



---

## CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

---

**Acto que se certifica:** Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 05 de marzo de 2015, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

### **I. ANTECEDENTES**

Con fecha 27 de enero de 2015, procedente de la Secretaria de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 3 de febrero de 2015 designó Ponente de este informe a los Vocales D. Rafael Fernández Valverde y D. José María Macías Castaño.

### **II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ**

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*", "y *cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna*". (apartados 6 y 9 del art. 561.1 LOPJ).



Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe que se emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o de procedimiento que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

De manera más específica, debe mencionarse que el Consejo está llamado a expresar su opinión en los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón a la posición prevalente y por la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. Para ello, deben tomarse como punto de partida los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC), en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ y el artículo 88.1 de la LOTC.

Junto con la jurisprudencia constitucional, la labor informadora del Consejo ha de tener presente, desde luego, la jurisprudencia emanada de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo (TS), particularmente de su Sala Tercera, habida cuenta del carácter integrador del ordenamiento jurídico que posee dentro del sistema de fuentes (art. 1.6 CC).

Pero, además, la reforma proyectada afecta a diversos principios de raigambre constitucional como son los de eficacia, jerarquía y coordinación, así como el principio de legalidad –el sometimiento pleno a la Ley y al derecho–, con arreglo a los cuales la Administración Pública ha de



desarrollar su actividad, sirviendo con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 y 9.1 y 3 CE). Del mismo modo, enlaza con otros principios constitucionales, como el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, el de seguridad jurídica y el que proclama la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Al mismo tiempo, afecta a derechos, igualmente enraizados en la Constitución, que se reconocen a los ciudadanos en el marco del procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, asegurando su participación a través del derecho de audiencia, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley (art. 105, letra a, CE), lo que a su vez constituye una concreción del derecho de participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social que deben promover los poderes públicos (artículo 9.2 CE). Asimismo, la reforma proyectada alcanza al derecho de información y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, en los términos establecidos en el artículo 105 b) CE. Y singularmente recae sobre el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, que, conforme al espíritu que anima la reforma, debe conciliar el principio de eficacia, a cuyo logro se orienta la simplificación procedimental que persigue el Anteproyecto, y el respeto a las garantías y a los derechos de los administrados e interesados en el procedimiento, que no se agotan en el principio de audiencia garantizado por el artículo 105 c) CE, sino que se extienden, desde luego, a los consagrados en el artículo 24 del texto constitucional, proyectados al ámbito de la actuación administrativa, a los que se derivan del artículo 25.1 y 3 CE, y a otros de la misma significación constitucional, como el de igualdad (artículos 9.2 y 14 CE).

Debe incidirse en que el ejercicio de la potestad informadora de este Consejo viene justificada por la circunstancia de que el Anteproyecto sometido a consulta responde al designio fundamental de regular un procedimiento administrativo común en el que, por una parte, se consagre la administración electrónica como medio necesario para lograr la simplificación del procedimiento de actuación, tanto en las relaciones *ad intra* como en las relaciones *ad extra* –con los administrados– de la Administración Pública; y en el que, por otra parte, se establezca el procedimiento común a toda la actividad administrativa, en donde los procedimientos a través de los cuales se articulan el ejercicio de la potestad sancionadora y el régimen de responsabilidad de la Administración Pública, que la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), regula diferenciadamente en sus títulos IX y X –y que han sido



objeto de desarrollo reglamentario a través, respectivamente, del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPPS), y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP)-, se integren en la regulación común de forma tal que los principios, rasgos y trámites que caracterizan tales procedimientos pasen a estar contemplados como especialidades del procedimiento administrativo común. Si aquella implantación de la administración electrónica comporta un haz de derechos del ciudadano para acceder electrónicamente a los servicios públicos que pasan a integrar el conjunto de los derechos del administrado frente a la Administración, la regulación del procedimiento común, en el que se integra, específicamente, el procedimiento sancionador, sitúa en posición preeminente aquel conjunto de derechos y garantías que se consagran en el artículo 24 de la Constitución, que, si bien en sí mismas tienen virtualidad en la esfera jurisdiccional, no por ello carecen de significación en el marco del procedimiento administrativo, en donde el derecho a la tutela de los derechos e intereses legítimos se traduce en el derecho a una actuación de la Administración sometida a la legalidad, al imperio de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y donde ha de quedar garantizado el derecho de defensa, con la subsiguiente proscripción de la indefensión, así como el conjunto de aquellos derechos que son instrumentales de él, como el derecho a un procedimiento con todas las garantías, que incluye el derecho a conocer los hechos que se imputan y a los que debe contraerse el procedimiento –plasmación, pues, del principio acusatorio-, el derecho a formular las alegaciones que sirvan a sus intereses, el derecho a utilizar los medios de prueba y el derecho a acceder a las vías de recurso, ya en sede administrativa, ya en sede jurisdiccional, establecidas por el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, cobra especial relevancia la doctrina del Tribunal Constitucional a la hora de establecer el canon interpretativo conforme al cual debe fijarse el contenido de aquellos derechos que van a desenvolverse en el marco de la actuación administrativa, y, en la medida en que afecten a derechos fundamentales, también la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyas resoluciones tienen valor vinculante, tal y como se infiere del artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que establece que los Estados parte se comprometen a acatar las sentencias definitivas dictadas por el TEDH en los litigios en que sean parte. No solo debe conferirse valor –jurídico- a las resoluciones de condena en relación al Estado condenado, sino que igualmente debe reconocerse el



papel capital que desempeña la doctrina del TEDH, de incuestionable valor a la hora de dotar de contenido a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y tutelados. Conviene recordar, en este aspecto, que el TC ha declarado que *“la jurisprudencia del TEDH (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”*, y que es de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento jurídico (STC nº 303/1993, de 25 de octubre).

Y, en último extremo, no cabe olvidar que compete a los tribunales controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE); de donde se sigue la especial significación de la labor de la actividad jurisdiccional, cuyo epítome se encuentra en la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo en materia de legalidad administrativa y en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas por funcionamiento de los servicios públicos, que conforma asimismo el conjunto de derechos reconocidos por la Constitución a los particulares (artículo 106.2 CE), y cuyos cauces para exigirla forman parte del contenido del texto de la reforma que es objeto de informe.

### **III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO**

El Anteproyecto objeto de informe se estructura en 164 artículos, distribuidos en siete Títulos, cinco disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales.

El Título Preliminar, que se compone de dos artículos, contiene las disposiciones generales sobre el objeto y el ámbito subjetivo de la Ley.

El Título I versa sobre los órganos administrativos y los interesados en el procedimiento, y se estructura en dos capítulos, el primero de los cuales recoge, bajo el título *“De los órganos administrativos”*, los principios generales y las normas sobre competencia, junto con la regulación de los órganos colegiados y las normas sobre abstención y recusación, en tanto que el segundo contiene las normas relativas a los interesados, que comprenden las relativas a la capacidad de obrar y el concepto de interesado, y a la identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo.



El Título II reza "De la actividad de las Administraciones Públicas" y se estructura en dos capítulos, el primero de los cuales contiene las normas generales de actuación de las Administraciones Públicas. En él se incluyen las relativas a i) los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas, ii) al derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con ellas, iii) a la lengua de los procedimientos, iv) a los registros electrónicos, v) al archivo de documentos, vi) al deber de colaboración y a la comparecencia de las personas ante las oficinas públicas, vii) a la responsabilidad de la tramitación, viii) a la obligación de resolver y a la suspensión del plazo para hacerlo, a la ampliación del plazo para resolver y notificar y al régimen del silencio administrativo, y ix) a la emisión de documentos y validez de copias realizadas por las Administraciones Públicas.

El segundo capítulo de este Título II recoge las normas sobre términos y plazos, su obligatoriedad, cómputo, ampliación y la tramitación de urgencia.

El Título III se refiere a los actos administrativos, y se estructura en tres capítulos que versan, respectivamente, sobre los requisitos de los actos administrativos, su eficacia y la nulidad y anulabilidad de los mismos.

El Título IV contiene las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común. Se estructura en siete capítulos, el primero de los cuales contiene las normas sobre las garantías del procedimiento, incluyendo los derechos del interesado, los principios de la potestad sancionadora y los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio.

El capítulo segundo recoge las normas sobre la iniciación del procedimiento y sus clases –de oficio y a iniciativa del interesado–.

El capítulo tercero regula la ordenación del procedimiento, la formación del expediente administrativo, el impulso del procedimiento, y la concentración y cumplimiento de los trámites.

El capítulo cuarto versa sobre la instrucción del procedimiento e incluye unas disposiciones generales y normas sobre la prueba, los informes y la participación de los interesados.



El capítulo quinto contiene las normas sobre la finalización del procedimiento, sobre su resolución, sobre el desistimiento y la renuncia y la caducidad.

El capítulo sexto se refiere a la ejecución de las resoluciones, y el capítulo séptimo a la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común.

El Título V reza "De la revisión de los actos en vía administrativa" y se estructura en dos capítulos, el primero de ellos relativo a la revisión de oficio, y el segundo a los recursos administrativos.

El Título VI versa sobre el procedimiento de elaboración de normas y disposiciones, y se desdobra en tres capítulos, referidos, respectivamente, a la iniciativa legislativa y a la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones, a los principios del procedimiento de elaboración de normas, y al procedimiento de elaboración de las mismas.

La Disposición adicional primera recoge la relación de actuaciones y procedimientos que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en el Anteproyecto.

La Disposición adicional segunda excluye de la aplicación del Texto proyectado a los órganos colegiados del Gobierno, del Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales.

La Disposición adicional tercera regula la adhesión de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales a las plataformas y registros de la Administración General del Estado.

La Disposición adicional cuarta se refiere a las notificaciones por medio de anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, en tanto que la Disposición adicional quinta versa sobre las oficinas de asistencia en materia de registros.

Las Disposiciones transitorias contienen reglas sobre el archivo de los documentos, el registro electrónico y el archivo electrónico único, el régimen transitorio de los procedimientos y el Punto de acceso general electrónico de la Administración.



En la Disposición Derogatoria única se enumeran las disposiciones y artículos de ellas que quedarán expresamente derogadas tras la entrada en vigor de la Ley proyectada, además de contener una cláusula derogatoria general.

Por último, las Disposiciones finales contienen el título competencial de la Ley en proyecto, normas de modificación de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, las normas de adaptación y desarrollo normativo de la Ley proyectada y la norma que dispone su entrada en vigor.

#### **IV. CONSIDERACIONES GENERALES**

##### **I**

1.- El Anteproyecto objeto del presente informe se enmarca en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas impulsada por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), cuya constitución fue concebida en el seno de un proceso reformista encaminado a superar la crisis económica, a corregir los desequilibrios que frenan el crecimiento y a crear las bases idóneas sobre las que asentar la prosperidad económica y el empleo. Dicha Comisión ha tomado como punto de partida el desarrollo que ha experimentado la Administración y la Función Pública en los últimos treinta y cinco años, en los que, en términos del informe elaborado por aquella, se ha dado un salto de gigante a la excelencia, representando en muchas materias un modelo a imitar para otros países, pudiéndose afirmar sin reservas que España tiene una buena Administración. No obstante lo cual, presenta ineficiencias y redundancias competenciales que deben ser corregidas, pues, como pone de relieve la CORA, una economía competitiva exige unas Administraciones Públicas modernas, transparentes y ágiles, así como un sector público libre de solapamientos, duplicidades y gastos innecesarios, volcado al servicio de ciudadanos y empresas, y equiparable a los sistemas más eficaces de los países de nuestro entorno.

