecución* de los actos administrativos, arts. 97 a 105, donde se regula destacadamente lo relativo a la ejecución forzosa o se prohíben los tradicionales interdictos —hoy *acciones posesorias*—, no poco de lo cual o más bien nada tiene que ver con lo que cabe entender por procedimiento administrativo común.

Después de este Título IV, manteniendo aquí la sistemática de la Ley 30/92, viene un Título V dedicado —como el VII de la Ley 30/92— a *la revisión de los actos en vía administrativa* (arts. 106 a 126), que tampoco parece pueda identificarse en modo alguno con el procedimiento administrativo común. Y acaba luego la parte articulada de la Ley un Título VI, relativamente nuevo —construido con materiales de diversas procedencias—, dedicado a *la iniciativa legislativa y a la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones* (arts. 127 a 133), ante el que igualmente hay que preguntarse qué pueda tener que ver con el procedimiento administrativo común, máxime cuando lo dedicado al procedimiento sea solo una parte menor de ese conjunto de preceptos.

Pero es que además, como es evidente, por delante del Título IV —en el que hay que advertir, a la vez, que se ha incluido algún artículo, como el

69, sobre *la declaración responsable y comunicación*, que en realidad tampoco atañe al procedimiento administrativo común que su rúbrica dice contener, así como varios preceptos propios de procedimientos específicos como el sancionador o el de responsabilidad patrimonial cuyo encaje en la noción de procedimiento administrativo común no es fácil comprender— la Ley tiene otros tres títulos y más de otros 50 de sus 133 artículos. Destaca, desde luego, por su trascendencia, el Título III sobre el régimen básico *de los actos administrativos* (arts. 34 a 52), que reproduce sustancialmente, con algún añadido, el Título V de la actual Ley 30/92, quitando los dos artículos de su primer capítulo, referentes a las disposiciones administrativas. Poco ciertamente de lo regulado en estos importantes preceptos —solo algunas determinaciones ciertamente trascendentales sobre el régimen de la validez o invalidez de los actos— dice relación al procedimiento, al denominado común o a cualquier otro. Si bien es verdad que el Título II (arts. 13 a 33), contiene disposiciones varias sobre *la actividad de las Administraciones Públicas*, y hay allí de todo: a pesar de sus afanes supuestamente «transformadores», el nuevo legislador ha preferido mantener ahí la ubicación de ciertas regulaciones como las de los registros y el régimen de presentación de documentos ante la Administración, las de la lengua de los procedimientos, o la colaboración y participación en ellos, la responsabilidad en su tramitación o los plazos, o lo relativo a los documentos que se aportan a los procedimientos, que, a pesar de su evidente conexión, efectivamente, con lo que debería ser entendido como procedimiento administrativo común, no se han llevado al Título IV, sino que se contemplan de manera más general como normas relativas a cualquier actuación administrativa, por más que ello no carezca de alguna justificación, al menos para algunos de esos preceptos. En cualquier caso no todo lo ahí regulado queda tampoco enteramente cubierto por la noción de procedimiento administrativo común y, como decimos, ha sido el propio Legislador el que ha querido seguir manteniendo la diferencia, aunque también pueda deberse a la inercia que, con todo, y a pesar del pandemónium que ha organizado, parece haberle aquejado. El breve Título I sí que cabe admitirse que pueda guardar una más entera conexión con el título de la Ley, puesto que tiene por objeto (arts. 3 a 8) a *los interesados* —se dice expresamente— *en el procedimiento*, por más que su relevancia exceda también en alguna medida la perspectiva estrictamente procedimental.

En todo caso, como puede apreciarse, no es la nueva Ley 39/2015 solamente una ley sobre el procedimiento administrativo común, se mire como se mire. Es la misma Ley la que lo reconoce paladinamente en las primeras líneas de su primer artículo cuando, declarando precisamente cuál sea su *objeto*, incluye no solo —en segundo lugar, además— *el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas*, en el que mete expresamente por añadidura —dando ya idea del confuso concepto que tiene de lo que este sea— *el sancionador y el de reclamación*

de responsabilidad de las Administraciones Públicas, sino los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, así como los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.

De manera que es el mismo Legislador el que reconoce que el título que le pone a la Ley no se corresponde con lo que contiene, aunque ya se habrá notado que al hacer esa determinación de su objeto omite referirse, entre otras cosas, nada menos que al régimen de revisión de los actos en vía administrativa. Era mejor desde luego que hubiera dado a la Ley más adecuada denominación —por mucho peso histórico que tenga la referencia al procedimiento— y se hubiera ahorrado esta delimitación enumerativa o descriptiva de su objeto, bastante innecesaria. Pero puestos a hacerla —si no sabe el Legislador reconducir la integridad del contenido de esta Ley a alguna expresión abstracta y comprensiva que pudiera dar algún sentido a este primer enunciado—, tendría que haber evitado ser tan incompleto.

2. Se manipula la noción constitucional de Administraciones Públicas

Hay, en fin, otra incongruencia entre el título de la Ley 39 y su contenido que no dejará de causar perplejidades.

Su art. 2 se pone a determinar el *ámbito subjetivo de aplicación* de esta Ley, a pesar de que en su título y en reiteradas referencias del citado art. 1.º, parece bastante evidente que se refiere a las Administraciones Públicas, una noción que, como hemos explicado en otro lugar, tiene relevancia constitucional¹. Pero ya se sabe que el Legislador estatal, desde los años noventa, le ha tomado gusto a esto de delimitar, una y otra vez, lo que estas sean y ya también al denominado sector público, no todo él identificable con aquellas, como es bien conocido y aquí se repite. Aunque según esta Ley resultará, por un lado, que las Universidades públicas dejan de ser Administraciones Públicas —lo mismo que ya ha pretendido la Ley 30/92 y esta nueva Ley reafirma respecto de las Corporaciones de Derecho Público, en contradicción con el TC y con lo implicado en el art. 2.c) de la Ley 29/1998, en su tensa relación con su propio art. 1²— y solo se les aplicará esta Ley 39/2015 supletoriamente —algo verdaderamente asombroso, teniendo en cuenta su naturaleza de ley básica (disp. final 1.^a), aunque, ciertamente, para las Administraciones Públicas—, y, de otra parte, que las *entidades de*

¹ Vid. nuestro estudio «Delimitación de las Administraciones Públicas a los efectos del artículo 149.1.18.^a CE (“Hacia la necesaria superación de la insatisfactoria situación legislativa actual”)), en M. REBOLLO PUIG, M. LÓPEZ BENÍTEZ y E. CARBONELL PORRAS (coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*, Madrid, Instel, 2015, pp. 163-196.

² *Ibid.*, pp. 187-189.

Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas —sociedades y fundaciones en mano pública, hay que suponer—, *quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas*. Si la exclusión de las Universidades públicas y de las Corporaciones sectoriales de Derecho público del ámbito de las Administraciones Públicas me parece muy probablemente inconstitucional, esto de que las entidades instrumentales con personificación privada pasen a poder ejercer potestades públicas es probablemente acreedor a similar calificación³.

En cualquier caso, ya se ve que la Ley quiere aplicarse no solo a las Administraciones Públicas, aunque el título constitucional que la legitime venga expresamente limitado por lo que sean estas precisamente. Pero, por contraste, además de la mencionada exclusión de Universidades públicas y Corporaciones sectoriales de Derecho Público, puede verse la laxitud con la que la disp. adic. 1.^a, no solamente mantiene al margen de la aplicación como básica de esta Ley las actuaciones de la Administración tributaria y aduanera, las de la Seguridad Social y Desempleo, las sancionadoras —además de en el ámbito tributario y aduanero— en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería —¿por qué todo esto?—, o las actuaciones en materia de extranjería y asilo en general, sino que en realidad viene a debilitar llamativamente la fuerza de obligar de la normativa básica en materia precisamente de procedimiento frente a las leyes especiales. Y, en fin, está luego la disp. adic. 5.^a en la que —con una nueva piqueta sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley y manteniendo un arraigado perjuicio cerrado a la evidencia— se nos viene a afirmar que *se regirá por lo previsto en su normativa específica, pero en el marco de los principios que inspiran la actuación administrativa de acuerdo con esta Ley, la actuación administrativa de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del CGPJ, del TC, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo*. Se han olvidado de la *Administración Electoral* y ha continuado la reticencia a identificar ahí las correspondientes Administraciones Públicas estatales y autonómicas de apoyo a los Poderes públicos principales distintas de los Ejecutivos correspondientes, así como las auxiliares de los Poderes Legislativos. Pero, al menos, hay que saludar favorablemente que se corrija una laguna de la Ley 30/92, aun de modo tan