2.- La reforma proyectada se justifica, por tanto, por motivos económicos, de eficiencia en el uso de los recursos públicos y de eficacia en la actuación administrativa, lo que significa una mayor agilidad y transparencia, una mayor simplificación de trámites y procedimientos, la eliminación de duplicidades –bajo el principio <<una Administración, una competencia>>- , así como una planificación conjunta y una gestión integrada de la actividad administrativa, siempre bajo la premisa de poder seguir prestando el mismo



servicio, con igual o mejor calidad, a menor coste. Y esta mayor eficiencia y eficacia administrativa se ha de traducir en una mayor competitividad de la economía y en un mayor crecimiento y estabilidad económica, que constituye el objetivo último sobre el que gravita el proceso de reforma.

3.- Este proceso persigue la racionalización del sector público mediante la supresión de órganos y entidades duplicadas, ineficientes o no sostenibles, con la adopción de medidas de carácter horizontal, mediante la asunción por los órganos estatales de funciones realizadas por órganos autonómicos, a través de la conexión de las bases de datos y registros públicos estatales y autonómicos, y por medio de la racionalización de la administración institucional y del sector público empresarial y fundacional del Estado. También alcanza a la reforma local, donde cobra especial relieve la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Asimismo, se orienta a establecer los mecanismos de la unidad de mercado, con la simplificación de las trabas administrativas para el acceso y ejercicio de las actividades económicas en las diferentes Comunidades Autónomas, y la libre circulación de bienes y servicios en todo el territorio nacional; en este punto, merece destacar la especial significación que tiene la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que vino precedida de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, del Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, y con anterioridad, de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que, con la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en lo sucesivo, Directiva de Servicios), incorporó una serie de principios básicos para la libre circulación, en especial el principio de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa, conforme al cual el título habilitante para el ejercicio de una actividad o para la circulación de un producto tendrá plena eficacia en todo el territorio nacional, estableciéndose los mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la consecución de este objetivo.

4.- En otro plano, este proceso reformador cristaliza en la necesidad de acometer la codificación del derecho como mecanismo para lograr la simplificación administrativa, en la línea sugerida en el informe de la OCDE sobre la gestión y racionalización de la regulación existente en España del año 2000, en el cual ya se alertaba acerca de tal necesidad y se ponía de manifiesto que la revisión de los marcos legislativos no era sistemática, lo



que dificulta la deseable simplificación, complicada, por lo demás, por la compleja naturaleza del proceso legislativo español, que requiere la implicación de las Comunidades Autónomas. La orientación de la CORA se traslada, por tanto, a alentar la impulsión, en el ámbito de la Administración General del Estado, de la elaboración de textos refundidos con la consiguiente aprobación de una ley ordinaria que habilite al Gobierno para la elaboración de los correspondientes textos. Y de forma puntual, sugiere la introducción para la normativa estatal de un sistema de fecha común de entrada en vigor (<<*common commencement dates*>>), con determinadas excepciones.

5.- Paralelamente, el proceso de reforma pasa por la reducción de cargas administrativas y trabas burocráticas, y, en general, de los costes administrativos, entendidos estos –en los términos del Manual Internacional del Modelo de Costes Estándar de la OCDE- como los costes incurridos por las empresas, el sector asociativo, los poderes públicos y los ciudadanos para cumplir las obligaciones legales de facilitar información sobre sus actividades o su producción, ya sea a las autoridades públicas, ya sea a entidades privadas. La eliminación de trabas burocráticas a las empresas y emprendedores ha sido, por lo demás, una constante en el proceso de simplificación administrativa y el objetivo básico de la política de <<*Beter Regulation*>> de la OCDE y de mejora de la calidad normativa de la UE. A la consecución de este objetivo se encaminan la simplificación administrativa en la contratación para facilitar el acceso de las empresas –especialmente de las PYMES- a la contratación pública e incrementar la eficiencia del gasto público, así como la simplificación de los trámites administrativos para la apertura de una empresa, con la consiguiente reducción de tiempos y costes, y la unificación de la Ventanilla Única Empresarial y los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación para la constitución de empresas.

6.- Al mismo tiempo, el proceso de reforma no se concibe sin el impulso a la administración electrónica, a cuyo respecto la CORA ha propuesto, entre otras, las siguientes medidas: a) la mejora de los servicios horizontales de administración electrónica, con la potenciación de la Plataforma de Intermediación de Datos (PID) como medio para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración, junto con la puesta en funcionamiento del Registro Electrónico de Apoderamiento, y, adicionalmente, del establecimiento de un Tablón Edictal Único de las Administraciones Públicas, que centralizará en un emplazamiento electrónico (BOE) las notificaciones por comparecencia que realizan actualmente los departamentos y órganos de la



Administración General del Estado; b) la unificación y simplificación de los sistemas de identificación y autenticación no avanzados y la potenciación del uso de los certificados de empleado público, reconduciéndolos a un modelo y criterios comunes para facilitar y simplificar el acceso a los servicios telemáticos, y para mejorar la colaboración inter-administrativa y los intercambios de información; y c) la creación de un Punto de Acceso General como portal de entrada del ciudadano a las Administraciones Públicas y a toda la información de carácter horizontal sobre las actividades, la organización y funcionamiento de la Administración y la realización de los trámites y servicios más relevantes, en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente.

7.- En el plano normativo, las medidas de reforma que sugiere la CORA parten de la evolución normativa posterior a la LRJPAC, caracterizada por una profusión de leyes, reales decretos y disposiciones de inferior rango que han ido conformando la columna vertebral del derecho administrativo. Este conjunto normativo comprende normas que regulan aspectos orgánicos, como la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; y la Ley 28/2006, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Otras normas tienen por objeto exclusivamente la regulación del procedimiento, como el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el RPRP, y el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el RPPS. Otras, sin estar integradas en normas de uno u otro carácter, tratan aspectos de ambas, como sucede con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y el Real Decreto 1671/2009, que la desarrolla. Y, en fin, otras, como la LRJPAC, mezclan normas de carácter orgánico y de procedimiento. Este panorama normativo justifica, para la CORA, la propuesta de elaborar dos disposiciones, una que regule el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, comprendiendo también los aspectos no básicos de la Administración estatal, y donde se integren las disposiciones que disciplinen la Administración Institucional de acuerdo con las propuestas a su vez formuladas por la Subcomisión de la Administración Institucional, y otra, reguladora del procedimiento administrativo, que recoja las reglas que gobiernan la relación de los ciudadanos con las Administraciones, fundamentalmente por medios electrónicos.



## II

1.- El Anteproyecto que se informa tiene por objeto, por tanto, la regulación –con vocación de exhaustividad y con carácter sistemático– de las relaciones externas entre la Administración y los ciudadanos y empresas, tanto a través del procedimiento administrativo de elaboración de actos como en el seno del procedimiento de elaboración de normas, regulando, por consiguiente, las relaciones *ad extra* en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela y en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria, y regulando también la iniciativa legislativa, dejando para otro texto normativo –el que compondrá la también proyectada Ley de Régimen Jurídico del Sector Público–, las relaciones *ad intra* de las Administraciones Públicas.

A la vista de los motivos y de los objetivos que, siguiendo las propuestas de la CORA, persigue el Anteproyecto, conviene hacer una referencia, siquiera sucinta, a los antecedentes que representan el desarrollo del Derecho Administrativo europeo y las disposiciones del Derecho de la Unión y del derecho nacional que presentan mayor relevancia.

2.- En la Unión Europea, la conformación de un derecho administrativo tuvo lugar inicialmente sobre la base de la recepción de principios generales del Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. El ejemplo más remoto se encuentra en la resolución de los asuntos acumulados 7/56 y 3-7/57, Dineke Algera et al./Asamblea Común (ECLI:EU:C:1957:7), donde el Tribunal de Justicia acudió al concepto de la <<*déni de justice*>> (denegación de justicia) acuñado en el artículo 4 del Código Civil francés, conforme al cual se impone la obligación de resolver so pena de incurrir en denegación de justicia. De este modo, el Tribunal de Justicia ha venido utilizando los principios generales del Derecho, determinados y conformados por medio de lo que se ha denominado un <<*derecho comparado evaluativo*>>, para colmar lagunas y como medio de interpretación de las normas. En esta línea, ha tenido lugar el reconocimiento de los principios de legalidad, de seguridad jurídica, de proporcionalidad, de igualdad y no discriminación, de proceso administrativo justo y de recurso judicial efectivo. Esta recepción de principios generales del Derecho provenientes de los ordenamientos nacionales tuvo lugar en gran medida, y en un primer momento, a través de la influencia del derecho francés, si bien posteriormente el derecho anglosajón participó de forma decisiva, especialmente en el desarrollo de las garantías procedimentales, del mismo modo que lo hizo el derecho



alemán en el reconocimiento del principio de proporcionalidad y el derecho de los países escandinavos en el desarrollo de los principios de transparencia y acceso a los documentos.

Una segunda etapa se caracteriza por la proyección del derecho administrativo europeo, conformado a partir de los principios generales del Derecho incorporados por vía jurisprudencial, sobre los derechos nacionales, produciéndose como consecuencia de ello una suerte de interacción entre el derecho administrativo nacional y el europeo, que de esta forma se vio reflejado en aquel, tanto mediante las modificaciones que la legislación europea ha introducido en el derecho administrativo nacional, como por medio de las resoluciones del Tribunal de Justicia, como, en fin, a través de la introducción voluntaria de normas europeas en el derecho administrativo nacional.

En este proceso, con todo, la contribución principal ha provenido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha coadyuvado a crear una situación que cabe calificar como de "convergencia parcial de los derechos administrativos de los Estados miembros" o de "europeización del derecho administrativo nacional", en el desarrollo de un proceso de armonización de las legislaciones nacionales y de la Unión Europea.

Esa situación no se ha visto esencialmente modificada con el Tratado de Lisboa. En el Preámbulo del TUE y en sus artículos 2 y 21 se confirma la importancia del Estado de Derecho. Su artículo 6 subraya la relevancia de los principios generales del Derecho, y dispone que *<<los derechos fundamentales (...) formarán parte del derecho de la Unión como principios generales>>*. En análogos términos, el artículo 19 TUE, al referirse a los parámetros de control ejercido por los tribunales europeos, dispone que no se atenderá únicamente a las normas codificadas, sino también a principios de Derecho no escritos.

Las contribuciones que aporta el Tratado de Lisboa en el proceso de armonización se hacen visibles en la cooperación administrativa que establece el artículo 197 TFUE en orden a la aplicación del Derecho de la Unión –que se considera asunto de interés común–, así como en la introducción de nuevas formas de protección judicial como contrapeso de las nuevas formas de administración, alcanzando a los actos de los órganos y organismos –y, por tanto, a las agencias– de la Unión (cfr. Artículos 263 y 265 TFUE). Consagra, además, diversos derechos y principios que afectan al procedimiento: el de sometimiento al Estado de Derecho y al control del Tribunal de Justicia (artículos 263 y 265 TFUE), el principio de igualdad



(artículo 9 TUE), el principio de transparencia (artículo 11 TUE), y los principios de publicidad y notificación (artículo 297 TFUE), junto con el derecho, enunciado en términos generales, a una buena administración (artículo 41 CDFUE) y a la protección de datos de carácter personal (artículo 8 CDFUE y 16 TFUE).

Pero esta contribución también se pone de manifiesto en la obligación impuesta a la Administración de la Unión Europea de acatar los principios de apertura, eficacia e independencia (artículo 298 TFUE), y especialmente a través de las garantías que representan el derecho a una buena administración y el derecho de acceso a los documentos, recogidos, respectivamente, en los artículos 41 y 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que el artículo 6 del TUE declara expresamente vinculante.

El derecho a una buena administración que establece el artículo 41 de la CDFUE, que es el resultado de una propuesta del Defensor del Pueblo Europeo, se enuncia del siguiente modo: *“Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable”*, y se desdobra en el derecho a ser oído y en el derecho de acceso a los documentos, que aparecen junto con la obligación de la Administración de motivar sus decisiones, que tiene su equivalente en el artículo 296.2 TFUE. A su lado se sitúa el derecho a la reparación de daños, que concuerda con la responsabilidad extracontractual de la Unión (artículo 340 TFUE), y el derecho de cualquier persona a comunicarse con las instituciones de la Unión en la lengua oficial de la Unión de su elección.

La aportación del Defensor del Pueblo Europeo a la hora de definir el concepto de “buena administración”, por la vía de delimitar el concepto contrario –“mala administración”–, ha sido decisiva: la mala administración engloba las omisiones administrativas, los abusos de poder, las negligencias, los procedimientos ilícitos, los favoritismos, los casos de incompetencia, las discriminaciones y los retrasos injustificados, así como la falta de información o negativa a facilitarla. En la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de julio de 1998 (DO C 292, de 21.9.1998) se acuñó el concepto de “mala administración” según la cual esta se produce *“cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a que ha de atenerse obligatoriamente”*. Mediante Resolución de 6 de septiembre de 2001, del Parlamento Europeo, se aprobó el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa -que



actualmente cuenta con una versión actualizada del año 2005-, que engloba los derechos establecidos en el artículo 41 de la Carta.

El derecho de acceso a los documentos que recogen el artículo 42 de la CDFUE y el artículo 15 TFUE constituye, por su parte, el objeto del Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, que establece el ámbito de aplicación, los límites y las condiciones de ejercicio del derecho de acceso a los documentos, poniendo de relieve su perspectiva constitucional coherente con el carácter democrático de la Administración Pública europea, que fue destacada desde la jurisprudencia del Tribunal General en el asunto T-14/98, Hautala (ECLI:EU:T:1999:157) al precisar que, si bien el derecho de acceso no tiene carácter absoluto –y de hecho ha sido objeto de restricciones en su alcance tanto por vía jurisprudencial como a través de Decisiones del Consejo-, las restricciones del derecho deben responder a objetivos de interés general de la Unión y respetar el principio de proporcionalidad.

Por último, el derecho a la protección de datos de carácter personal, que integra asimismo el derecho a una buena administración, ha sido objeto de regulación a través del Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (DO L 8, de 12.1.2001).

3.- La importancia del sector servicios y su expansión en los últimos años, merced a la consagración de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en la Unión Europea, ha puesto de manifiesto que los avances en el ámbito de estas libertades han sido insuficientes para alcanzar un verdadero mercado único de servicios debido, en gran medida, a la existencia de numerosas trabas y obstáculos en muchos ordenamientos internos. Estas limitaciones, y la necesidad de establecer en el ámbito comunitario un marco jurídico general para la regulación del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio dentro de la Unión Europea, condujeron a adoptar, en el contexto de la estrategia de Lisboa, la Directiva 2006/123, CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DO L 376/36, de 27.12.2006), relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), y que ha sido objeto de transposición al ordenamiento interno –de forma fraccionada y parcial- por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante, Ley de Servicios), seguida después de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para



su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Directiva persigue la consecución de cinco objetivos principales, necesarios para lograr de forma efectiva un mercado interior de servicios: a) facilitar la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea, sin perjuicio de la existencia de ciertos sectores excluidos; b) simplificar trámites y agilizar los procedimientos, impulsando una ventanilla única para la tramitación electrónica; y c) fomentar la calidad de los servicios. Para ello, la Directiva cuenta, entre otros medios, con la certificación voluntaria de las actividades o la elaboración de cartas de calidad y la aprobación de códigos de conducta europeos; con el reforzamiento de los derechos de los destinatarios de los servicios, y en particular, el derecho a utilizar los servicios de otros Estados y a obtener información sobre las normas aplicables a ellos, independientemente de su lugar de establecimiento y de los servicios ofrecidos por el prestador; y, en fin, con el establecimiento de una cooperación efectiva entre los Estados miembros, con objeto de garantizar un control eficaz de las actividades de servicios en la Unión Europea y, al mismo tiempo, de evitar la multiplicidad de controles, previéndose la instauración de un sistema electrónico de intercambio de información entre los Estados miembros.

Con anterioridad a la transposición de la Directiva, la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante, LAE), se había hecho eco de la necesidad de dar carta de naturaleza al principio de eficacia de la Administración que proclama el artículo 103 CE en el marco del Estado autonómico y del desarrollo tecnológico. En tal sentido, es tributaria del artículo 45 LRJPAC, que en su primera versión ya recogió el impulso al empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos informáticos y telemáticos por parte de la Administración, al objeto de desarrollar su actividad y el ejercicio de sus competencias y de permitir a los ciudadanos relacionarse con las Administraciones con los medios técnicos de que disponga. Es tributaria también de la previsión contenida en el artículo 38 de la misma Ley relativa a la informatización de registros y archivos, en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre el establecimiento de registros telemáticos para la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones por medios telemáticos, y del artículo 59 de la misma Ley, en la redacción conferida por la Ley 24/2001, que permite la notificación por medios telemáticos si el interesado hubiera señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente.



La Ley, sin embargo, fue sensible a la insuficiencia de dichas previsiones normativas para llevar a cabo el desarrollo de la administración electrónica, y dio el decisivo paso de sustituir el carácter potestativo del derecho, supeditado en definitiva a la voluntad de las Administraciones Públicas de establecer los medios para relacionarse electrónicamente, por un efectivo derecho del ciudadano a relacionarse electrónicamente que conllevara el correlativo deber de las Administraciones a facilitar su ejercicio. Para lo cual establece un marco normativo común, sin perjuicio de los desarrollos autonómicos en el marco de las respectivas competencias, respecto de los cuales articula, desde la competencia que le atribuye el artículo 149.1.18ª CE, y conforme al carácter básico que atribuye la disposición adicional primera a determinados artículos, un tratamiento común que garantice la interoperabilidad, y, en suma la efectividad de aquel derecho. Todo ello, preservando las garantías constitucionales y legales de los ciudadanos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.4 CE, desde el principio de igualdad y no discriminación en la utilización de comunicaciones electrónicas con las Administraciones Públicas, y estableciendo, en fin, un estatuto del ciudadano frente a las Administraciones Públicas, con un elenco de derechos y de garantías específicas para su efectividad. Sin olvidar, al tiempo, los compromisos internacionales derivados principalmente de la Directiva de Servicios y de la obligación que impone a los Estados miembros de facilitar por medios electrónicos el acceso a los trámites relacionados con las actividades de servicios, hasta el punto de transponer de forma expresa los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva, que establecen la ventanilla única y los procedimientos realizados a través de ella por vía electrónica.

Conforme a dicho esquema, la Ley regula: a) los derechos de los ciudadanos a relacionarse por medios electrónicos con la Administración (Título I); b) el régimen jurídico de la administración electrónica (Título II), que incluye la regulación de la sede electrónica, como dirección electrónica cuya gestión y administración corresponde a una Administración Pública, así como las formas de identificación y autenticación, tanto de los ciudadanos como de los órganos administrativos en el ejercicio de sus competencias, habilitándose distintos instrumentos de acreditación, que se concretarán en la normativa aplicable a cada supuesto con criterios de proporcionalidad, si bien el Documento Nacional de Identidad electrónico se habilita con carácter general para todas las relaciones con las Administraciones Públicas, y sin perjuicio de la obligación de cada Administración de admitir certificados electrónicos reconocidos en el ámbito de la Ley de Firma Electrónica; se contiene asimismo la regulación de los registros de comunicaciones y notificaciones electrónicas, articulándose aquellos como el medio que permita la presentación de cualquier escrito o solicitud ante las



Administraciones Públicas, y el régimen de las comunicaciones electrónicas, de los documentos y archivos electrónicos, conteniendo las condiciones para reconocer la validez de los documentos electrónicos, y regulando las copias electrónicas, tanto las realizadas a partir de documentos emitidos originariamente en papel como las copias de documentos en soporte electrónico; c) la gestión electrónica de los procedimientos administrativos en sus trámites de iniciación, instrucción y terminación (Título III), que comprende la obligación de las Administraciones Públicas de poner a disposición de los usuarios la información por medios electrónicos del estado de tramitación de los procedimientos, tanto los tramitados por medios electrónicos como del resto de los procedimientos; d) y finalmente, la cooperación entre Administraciones y los principios para garantizar la interoperabilidad de los sistemas de información, las bases para impulsar la reutilización de las aplicaciones y la transferencia de tecnologías entre las Administraciones (Título IV).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Administración de Justicia cuenta con su propio régimen de administración electrónica contenido en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Dicha Ley establece los principios generales que han de regir las relaciones entre los ciudadanos y profesionales y la Administración de Justicia y las relaciones de esta con el resto de las Administraciones y organismos públicos, en los términos recogidos en la LOPJ. Asimismo, establece el régimen general de derechos y garantías de la administración electrónica en el marco de la Administración de Justicia, y el régimen jurídico de la Administración judicial electrónica, regulando la sede judicial electrónica, su contenido, el punto de acceso general de la Administración de Justicia, el régimen de la identificación y autenticación, la acreditación y representación de los ciudadanos y su interoperabilidad, la tramitación electrónica, el registro de escritos, las comunicaciones y las notificaciones electrónicas, la tramitación electrónica y la cooperación entre las Administraciones con competencia en materia de Administración de Justicia, con la constitución del Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica y la regulación del Esquema judicial de interoperabilidad y seguridad, como aspectos más relevantes.

Esta regulación discurre de forma paralela a la contenida en la Ley 11/2007, y, si bien está orientada fundamentalmente a la actuación de los órganos jurisdiccionales, mantiene sin embargo un ámbito material concurrente en ciertos puntos con el de aquella Ley -los que afectan a los aspectos organizativos y administrativos propiamente dichos- que convendría armonizar y clarificar, aprovechando la reforma proyectada para, mediante



la correspondiente disposición adicional, precisar de qué modo se relaciona dicha Ley 18/2011 con el régimen de la administración electrónica y del procedimiento administrativo electrónico que contempla la disposición proyectada.