³ Lo hemos sostenido ya en otros lugares, como en *Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 2009, pp. 27-29 y 60. Se encuentra reproducido en «Derecho público y Derecho privado, disyuntiva determinante para el Estado de Derecho», *RGDA*, núm. 26, 2011, pp.21-26, y «El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los Poderes públicos», *RGDA*, núm. 27, 2011, pp. 39-40.

poco satisfactorio, pues ¿qué es eso de *los principios que inspiran la actuación administrativa de acuerdo con esta Ley?* y ¿por qué, en suma, no se someten, sin más, al régimen jurídico-administrativo básico como cualquier otra Administración, tal y como impera el 149.1.18.^a de la Constitución?⁴

3. Mucho menos casa aún el título dado a la Ley 40/2015 («Régimen Jurídico del Sector Público») con su contenido

Que menos apropiado es aún el título que se ha dado a la Ley 40/15, lo confiesa implícitamente de nuevo el mismo Legislador en el art. 1.º, en que también aquí trata de delimitar el objeto de esta Ley, y nos dice que *la presente Ley establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, los principios del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la potestad sancionadora, así como la organización y funcionamiento de la Administraciones General del Estado y de su sector público institucional para el desarrollo de sus actividades*. De modo que, según esto, esta Ley no traza el régimen jurídico del sector público sino el de las Administraciones Públicas, por un lado —y, desde luego, como enseguida diremos, solo en algunos de sus aspectos—, y, luego, el específico de la Administración que compone inmediata y mediamente el Poder Ejecutivo del Estado. Y, por cierto, que para que no se pierda el intérprete o el operador jurídico, nos repite literalmente en el art. 2 cuanto ya ha quedado dicho en el artículo de la misma numeración de la Ley 39/2015 sobre lo que sea el sector público en general y las Administraciones Públicas en particular. Aunque guarda para otro lugar excepciones adicionales a las ya establecidas en ese artículo con respecto a la aplicación de esta Ley como la relativa a las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado (adicional 12.^a), el Banco de España (adicional 19.^a), o el Centro Nacional de Inteligencia (adicional 18.^a), y al menos una parte de la Administración Militar (y no solo las Fuerzas Armadas u organización militar, lo que ya sería efectivamente distinto⁵: adicional 14.^a), además de las consabidas de la Administración Tributaria (adicional 17.^a) y la Seguridad Social (adicional 13.^a). Reitera, asimismo, en la adicional 22.^a literalmente lo mismo que dice la adicional 5.^a de la Ley 39, en lo relativo a *la actuación administrativa de los que denomina órganos constitucionales del Estado —que no son en puridad tales— y de los órganos legislativos —tampoco propiamente tales⁶— y de control autonómicos*. Y además, en fin, en la

⁴ Sobre ello *vid.* nuestro estudio «Delimitación de las Administraciones Públicas a los efectos del artículo 149.1.18.^a CE...», *op. cit.*, pp. 183-187.

⁵ *Vid.* nuestra colaboración «Fuerzas Armadas y Administración Pública», en AAVV, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. IV, Madrid, Centro de Publicaciones de la SGT del Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2699-2725.

⁶ *Vid.* el porqué de estas precisiones en nuestro estudio «A vueltas con la delimitación de la Administración Pública: Derecho administrativo y responsabilidad patrimonial del Estado por

adicional 1.^a amplía la injustificada exclusión de la noción de Administraciones Públicas que ya se había metido como adicional 16.^a en la Ley 20/92, con su reforma de 1999, de una parte de la organización de los *Territorios Históricos Vascos*, concretamente sus Juntas Generales⁷, lo que, por cierto, se ha omitido en la Ley 39, planteándose si habrá de entenderse que ello es solo así a efectos de la Ley 40.