Como se ha expuesto, la Ley 17/2009 ha incorporado parcialmente las disposiciones de la Directiva de Servicios, principalmente en los siguientes aspectos. En primer lugar, y dentro del principio de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios que consagra, recoge la regla general de que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio no estarán sujetos a un régimen de autorización previa, que solo podrá mantenerse cuando no sea discriminatorio, esté justificado por una razón imperiosa de interés general y sea proporcionado; considerándose que no está justificada una autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador, para facilitar, si es necesario, el control de la actividad. En segundo lugar, se regulan las limitaciones temporales y territoriales de las comunicaciones y declaraciones responsables o autorizaciones, que, por lo general, se concederán por tiempo indefinido y con efecto en todo el territorio nacional. Y en tercer lugar, se incluye un régimen de simplificación administrativa que impone a las Administraciones Públicas eliminar los procedimientos que no sean necesarios o sustituirlos por alternativas que resulten menos gravosas para los prestadores de servicios. De igual manera, deberán aceptar los documentos emitidos por una autoridad competente de otro Estado miembro de los que se desprenda que un determinado requisito exigido está cumplido, sin poder exigir la presentación de documentos originales, copias compulsadas o traducciones juradas, salvo en los casos previstos por la normativa de la Unión Europea o justificados por motivos de orden público y seguridad, pudiendo realizarse todos los procedimientos y trámites a distancia y por medios electrónicos, y estableciéndose adicionalmente un sistema de ventanilla única a través del cual los prestadores de servicios podrán llevar a cabo, en un único punto, por vía electrónica y a distancia, todos los procedimientos y trámites necesarios para el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, persigue, con carácter general, extender los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva de Servicios y alcanzar ganancias de competitividad en relación con los Estados miembros de la Unión, permitiendo mejorar el entorno regulatorio del sector servicios y contribuir a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificadas o desproporcionadas.



En esta línea, y en lo que interesa destacar para el presente informe, modifica el artículo 43 de la LRJPAC, que regula el régimen del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, consagrando la regla general del silencio positivo, que queda exceptuada en los casos que así se establezca por una norma con rango de Ley por razones justificadas de interés general o una norma de Derecho de la Unión Europea. Y por otra parte, introduce en la LRJPAC la regulación de las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa, ya previstas en la Directiva de Servicios y en la Ley 17/2009.

Este somero examen de los antecedentes legislativos del Anteproyecto sometido a informe se cierra con la referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, que fija unas nuevas reglas para el acceso a la información, registros y documentos que se encuentran en los archivos administrativos, ante las deficiencias que presentaba el artículo 37 LRJPAC, al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados, y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su aplicación práctica.

Por último, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, parte de la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva de Servicios y durante la vigencia y aplicación de las leyes de transposición, así como de la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación. Sin perjuicio de las competencias que en cada caso corresponden al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales, la ley dota de eficacia en todo el territorio nacional a las decisiones tomadas por la autoridad competente de origen, basadas en un criterio de confianza mutua, y se aplican principios comunes, como el principio de eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas en la libre iniciativa económica, lo que implica el reconocimiento implícito de actuaciones de las autoridades competentes de otras Administraciones Públicas. Tal y como explica su Exposición de Motivos, la Ley no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos puesto que, como se ha señalado desde la jurisprudencia constitucional, unidad no significa uniformidad, ya que la misma configuración territorial del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone una diversidad de regímenes jurídicos.



4.- Pues bien, a la vista de tales antecedentes, y teniendo presente el objetivo de la reforma, que se contrae, en esencia, a establecer un procedimiento administrativo común en el que, sobre la base de la simplificación y con respeto de los principios de la buena administración, se incorpore el uso de las tecnologías, así como a articular las reglas comunes del procedimiento aplicables a todas las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades propias de las Comunidades Autónomas en materias de su competencia, en las que se reflejen los criterios jurisprudenciales establecidos en la interpretación y aplicación de las normas de LRJPAC, la iniciativa del legislador merece en términos generales un juicio favorable, que cabe extender incluso a la técnica legislativa utilizada consistente en incorporar a un mismo cuerpo normativo las disposiciones contenidas en otras leyes en las que se establece la regulación de la administración electrónica, se estatuyen los principios que afectan al procedimiento orientados a dotar de mayor eficacia a la actividad de las Administraciones, y se articulan las normas que facilitan la información y el acceso de los ciudadanos a los documentos y la participación en los procesos de elaboración de las normas.

Ciertamente, cabría plantearse en hipótesis la posibilidad y la oportunidad de acudir a mecanismos de delegación legislativa que tuvieran por objeto la conformación de un texto refundido, en los términos previstos en el artículo 82.2 CE. Sin embargo, la fórmula y técnica legislativa utilizada por el prelegislador, dentro de la facultad de opción que le compete, se estima suficiente y adecuada para lograr los objetivos a los que está ordenada la reforma proyectada. Téngase en cuenta que no se trata de refundir e incorporar a un texto legislativo normas contenidas en regulaciones dispersas, por más que presenten vínculos en razón a su finalidad, con el objeto de eliminar dicha dispersión, como sucede, por ejemplo, en la normativa reguladora de la contratación del sector público o, en la esfera del derecho privado, en la regulación protectora de los derechos de los consumidores y usuarios; por el contrario, la regulación proyectada persigue establecer las normas del procedimiento común al que han de someterse las Administraciones Públicas, introduciendo, con arreglo a los principios de la buena administración, los preceptos de la Ley 11/2007, de la Ley 17/2009, de la Ley 25/2009 y de la Ley 19/2003, principalmente, lo que supone trasladar al procedimiento administrativo los criterios de simplificación y transparencia que incorporan y los principios, derechos y garantías que conforman el estatuto jurídico de la administración electrónica, que comprende también todo aquello que afecta al acceso, a los registros y archivos, y a la tramitación electrónica de los procedimientos,



incluidas las normas sobre identificación y autenticación, eficacia de los documentos electrónicos o sobre la elaboración de copias electrónicas.

5.- En este marco de simplificación del procedimiento administrativo merece mención especial la desaparición del trámite de la reclamación previa al ejercicio de las acciones en vía civil y laboral frente a la Administración. Dicho trámite viene establecido en el artículo 120 de la LRJPAC, y constituye, como es sabido, un presupuesto de procedibilidad que tiene su origen en una Real Orden de 12 de marzo de 1847.

El Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración (vide SSTC 108/2000, de 5 de mayo, 12/2003, de 28 de enero, y 275/2005, de 7 de noviembre, entre otras), que la exigencia de la reclamación previa no es contraria al artículo 24.1 CE, pues se justifica *<<en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional, siendo la finalidad de dicho presupuesto la de poner en conocimiento de la Administración Pública el contenido y fundamento de la pretensión, dándole la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial>>*. Con todo, la misma jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia civil y laboral han abogado por una interpretación razonable y flexible del requisito, considerando subsanable su ausencia o su defectuoso cumplimiento una vez ejercitada la acción judicial correspondiente.

No obstante su reconocimiento constitucional, la doctrina mayoritaria ha considerado este requisito como una manifestación de una prerrogativa general de la Administración –la consistente en la decisión de cuándo puede ser llevado el Estado ante los tribunales- que en la actualidad carece de toda justificación, ya en el orden de los principios y valores del ordenamiento jurídico, donde prima la tutela judicial efectiva de los ciudadanos como un derecho fundamental y la igualdad de las partes ante los tribunales, ya desde un punto de vista funcional, pues la gran mayoría de las reclamaciones previas son desestimadas, incluso por silencio, por lo que en realidad no cumple su función, siquiera conciliatoria, que queda tanto más en entredicho cuanto en muchos casos los recursos administrativos previos a la vía contencioso-administrativa tienen carácter facultativo.

La desaparición del requisito de procedibilidad en que consiste la reclamación administrativa previa a la vía judicial civil y laboral no puede sino considerarse como un acierto del prelegislador, si bien deberá tener su



correlato en las normas procesales, particularmente en el artículo 80.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

6.- Con todo, cabe advertir desde ahora de la presencia de ciertas sombras que oscurecen en alguna medida aquel juicio general favorable. En primer lugar, surgen dudas acerca de si la integración normativa que se lleva a cabo en el texto reformado, con la derogación de las leyes objeto de incorporación, satisface las exigencias del Derecho de la Unión Europea, principalmente las de la Directiva de Servicios objeto de transposición en aquellas normas que se incorporan al Anteproyecto y que este deroga, y acerca de si quedan aspectos de la norma europea carentes de la suficiente regulación en la norma interna, o que esta contempla de forma diferente (por ejemplo, en la igualdad y la no discriminación que informan el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, y en las obligaciones que, en este punto, y respecto de ciertos sujetos y sectores, impone el Anteproyecto).

En segundo lugar, dejando a salvo la opción del prelegislador que le ha llevado a integrar la regulación de los procedimientos sancionadores y de responsabilidad patrimonial de la Administración dentro del procedimiento administrativo común, y a limitarse respecto de ellos a establecer sus especialidades, surgen dudas sobre si el Anteproyecto contiene una regulación completa que contemple los principios propios del procedimiento sancionador y que resuelva de forma definitiva los problemas que presenta el régimen procedimental de la responsabilidad patrimonial, particularmente en lo que afecta a su ámbito objetivo.

Y por último, si bien la traslación a la Ley de determinadas normas reglamentarias puede cobrar sentido en el ámbito sancionador, en la medida en que sirva para reforzar la reserva legal sobre los aspectos básicos del procedimiento, y especialmente sobre los derechos sustantivos y procesales que se derivan de los artículos 9.3, 24.1 y 2 y 25.1 CE y que tienen proyección al procedimiento administrativo, no parece tan justificada en el caso de las normas de desarrollo reglamentario de la Ley 11/2007, donde no opera con tanta intensidad la reserva legal, y donde se puede producir un vacío del contenido de la potestad reglamentaria, al tiempo que se produce una innecesaria legalización de materias propias del desarrollo reglamentario.



### III

Según se indica en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto examinado, este se ha elaborado al amparo del artículo 149.1.18ª CE, que atribuye al Estado la competencia para regular el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, así como el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas. De igual modo, el texto propuesto ha sido elaborado al amparo del artículo 149.1.8º, que reserva al Estado la competencia exclusiva para establecer las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto alude asimismo, como título competencial, al artículo 148.1.18ª CE, y señala que de acuerdo con el marco constitucional que ofrece, y del que se deriva de la reserva legal que establece el artículo 105 CE respecto de la audiencia de los ciudadanos, regula los derechos y garantías mínimas que corresponden a estos respecto de la actividad administrativa, tanto en su vertiente de ejercicio de la potestad de autotutela, como de la potestad reglamentaria e iniciativa legislativa. El Preámbulo del Anteproyecto precisa que con la regulación proyectada no se agotan las competencias estatales y autonómicas para establecer especialidades dentro del procedimiento administrativo común "*ratione materiae*", o para la concreción de ciertos extremos, como la determinación del órgano competente para resolver o llevar a cabo otros trámites, sino que su carácter común resulta de su aplicación a todas las Administraciones Públicas y respecto de todas sus actuaciones. Y alude a la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las Comunidades Autónomas dicten normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de procedimiento administrativo común con carácter básico.

Al respecto de estas aseveraciones, parece oportuno hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, no está en cuestión el rango normativo –rango de Ley- del texto de reforma, pues deriva, desde luego, del artículo 105 CE, conforme al cual la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, 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, así como el procedimiento a través del cual



deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. Del mismo modo, el rango normativo proviene de lo dispuesto en el artículo 106.2 CE, que establece que los particulares, en los términos previstos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Por otra parte, y diferenciadamente de lo anterior, el título competencial con arreglo al cual se dicta la norma proyectada es el que deriva directamente del artículo 149.1-18º CE, en lo que al procedimiento administrativo común y al régimen de responsabilidad de las Administraciones se refiere. A este respecto, cabe recordar que este artículo engloba competencias estatales de distinto alcance, pues algunas tienen carácter básico y otras, en cambio, son competencias exclusivas. De este modo, es básica la competencia estatal para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que comprende aspectos organizativos e institucionales, tal y como ha declarado la STC 214/1989, de 21 de diciembre; como también es básica la competencia para aprobar la legislación sobre contratos. Por el contrario, la competencia para regular el procedimiento administrativo común es exclusiva del Estado, si bien dicha exclusividad se establece sin perjuicio de las *"especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas"*. Por tanto, la regulación que contiene el Anteproyecto sobre el procedimiento administrativo común no responde a una competencia básica, ni por ello tiene propiamente carácter meramente básico, sino que obedece a una competencia exclusiva y es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas; lo que no obsta a que, en los casos en que la competencia legislativa sobre una materia haya sido atribuida a una Comunidad Autónoma, esta tenga competencia para aprobar las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, en el bien entendido de que, como ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, de 29 de noviembre; en la misma línea, SSTC 98/2001, de 5 de abril, 16/2003, de 30 de enero, 72/2003, de 10 de abril, y 175/2003, de 30 de septiembre), tales normas deberán respetar en todo caso las reglas de procedimiento establecidas en la legislación del Estado y dictadas por este en el marco de sus competencias, aquí de carácter exclusivo.

Por tanto, el carácter básico del Anteproyecto no se deriva del artículo 149.1-18º CE, sino que debe buscarse en otro título competencial. Y este no puede encontrarse, como sugiere la Memoria del Anteproyecto, en el artículo 149.1-1º CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en la



regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes, pues conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, este artículo no atribuye al Estado competencia para dictar legislación básica, toda vez que la expresión "condiciones básicas" no es sinónimo de "legislación básica", "bases" o "normas básicas", de manera que la competencia que confiere el artículo 149.1-1º no se articula en torno al enfrentamiento entre la legislación básica *versus* legislación autonómica de desarrollo, sino que se atribuye con arreglo a un criterio de exclusividad, que determina la atribución competencial al Estado, de forma exclusiva, para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde la perspectiva de la garantía de la igualdad, dimensión esta que no es susceptible de desarrollo como si de una norma básica se tratara. En consecuencia, el título competencial del artículo 149.1-1º CE contiene una habilitación para que el Estado condicione, mediante el establecimiento de una condiciones básicas uniformes, el ejercicio de eventuales competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (STC, Pleno, 37/2002, de 14 de febrero, que cita las SSTC 37/1987, de 27 de marzo, 6/1997, de 20 de marzo, y 173/1998, de 23 de julio).

Lo mismo cabe decir respecto de los preceptos que, en el marco del procedimiento de elaboración normativa, tienen por objeto garantizar a todos los ciudadanos su derecho de audiencia en la elaboración de la norma, de conformidad con lo dispuesto en el art. 105 CE, y a los que la Memoria del texto de reforma atribuye asimismo carácter básico con fundamento en el título competencial que establece el art. 149.1-1º CE.

No se quiere decir con esto que la invocación del artículo 149.1-1º CE resulte inapropiada, pues en el podrían encontrar encaje competencial ciertos preceptos del Anteproyecto a través de los cuales se establece la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en relación con el acceso a las actividades de servicios.

Por tanto, si, como indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto, se atribuye a la regulación del procedimiento administrativo común y a los preceptos que garantizan la participación ciudadana en la elaboración de las normas carácter básico, es preciso que el prelegislador determine con claridad el título competencial que confiere tal carácter, y, lo que es más importante, que establezca de forma concreta y precisa aquellos que tienen tal carácter básico, sin que el mismo se pueda deducir –en un mecanismo



de deducción *a contrario*- de aquellos preceptos que se refieren y son de aplicación únicamente a la Administración General del Estado.

#### IV

El desarrollo en el seno de la OSCE y de la Comisión Europea de las reglas de lo que inicialmente se denominó "*Better regulation*" y "*Smart regulation*" tenía por objeto establecer un marco jurídico de calidad que permitiera el cumplimiento de un objetivo regulatorio al tiempo que posibilite dinamizar la actividad económica, simplificar procesos y reducir cargas administrativas. En este marco se integra la *Recomendación del Consejo para mejorar la calidad de la regulación gubernamental* [C(95)21/FINAL], incluida la Lista de Criterios de Referencia de la OCDE para la Toma de Decisiones Regulatorias, así como el *Informe de la OCDE sobre Reforma Regulatoria* de 1997 [C/MIN(97)10 (resumen) y C/MIN(97)10/ADD], y los *Principios Rectores para la Calidad y el Desempeño Regulatorio* de 2005 [C(2005)52 y CORR1], la *Lista Integrada APEC-OCDE sobre Reforma Regulatoria* [SG/SGR(2005)4], la *Recomendación del Consejo para Evaluar la Competencia* [C(2009)130], la Recomendación del Consejo sobre política normativa y gobernanza, de 2012, y el Informe de la OSCE de 2014 sobre las evoluciones de las reformas administrativas en España. En nuestro país, los principios de la buena e inteligente regulación se incorporaron a la Ley 17/2009, en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, y a la Ley 20/2012, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

El Anteproyecto persigue dar un impulso definitivo a la mejora de la calidad normativa, sistematizando los principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia), y, en lo que interesa al presente informe, garantizar con carácter básico la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las normas a través de la consulta pública con carácter previo, en la que se recabe la opinión de los sujetos potencialmente afectados por una futura norma a través de un cuestionario, diferente del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración normativa (artículo 105.a CE).

De igual modo, con el mismo carácter, se establece la obligación de elaborar una Memoria de Análisis del Impacto normativo y un control *ex post* de las normas por parte de las Administraciones Públicas, que habrán de confeccionar un informe anual donde se evaluará la ejecución de las iniciativas normativas. Se articula un procedimiento abreviado de elaboración de anteproyectos de ley y de proyectos reglamentarios cuando



resulte preciso para que la norma entre en vigor en el plazo previsto para la transposición de directivas europeas, o en el establecido en otras leyes o normas de derecho de la Unión Europea, o cuando concurren otras circunstancias extraordinarias que, no habiendo podido preverse con anterioridad, exijan la aprobación urgente de la norma. En estos casos se suprime el trámite de consulta previa, se reducen los plazos a la mitad y el trámite de audiencia pública o de información pública se reduce a siete días.

Junto con tales medidas, se establece, en el ámbito de la Administración General del Estado, una fecha común de entrada en vigor de las normas, salvo excepciones relativas a la necesidad de cumplir con los plazos de trasposición de directivas u otras debidamente justificadas en la memoria normativa.

En este punto, circunscrito el análisis a aquellas materias que quedan dentro de la potestad de informe de este Consejo, cabe considerar acertada la regulación que el prelegislador propone de los procedimientos de elaboración normativa, en la medida en que incorpora los principios esenciales de la buena regulación y garantiza suficiente y adecuadamente el derecho de participación ciudadana en dichos procedimientos, incluso en el procedimiento abreviado, limitado a los casos legalmente establecidos o impuestos por circunstancias de índole de eficacia normativa o de carácter excepcional y urgente.

## **V. EXAMEN SOBRE EL CONTENIDO**

### **I**

1.- El Anteproyecto objeto de informe se abre con un Título Preliminar que contiene las disposiciones generales relativas al objeto de la Ley, con una referencia expresa al principio de legalidad establecido en el artículo 105 c) CE y a los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 1.2), así como al ámbito de actuación de la potestad reglamentaria en la regulación del procedimiento administrativo común que la propia ley habilita, y que se ciñe a la concreción de los órganos competentes para la tramitación del procedimiento, de los plazos, las formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.

Es loable la referencia expresa que el prelegislador hace de los principios que integran el concepto de buena regulación y a los que somete cualquier futura regulación de trámites adicionales o distintos de los contemplados en la Ley proyectada, si bien sería aconsejable completar la alusión a ellos con



la referencia también expresa a los principios de eficacia y seguridad jurídica, que también forman parte del conjunto de principios que rigen la buena praxis normativa.

La deslegalización que se lleva a cabo en el último inciso del apartado segundo del artículo 1 no es inconciliable, por otra parte, con el principio de legalidad que consagra en su primer inciso. La inclusión del tratamiento de los plazos en las materias susceptibles de regulación reglamentaria debería quedar limitada, sin embargo, a los propios de la tramitación del procedimiento por razón de la especialidad, sin alcanzar, por tanto, a las normas comunes que rigen el carácter obligatorio de los plazos y su cómputo, el plazo máximo para notificar la resolución expresa, y los plazos de caducidad, de revisión de los actos y de recursos.

En cualquier caso, debe tenerse presente el efecto derivado de la Disposición transitoria tercera del Anteproyecto, que establece que a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley -proyectada- no les será de aplicación, rigiéndose por la normativa anterior, por lo que los trámites adicionales o distintos, la concreción de los órganos competentes, plazos, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar establecidos en normas reglamentarias vigentes mantendrán su vigencia.

2.- El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley proyectada se establece mediante una técnica de remisión al artículo 2 del Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que define a los efectos de dicha Ley -proyectada- el concepto de Administraciones Públicas. Debe advertirse que el referido precepto incluye en su ámbito subjetivo de aplicación diversos órganos, casi todos ellos de carácter constitucional, entre los que se encuentra el CGPJ, que cuenta con su normativa específica reguladora de su organización y funcionamiento (el Reglamento 1/1986), y cuya actuación administrativa somete, de forma supletoria, a los dictados de la proyectada Ley de Régimen Jurídico. El empleo de esta técnica de remisión, sin embargo, no resulta enteramente satisfactorio, ni permite determinar con claridad el grado de aplicación del texto de la reforma a la actuación administrativa del CGPJ.

Por otro lado, el apartado tercero del artículo 2 de la proyectada Ley de Régimen Jurídico incluye en el concepto de Administración Pública a "cualesquiera otros organismos públicos y entidades vinculadas o dependientes (...)", lo que confiere al texto de reforma objeto de informe una amplitud desmesurada.



Sería preferible que el Anteproyecto estableciese expresamente su ámbito subjetivo de aplicación, determinando las Administraciones a las que resulta de aplicación, así como aquellos organismos respecto de cuya actuación habrá de tener aplicación supletoria, sin remitirse a otra norma también en proyecto; conveniencia tanto mayor cuanto, al efectuarse la remisión a una norma todavía en tramitación, pueden suscitarse problemas de coordinación entre las normas en proyecto, que habrían de ser tramitadas *pari pasu*, en evitación de ellos.