Esta Ley ha incurrido en el lamentable error de segregar de la actual Ley 30/92 la parte en ella contenida relativa a la regulación básica del régimen jurídico organizativo de las Administraciones Públicas, rompiendo la positiva unidad de tratamiento del régimen jurídico básico de estas, que se refiere a la vez a su organización y a su actividad, así como la regulación de esas partes del régimen jurídico-administrativo básico, ya incorporadas a la unidad de la Ley 30/92, que son el relativo a las sanciones administrativas y a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Todo esto —que evidentemente no es sino una limitada parte, pero importante, del régimen básico de estas— lo ha querido separar arbitrariamente del resto que se mantiene en la Ley 39/2015. Mas toda esta legislación básica no se aplica, obviamente, a todo el sector público, como quiere hacer pensar el título de la Ley, sino solo a las Administraciones Públicas, como adecuadamente recuerda el mismo art. 1.º que acaba de citarse. Ocurre, no obstante, además, muy sorprendentemente, que la mayor parte de todo esto lo incluye la Ley 40 como contenido de su insólito Título Preliminar, de 53 artículos (de los 158 que tiene toda la Ley), que, por cierto, reiterando las pretensiones del título de la Ley, contradichas por su art. 1.º, se enuncia como de *disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público*. Esta rúbrica y el propio título general de la Ley —contra lo dicho por el citado art. 1.º— probablemente han querido manifestar de algún modo —incluso quizás con algún ensueño de estar haciendo con ello por fin algo importante por el Estado de Derecho— el propósito de aplicar todo esto en su caso también a las entidades de personificación privada integrantes de este sector público, cuando la realidad, en el mejor de los casos, es que solo será así —según leemos en el art. 2— si las normas específicamente se refieran a ellas —*en particular los principios previstos en el art. 3*, única referencia que distingue los arts. 2 de las dos Leyes 39 y 40— y *cuando ejerzan potestades administrativas*, posibilidad esta a la que ya nos hemos referido comentando lo dicho igualmente por la Ley 39. Amén de la pregunta que siempre cabe hacerse ante todo propósito de so-

sus actuaciones constitucionalmente independientes de su Administración General (Sentencias del Pleno de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 26 y 27 de noviembre de 2009)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial (Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández)*, vol. I, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson-Reuters, 2012, pp. 1627-1656, especialmente en p. 1642.

⁷ *Vid.* nuestro estudio «Delimitación de las Administraciones Públicas a los efectos del artículo 149.1.18.^a CE...», *op. cit.*, pp. 192-195.

meter al Derecho público a las personificaciones instrumentales privadas: si se van a «republicar», ¿para qué sirven? ¿qué puede justificarlas? ¿no acredita este mismo empeño lo injustificado e inadecuado del recurso generalizado a ellas?

Nadamos, pues, en la contradicción, la falta de rigor, la incongruencia. Y lo que aparentemente más encajaría en el título de esta Ley —aun referido de hecho como está más bien a las Administraciones Públicas— resulta que es objeto de su Título Preliminar, aunque pueda verse luego complementado —sin que se sepa bien el porqué de esta distancia sistemática— con el Título III, al final, arts. 140 a 158, relativo todo él a las *relaciones interadministrativas*, con preceptos traídos también en cierta medida de la Ley 30/92, de los que, en fin, se han desgajado —también sin coherencia alguna— los ahora más desarrollados arts. 118 a 127, relativos a los *consorcios*, también básicos casi en su totalidad, y que, sin sentido alguno, se han metido dentro del Título II, que no solamente está dedicado al *sector público institucional*, del que no creo formen parte, sino que, además, salvo en sus tres artículos iniciales y otros dos sobre las fundaciones, constituye casi exclusivamente una regulación de las entidades institucionales instrumentales específicamente del Estado en sentido estricto (incluidas las de personalidad jurídico privada: sociedades y fundaciones).

4. La Ley 40/2015 es además sobre todo una Ley no básica, solo reguladora, en su mayor parte, del Estado

El Título I de esta Ley está dedicado en exclusiva a la Administración General del Estado (arts. 54 a 80) y acabamos de decir que el II (arts. 81 a 139) tiene por objeto casi exclusivo sus entes instrumentales —salvo sus tres primeros artículos—, las incrustaciones de los consorcios y alguna regla básica que se aprovecha a meter al tratar de las fundaciones. Se traslada aquí la LOFAGE, en suma, fundiéndola en un mismo texto legal, contra todo buen sentido, con las regulaciones básicas organizativas, sancionadoras y de responsabilidad que se han segregado de la unidad de la Ley 30/92. El Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley 40 ha criticado con razón la confusión que todo este favorece.

En esta parte —títulos I y II— la Ley sí podría definirse como del Sector público, pero solo del estatal, salvo en lo poco ya mencionado. Y da un tanto la impresión de que quiere ser sobre todo esto. Por lo que ya se ve, también por esta razón, que la denominación que se le ha dado no resulta muy apropiada. Máxime si además consideramos lo manifiestamente excesivo de la declaración del art. 1.º, cuando comienza diciendo, como dijimos, que esta Ley *establece y regula las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*. Si ya la expresión similar del art. 1 de la