## II

1.- El Título I versa sobre los órganos administrativos y los interesados en el procedimiento, y se estructura en dos capítulos.

El Capítulo I se refiere a los órganos administrativos, y se articula en tres secciones que tienen por objeto, respectivamente, los principios generales y la competencia, los órganos colegiados y el régimen de abstención y recusación.

2.- El artículo 4 regula la competencia de los órganos administrativos –que define en el artículo anterior-, incluyendo la delegación de competencias entre las técnicas de reasignación que no suponen alteración de la titularidad (segundo párrafo del apartado primero), lo que es coherente con su sentido conceptual. Al regular esta (artículo 5), establece reglas específicas para la determinación del órgano competente para aprobar la delegación en el ámbito de la Administración General del Estado, prescindiendo, por tanto, del carácter básico de la regulación en este punto. Convendría que en el listado de instituciones políticas no sujetas a delegación de competencias que se recoge en el apartado segundo, letra a) del artículo se añadieran las Presidencias de los Consejos de Diputados de las Diputaciones Forales del País Vasco y de las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco por tener la misma configuración que los Consejos de gobierno, en el primer caso, y la misma naturaleza parlamentaria que las asambleas legislativas, en el segundo.

Por otra parte, el artículo 6.2 se establece que en los supuestos de avocación el acto por el que se disponga deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento con anterioridad o simultáneamente a la resolución final que se dicte. Parece más correcto, sin embargo, que el acto de avocación sea notificado con anterioridad a la resolución final, toda vez



que si se hiciera simultáneamente se privaría a los interesados de la posibilidad de recusar al órgano superior que ha avocado.

3.- El artículo 7 regula las encomiendas de gestión, actualmente tratadas en el artículo 15 de la LRJPAC, cuyo apartado quinto exceptúa de su régimen las actividades que deban recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas de Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.

Antes de la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se asumía con normalidad que los encargos de gestión regulados en la LRJPAC incluían aquellos cuyo objeto podía ser propio de un contrato. La Ley de Contratos del Sector Público pasó a contemplar los encargos cuyo objeto era propio de un contrato, pero lo hizo para considerar que si se cumplían los requisitos del medio propio, entonces no era aplicable la Ley.

En efecto, el artículo 4.1 n) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público excluye de su ámbito de aplicación los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 26.4, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación; y exceptúa de dicha regla, sin embargo, los contratos que pueda celebrar el medio propio con terceros.

La jurisprudencia europea [cfr. SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, Teckal, asunto C-107/98 (ECLI:EU:C:1999:562), 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, asunto C-458/03 (ECLI:EU:C:2005:605), 11 de enero de 2005, Stadt Halle, asunto C-26/03 (ECLI:EU:C:2005:5), 13 de enero de 2005, Comisión/ España, asunto C-84/03 (ECLI:EU:C:2005:14), y 19 de abril de 2007, Tragsa, asunto C-295/05 (ECLI:EU:2005:227)] ha delimitado la doctrina de los contratos "*in house providing*", considerándolos una excepción a la regla general de sometimiento a los procedimientos públicos de todo tipo de contratos celebrados por los poderes adjudicadores. Dicho carácter excepcional del régimen general de los contratos públicos parte de la premisa de que la aplicación de las directivas que los regulan depende de la existencia de un contrato celebrado entre dos personas distintas, y, más allá de las directivas, se justifica en el derecho originario de la Unión



Europea que consagra el principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación.

La concurrencia de la regulación de las encomiendas de gestión en la legislación de contratos del sector público y en la LRJPAC debe resolverse en el sentido de considerar que la encomienda de gestión que esta contempla ha quedado circunscrita a todas las materias ajenas a la contratación, y, por tanto, su objeto no puede incluir prestaciones o actuaciones propias de los contratos públicos a cambio de una prestación económica equivalente al valor de la prestación. Por tanto, las encomiendas o encargos de gestión incluidos en la LRJPAC son aquellos no aludidos en la Ley de Contratos del Sector Público, de manera que unos se refieren a los encargos con objeto "no contractual", y los otros a encargos con objeto "contractual".

Pues bien, el artículo 7.1, párrafo segundo, del Anteproyecto recoge esta conclusión al disponer que las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto actos de contenido jurídico ni prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público, las cuales se regirán exclusivamente por la misma. Por tanto, en la medida en que sea así, se debe acoger favorablemente esta redacción del precepto, por más que ese reenvío a las normas de la legislación de contratos lo sea a aquella que dispone que no se aplicará esta legislación si concurren los requisitos del medio propio (es decir, el artículo 4.1 n, y el artículo 26.4 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Con todo cabría considerar que el precepto ganaría en claridad si el último inciso del segundo párrafo del artículo 7 indicase "Las encomiendas de gestión que tengan por objeto dichas prestaciones se regirán por lo dispuesto en los artículos 4.1 n) y 26.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público", o una fórmula similar.

4.- El artículo 9, en su apartado cuarto, del Anteproyecto establece que en las resoluciones y actos que se dicten mediante suplencia se hará constar esta circunstancia y se especificará la autoridad cuya suplencia se ejerce y la autoridad que efectivamente la está ejerciendo. Esta previsión no se contiene en el artículo 17 de la LRJPAC, y, sin embargo, parece oportuna su inclusión en el texto de la reforma, a la vista del criterio mantenido en la STS, Sala Tercera, de 23 de abril de 2012 (recurso 5017/2009), que incide en la necesidad de que se especifiquen las causas de la suplencia, si bien ha



precisado que la falta de expresión de la causa en el expediente administrativo no constituye más que una irregularidad no invalidante.

5.- Por su parte, el artículo 10 recoge el precepto que actualmente se contiene en el artículo 20 LRJPAC, aunque desaparece del mismo el último inciso de su apartado primero, que establece la obligación impuesta al órgano incompetente de remitir directamente las actuaciones al que considere competente, si este pertenece a la misma Administración Pública.

Cabe imaginar que la eliminación de este requisito obedece a la necesidad de dar solución a los casos de conflicto de atribuciones entre una Administración y entes jurídicos-administrativos diversos. Por otra parte, la regla no impide que cada Comunidad Autónoma, en la legislación reguladora de su Administración propia, establezca reglas procedimentales y sustantivas en materia de conflictos inter-administrativos en el marco del texto de la reforma, lo cual, por lo demás, han llevado a cabo algunas Comunidades Autónomas, como la balear (Ley 3/2003, de 26 de marzo), la aragonesa (DLeg. 2/2001, de 3 de julio), o la catalana (Ley 26/2010, de 3 de agosto).

6.- En la regulación que el Anteproyecto hace de los órganos colegiados (sección segunda del Capítulo I) se deja notar la influencia de la STC 50/1999, de 6 de abril, que se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de la regulación de los órganos colegiados en la LRJPAC, y en particular sobre su carácter básico. El Alto Tribunal precisó que la competencia legislativa del Estado para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas atribuida conforme al artículo 149.1-18º CE no puede llegar a tal grado de detalle y plasmarse de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias, siendo contrario al orden constitucional de competencias la atribución de carácter básico a una regulación tan acabada y minuciosa; lo que, si bien no era predicable del artículo 22 LRJPAC, sí lo era de sus artículos 23, 24 y 25, que regulan determinados aspectos relativos al presidente, a los miembros y al secretario de los órganos colegiados, respecto de los cuales negó su carácter de normativa básica.

La regulación que contiene el Anteproyecto de los órganos colegiados respeta esas directrices de la jurisprudencia constitucional y elude establecer un régimen detallado y minucioso de los órganos colegiados, de su composición -el artículo 12 se limita a contemplar la existencia del secretario y establecer con carácter general su funciones- y su



funcionamiento, lo que garantiza su carácter básico y justifica su regulación en el marco de la normativa de procedimiento común, al tiempo que deja abierta la puerta a la regulación autonómica de esta materia.

Debe significarse, sin embargo, que el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que ha sido sometido también a informe de este Consejo, incluye en su ámbito material el régimen de los órganos colegiados. Esta doble regulación de los órganos colegiados, aun con diferente intensidad y carácter, contenida en los dos Anteproyectos de tramitación paralela, parece contradecir el objetivo de ambos textos de regular por separado los aspectos vinculados a las relaciones *ad intra* de las Administraciones Públicas, y sus relaciones *ad extra*, además de arrostrar una complejidad añadida a la tramitación parlamentaria de ambas normas en cuanto a su coordinación normativa.

En consecuencia, y en coherencia con los objetivos y finalidades perseguidos por los Anteproyectos citados, informados en este momento por el Consejo, cabe plantearse la adecuación de incorporar toda la regulación de esta materia en el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que también ha sido sometido a la consideración de este órgano constitucional, identificando con claridad cuáles de sus contenidos gozarán de carácter básico, y cuáles carecerán del mismo, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, debe destacarse que el artículo 13 recoge las previsiones contenidas en la disposición adicional de la Ley 11/2007 relativas a la constitución y adopción de acuerdos por medios electrónicos.

Convendría, en otro orden de cosas, que el prelegislador, al contemplar en el artículo 14 la posibilidad de grabación de las sesiones del órgano colegiado, tuviera en cuenta el carácter secreto que pueden tener algunas de ellas.

7.- En la regulación de la abstención el Anteproyecto mantiene (artículo 15.3) la precisión, igualmente contenida en el artículo 28.3 de la Ley vigente, de que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en quienes concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.



La jurisprudencia ha venido aplicando el principio de conservación de los actos a los casos en los que, descontando los votos de quien, debiendo abstenerse, no lo hizo, el resultado de la votación se mantendría inalterado (SSTS, Sala Tercera, de 27 de enero de 2000 y 1 de octubre de 2002). No obstante, en el ámbito local parece regir la regla contraria (artículo 185, en relación con el artículo 21, del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales –ROF-). En la reciente STS de 18 de febrero de 2013 la Sala Tercera del Tribunal Supremo se hace eco de la necesidad de examinar la cuestión caso por caso, y declaró, en el supuesto que contemplaba, que la omisión del deber de abstención constituía, en aquel caso, una gravísima irregularidad que no podía ser calificada como vicio no invalidante del artículo 63.2 de la LRJPAC, sino como un vicio invalidante, pues quedaba afectado –allí– el interés público general y la transparencia en materia de contratación.

En atención a esta orientación, el precepto del texto de reforma podría mejorarse técnicamente indicando que la concurrencia de motivos de abstención no implicará, necesariamente, y *en todo caso*, la invalidez de los actos.

8.- El capítulo II, que se destina a los interesados en el procedimiento, se desdobra en dos secciones, la primera de las cuales se reserva a la regulación de la capacidad de obrar y al concepto de interesado y a su representación.

9.- La capacidad de obrar administrativa, actualmente regulada en el artículo 30 LRJPAC, se contempla en el artículo 17 del texto de reforma en términos similares a los de la norma vigente. Cabe reflexionar, al respecto, en torno a la conveniencia de que la norma haga una referencia expresa a la capacidad de obrar de los extranjeros, que el artículo 13 CE equipara, en materia de libertades públicas, a los nacionales, equiparación que se produce en otras posiciones activas del Derecho administrativo, si bien los derechos *activae civitatis* del artículo 23 CE están reservados a los nacionales, salvo lo que por ley o tratado pueda disponerse para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales; previsión constitucional que debe contemplarse a la luz del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de los artículos 1 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), del artículo 6 TUE, y de los artículos 18 y 20 TFUE. A este respecto, debe tenerse en cuenta la distinción que introduce la STC 236/2007, de 7 de noviembre, al analizar la constitucionalidad de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y



libertades de los extranjeros en España, respecto de los diferentes derechos de que gozan, diferenciando los recogidos en el Título I CE, que les corresponden por mandato constitucional, los que la Constitución les atribuye de forma específica, y aquellos otros, no previstos en la Constitución, respecto de los que el legislador tiene mayor libertad de regulación.

En lo concerniente a la capacidad de obrar del menor, que la letra b) del artículo 17 del Anteproyecto reconoce al menor de edad *"para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela"* –en iguales términos que el vigente artículo 30-, se hace patente la conveniencia y la oportunidad de superar las dudas interpretativas que en la doctrina ha suscitado dicho precepto, de tal forma que desde la norma se precise si es necesario que la legislación administrativa sustantiva permita expresamente al menor actuar ante la Administración por sí mismo, o basta que la ley no lo prohíba expresamente. A este respecto, cabe recordar que la STS de 20 de mayo de 2003 (recurso 544/1999) parece seguir la primera de las interpretaciones, sobre la base de que la capacidad de obrar en el ámbito del Derecho administrativo se rige por las normas civiles.

La capacidad de obrar se extiende, como novedad del Anteproyecto, a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y a los patrimonios independientes o autónomos, siempre que la ley lo declare expresamente. Esta determinación por ley de la capacidad de obrar ante la Administración de entidades sin personalidad jurídica, que por lo demás es coherente con la apertura jurisprudencial del concepto de interesado y con la amplitud de la legitimación en el procedimiento administrativo, deberá contemplar en cada caso a través de quién se articula esa capacidad de obrar actuando en representación de la entidad, representación que ha de venir determinada *ex lege*, diferente, por tanto, de la representación voluntaria que contempla el artículo 32 LRJPAC y el artículo 19 del texto proyectado.

10.- Las novedades que introduce el Anteproyecto en materia de representación (artículos 19 y 20) se contraen, en primer término, a regular la representación –voluntaria- conferida por medios electrónicos, que cabe efectuar por apoderamiento "apud acta" mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica. El texto proyectado es un tanto impreciso en este punto, pues confunde el acto de apoderamiento a través del cual se confiere la representación, y que puede tener lugar



mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, con la forma de acreditar la representación, lo que podrá hacerse con el mismo acto de apoderamiento mediante comparecencia, pero también mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de la representación otorgada, y mediante, previa inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente que se regula en el artículo 20, el documento electrónico que acredite el resultado de la consulta al registro electrónico de apoderamientos, que deberá incorporarse al expediente administrativo conforme establece el apartado quinto del artículo 19. Cabe, por tanto, sugerir que la redacción de los apartados cuarto y quinto del artículo 19 refleje adecuadamente las formas en que, según lo expuesto, se puede acreditar la representación.

Paralelamente, el Anteproyecto (artículo 20) contempla la creación de los registros electrónicos generales de apoderamientos en cada Administración Pública, así como la posibilidad de creación de registros similares en cada organismo para la realización de los trámites específicos de cada uno, que deberán ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, y de forma que permitan comprobar, mediante la consulta al registro correspondiente, la representación que ostentan quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero.

A este respecto, resulta oportuno hacer las siguientes observaciones: a) debería establecerse expresamente en la norma la validez y eficacia del apoderamiento otorgado ante una Administración frente a las restantes Administraciones Públicas, con independencia de su suficiencia para la actuación concreta de que se trate; lo que es coherente con el derecho a no presentar datos y documentos no exigidos que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas que, respecto de los interesados en el procedimiento, reconoce el artículo 67.1 d) del Anteproyecto, y que se atribuye con carácter general a todos los ciudadanos en sus relaciones por medios electrónicos con las Administraciones Públicas en la actividad administrativa en el artículo 6.2 b) de la Ley 11/2007; como también es coherente con la interoperabilidad de la identificación y autenticación electrónica que se establece en el artículo 21 de esta misma Ley, y en el artículo 23.3 del Anteproyecto, así como con la interoperabilidad de los registros electrónicos que, con carácter general, exige el artículo 30.4 del Anteproyecto; b) no se explica ni se establece la interoperabilidad de estos registros con otros de carácter más general, como los registros mercantiles y de la propiedad, y menos aun con los protocolos notariales; y c) la regulación de la creación y funcionamiento de



estos registros, así como la regulación de los registros electrónicos generales y archivos electrónicos que contemplan los artículos 30 y 31 del texto proyectado, y, en general, la regulación del procedimiento electrónico, debería ir precedida de la regulación expresa de la sede electrónica en los términos que actualmente se establecen en el artículo 10 de la Ley 11/2007 –la cual, debe retenerse, se deroga íntegramente por la Ley en proyecto-, así como, en su caso, del punto de acceso al que se refiere el artículo 27 a) del Anteproyecto; previsiones estas últimas que, sin embargo, respecto de la Administración de Justicia, sí fueron recogidas en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Por otra parte, se suscita la conveniencia de suprimir la mención a “directos” al referirse el artículo 22 a aquellos nuevos interesados a los que se deberá comunicar de la tramitación del procedimiento. Asimismo, la norma debería garantizar el derecho de audiencia a los nuevos interesados, y precisar que con su notificación se interrumpirá el plazo de caducidad.

11.- El Anteproyecto dedica la sección segunda del capítulo segundo de este Título II a regular los sistemas de identificación de los interesados en el procedimiento (artículo 23) y los sistemas de firma admitidos por las Administraciones Públicas (artículo 24), así como su uso en el procedimiento administrativo (artículo 25) y la asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (artículo 26).

El artículo 23.2 dispone que los interesados podrán identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de cualquier sistema de identificación que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad. En particular, serán admitidos los sistemas siguientes: a) sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la “lista de confianza de prestadores de servicios de certificación” establecidos en España; a estos efectos, se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los certificados electrónicos de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica; b) sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico expedidos por prestadores incluidos en la “lista de confianza de prestadores de servicios de certificación” establecidos en España; y c) sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.



Por su parte, el artículo 24.2 establece que en el caso de que los interesados optaran por relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, se considerarán válidos a efectos de firma: a) los sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la "lista de confianza de prestadores de servicios de certificación" establecidos en España; a estos efectos se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los certificados electrónicos de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica; b) sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico incluidos en la "lista de confianza de prestadores de servicios de certificación" establecidos en España; y c) cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

El Anteproyecto, de esta forma, incorpora a la regulación del procedimiento administrativo común el régimen de identificación, autenticación y acreditación establecido en la Ley 11/2007 y en el Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, que distingue y regula diferenciadamente la identificación electrónica (capítulo II) y la firma electrónica (sección cuarta del capítulo III), así como los servicios de confianza cualificados (sección tercera del Capítulo III), y las listas de confianza (artículo 22).

No obstante, aun cuando la norma proyectada permite, con carácter general, que los interesados puedan identificarse y firmar electrónicamente a través de cualquier sistema de identificación que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar la identidad (artículo 23.2, primer inciso), así como a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad (artículo 24.1), y aun cuando en dichas reglas pudiera entenderse comprendida la utilización de los sistemas de firma electrónica incorporados al documento nacional de identidad, parece conveniente establecer de forma expresa que las personas físicas podrán utilizar en todo caso y con carácter universal dichos sistemas, en los términos previstos en los artículos 13.2 a) y 14 de la Ley 11/2007.



El texto proyectado, en la línea de facilitar el acceso de los ciudadanos a las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, impone a estas la obligación de garantizar la efectividad del derecho que, con tal contenido, reconoce en el artículo 27 b), y de asistir en el uso de los medios electrónicos a los interesados a quienes no se imponga el deber de relacionarse electrónicamente con la Administración; asistencia que comprende la realización por los empleados públicos de la identificación y de la firma electrónica de aquellos interesados que no dispongan de medios electrónicos necesarios para ello (artículo 26.2). Esta previsión es coherente, no solo con los principios de simplificación, de igualdad, de eficacia y de cooperación por parte de las Administraciones Públicas (cfr. artículo 4, b y e, de la Ley 11/2007) que inspiran la regulación proyectada, sino, particularmente, con los derechos a comunicarse con la Administración por medios electrónicos, de asistencia en el uso de tales medios y de obtener y utilizar los medios de identificación y firma electrónica contemplados en el Anteproyecto (artículo 27 a, b y g).

### III

1.- El Título II, relativo a la actividad de las Administraciones Públicas, se abre con unas normas generales, entre las que se incluye el catálogo de derechos reconocidos a las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas (artículo 27), que comprende el haz de derechos y facultades que integran el más amplio de relacionarse por medios electrónicos.

Este conjunto de derechos viene establecido en la Ley vigente en el artículo 35, que los refiere a los ciudadanos, mientras que el texto proyectado los atribuye a "las personas". Esta forma de designar al titular de los derechos es un tanto imprecisa, resulta insuficiente en determinados casos –aquellos donde no sea posible reconocer el rasgo de la personalidad, ya física, ya jurídica, como sucede con los grupos de afectados, uniones y entidades sin personalidad jurídica y en los patrimonios independientes o autónomos-, y en todo caso se aparta de la terminología utilizada en los textos normativos vigentes (LRJPAC, Ley 11/2007). Debe tenerse en cuenta que, si bien la titularidad de los derechos subjetivos reconocidos es susceptible de ser atribuida a personas físicas y jurídicas que actúen a través de quienes ostenten su representación orgánica, también lo es de vincularse a entidades carentes de personalidad a las que se reconozca capacidad de obrar ante la Administración, y que actúen, en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes en que se resume la capacidad de obrar, por



medio de personas, físicas o jurídicas, que les representen en tales relaciones. Por ello, cabría considerar más adecuado referir la titularidad de los derechos que se reconocen en el texto proyectado a aquellos sujetos a los que atribuye capacidad de obrar ante la Administración.

El Anteproyecto opta, por otra parte, por tratar diferenciadamente los derechos que corresponden, con carácter general, a estos sujetos, y aquellos que se vinculan exclusivamente, por razón de su objeto, a los interesados en el procedimiento administrativo (artículo 67). El artículo 35 de la vigente Ley, por el contrario, recoge indiferenciadamente el catálogo de derechos que atribuye a los ciudadanos. Parece más correcto, sin embargo, el tratamiento sistemático que el Anteproyecto hace de los derechos, que conduce a separar la regulación de ambos grupos atendiendo a su objeto y al ámbito donde habrán de actuarse, por cuanto los derechos que se reconocen con carácter general comprenden en gran medida los referidos a las relaciones con las Administraciones por medios electrónicos y los que vienen impuestos por las reglas de buena administración o gobernanza, predicables, por tanto, de todos los sujetos a quienes se reconoce capacidad de obrar ante la Administración, en tanto que los que se vinculan a los interesados constituyen, bien proyecciones de aquel derecho general de relacionarse electrónicamente con la Administración sobre las distintas fases, trámites y actuaciones del procedimiento, bien facultades que se refieren concretamente a estos y destinadas a hacerse valer en el marco del procedimiento.

La Ley proyectada no se limita a reconocer con carácter general el derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas con medios electrónicos, sino que establece la obligación de relacionarse a través de los mismos para determinados sujetos, ya sea por presumir de ellos la capacidad para acceder y disponer de tales medios, ya sea por razón de una especial vinculación de determinados colectivos o personas con la Administración.

El artículo 28.2 establece esa obligación, al menos, para los siguientes sujetos: a) personas jurídicas; b) entidades sin personalidad jurídica; quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional, incluyéndose en todo caso dentro de este colectivo a los notarios y los registradores; c) quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración; y e) los empleados públicos de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición.



El precedente de dicho precepto se encuentra en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, conforme al cual las Administraciones Públicas podrán establecer reglamentariamente la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas y colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados, tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.

Esta disposición se ha incorporado casi literalmente –se ha eliminado la referencia a las personas jurídicas- al apartado tercero del artículo 28 del Anteproyecto.

En desarrollo de lo previsto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, el artículo 32 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, dispone que la obligatoriedad de comunicarse a través de medios electrónicos con los órganos de la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes, en los supuestos previstos en aquel artículo de la Ley, podrá establecerse mediante orden ministerial, pudiendo comprender dicha obligación, en su caso, la práctica de notificaciones administrativas por medios electrónicos, así como la necesaria utilización de los registros electrónicos que se especifiquen. En la norma que establezca la obligación –que deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado y en la sede electrónica del órgano u organismo público de que se trate- se especificarán las comunicaciones a las que se aplique, el medio electrónico de que se trate y los sujetos obligados.

Pues bien, a la vista de este panorama normativo, el precepto por el que el prelegislador impone la obligación de relacionarse electrónicamente en determinados casos merece las siguientes consideraciones:

- a) En primer término debe ponerse de relieve que la norma no contiene una enumeración cerrada de los sujetos y colectivos a los que va dirigida la obligación, por lo que se abre la posibilidad de que por vía reglamentaria, en desarrollo del texto legal de reforma, pueda extenderse a otros sujetos y colectivos distintos de los que enumera, al margen de las condiciones de accesibilidad y disponibilidad para la utilización de los medios electrónicos determinadas y acreditadas por su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos considerados en el apartado tercero del artículo 28.



- b) La habilitación normativa para establecer la obligación que se contiene en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, y también en el artículo 28.3 del Anteproyecto, se realiza sobre la base de la concurrencia de aquellas condiciones económicas, técnicas, profesionales o de otra índole que permitan suponer fundadamente que el sujeto o colectivo destinatario de la obligación tiene capacidad para acceder y disponer de los medios electrónicos. Por tanto, será la norma reglamentaria la que deberá justificar la imposición de la obligación a los sujetos y colectivos destinatarios en atención a tales condiciones demostrativas de su capacidad, en donde se residencia la posibilidad de control de la legalidad de la obligación y, por ende, de la propia norma que la establece, que desaparece sin embargo cuando el deber se impone desde la propia ley habilitante, la cual aparece exenta de cualquier justificación acerca de aquellas condiciones que permiten suponer la capacidad de los obligados para relacionarse electrónicamente con la Administración.
- c) La norma presume esta capacidad en las entidades sin personalidad jurídica en todo caso, cuando la diversa tipología de estas, y su diferente objeto y actividad, no permite alcanzar tal presunción en términos absolutos e indiscriminados.

Es indudable que la imposición de la obligación de relacionarse por medios electrónicos en determinados casos se enmarca –y se explica– en el proceso de simplificación y eficacia administrativa que quiere llevar a cabo la Ley proyectada, en donde la colaboración de los administrados constituye un elemento indispensable, hasta el punto de que ha merecido su consagración legal (artículo 32), del mismo modo que se recoge positivamente en el artículo 39 de la vigente Ley. Pero la imposición *ex lege* de esta obligación no parece que pueda hacerse a espaldas de los principios de necesidad y proporcionalidad que proclama el artículo 1.2 del Anteproyecto, como tampoco soslayando las exigencias del principio de igualdad, de carácter constitucional e integrador del acervo del Derecho de la Unión Europea, no se olvide; principio que, junto con el de proporcionalidad –entre otros–, consagra el artículo 4 de la Ley 11/2007 al establecer aquellos que han de regir en el ejercicio del derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración.

Por tales razones, este Consejo considera que una adecuada convivencia de los señalados principios se lograría, bien determinando en la norma de forma cerrada aquellos sujetos y colectivos a los que se ha de imponer la obligación, supeditada, cuando se trata de entidades sin personalidad jurídica, personas físicas y colectivos, a la capacidad de acceso y



disponibilidad de los medios electrónicos determinada por su capacidad económica, técnica, dedicación profesional o por otros motivos establecidos en la propia norma, bien habilitando desde esta la regulación reglamentaria en términos similares a los del artículo 27.6 de la Ley 11/2007.

2.- El artículo 29, que versa sobre la lengua de los procedimientos, recoge en todos sus términos el contenido del artículo 36 de la Ley vigente, que, por lo demás, debe verse reforzado por la STC 50/90, de 26 de marzo, y por la STC 31/2010, de 28 de junio, en lo concerniente a la capacidad ordenadora de la legislación autonómica, circunscrita al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, que puede comprender la decisión de que su lengua oficial propia, distinta del castellano, sea el vehículo de comunicación en el seno de las Administraciones autonómica y local, y cauce normal, pero no exclusivo y preferente, de relación con los ciudadanos.

3.- El Anteproyecto, en la línea de incorporar la regulación de la administración electrónica, establece en su artículo 30 la creación del registro electrónico general del que habrá de disponer cada Administración, que funcionará como un portal que facilitará el acceso a los registros electrónicos de cada organismo, y que deberán ser interoperables entre sí. Estos registros, que estarán asistidos por la actual red de oficinas en materia de registros, podrán utilizarse para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones -facultad que en los casos establecidos reglamentariamente se tornará en obligación-, y hacer efectivas cantidades. Y el artículo 31 establece la llevanza por cada Administración de un archivo electrónico único de documentos electrónicos, en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 11/2007.

4.- Como ya se ha indicado, el artículo 32 del Anteproyecto recoge el deber de colaboración con las Administraciones Públicas, que se establece en el artículo 39 de la vigente Ley. El precepto merece únicamente la observación de que no contiene, como también sucede en el vigente, una previsión sobre las consecuencias del incumplimiento de este deber; y convendría, en cualquier caso, ampliar las excepciones a tal deber concluyendo el primer apartado de la norma con un inciso similar al siguiente: *"sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas"*.

Y en lo que al segundo apartado se refiere, que establece el deber de los interesados que conozcan datos que permitan identificar a otros interesados que no hayan comparecido en el procedimiento de proporcionarlos a la



Administración actuante, cabe destacar que el precepto se halla respaldado por la STC 76/1990, de 26 de abril, que impone prudencia <<*frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo (...)>>.*

5.- Los artículos 35, 36 y 37 regulan, respectivamente, la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y de notificarla, la suspensión del plazo para resolver, y la ampliación del plazo para resolver y notificar. Tanto la obligación de resolver como la suspensión del plazo, como, en fin, su ampliación, se regulan en la actualidad en el artículo 42 LRJPAC.

El prelegislador ha optado por regular separadamente la obligación de resolver y la suspensión del plazo, así como su ampliación, manteniendo, en esencia, el tenor de las disposiciones del vigente artículo 42 LRJPAC. Únicamente, al establecer la causa de suspensión del plazo por solicitarse informes preceptivos, ha hecho desaparecer el calificativo de “determinantes”, que creaba distorsiones en la aplicación del motivo de suspensión; y ha añadido otras causas, consistentes, en síntesis, en la litispendencia derivada de un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea, en el requerimiento de una Administración a otra para que revise o anule actos ilegales que constituyen el presupuesto del acto administrativo, en la prejudicialidad *stricto sensu*, en la litispendencia derivada de un procedimiento de revisión de oficio cuyo resultado sea determinante de la resolución de un recurso contra el acto administrativo objeto de la revisión, y en la realización de actuaciones complementarias por el órgano competente para dictar el acto. Esta ampliación de los supuestos de motivos de suspensión del plazo para resolver merece un juicio favorable, en la medida en que presentan un fundamento razonable y sirven a los principios de eficacia y de seguridad jurídica.

Con todo: i) Convendría añadir a la letra d) los casos que pueden dar lugar a la suspensión del procedimiento por razón de la solicitud de informes preceptivos de carácter técnico, médico, pericial, o cualquier otro de tales características que sean determinantes para la resolución del expediente; ii) Tal y como propuso el Consejo de Estado en su Memoria de 2003, “debe existir un acuerdo expreso de suspensión del procedimiento, sin que la mera petición de un informe o de un pronunciamiento previo de un órgano de la Unión Europea o la declaración de inicio de negociaciones o la realización de pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes implique automáticamente la suspensión. Todos los acuerdos de suspensión



del transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución han de ser notificados a los interesados, comunicándoles el plazo para la subsanación de deficiencias o la petición del informe o del pronunciamiento, o la realización de las pruebas o la concurrencia de los otros supuestos del artículo 45.2 de la Ley 30/1992. El de notificación del requerimiento para subsanar será precisamente el *dies a quo* del plazo de suspensión a que se refiere el párrafo a) del artículo 42.5. En otros casos, el *dies a quo* es el de petición del pronunciamiento de un órgano de la Unión Europea o el de la petición del informe (párrafos b y c del artículo 42.5). Aunque en el artículo 42.5 nada se dice acerca del momento en que puede adoptarse la decisión de suspender el transcurso del plazo, parece que habrá de ser adoptada antes del vencimiento del plazo para el trámite de que se trae. Así lo establece el artículo 49.3 de la Ley 30/1992 para la ampliación de plazos". iii) La duración de la suspensión para la realización de pruebas técnicas o análisis contradictorios y dirimentes debe limitarse al tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente porque "de los términos de la formulación de este supuesto legal parece excluirse la apelación al otorgamiento por la Administración del plazo general para la práctica de la prueba que, según el artículo 80.2, ha de ser no superior a treinta días ni inferior a diez, ya que aquel supuesto hace referencia a pruebas cuya práctica suscita ciertas dificultades o complejidades".

6.- En la Memoria del Anteproyecto el prelegislador indica que, por lo que respecta a las normas aplicables al silencio administrativo, se clarifican algunas dudas interpretativas surgidas desde la aprobación de la Ley 30/1992 acerca del sentido del silencio, y se establece como novedad que el certificado acreditativo del silencio, que hasta ahora debía ser solicitado por los interesados, pueda ser emitido de oficio por el órgano competente para resolver o a solicitud del interesado, indicando el sentido del silencio en el procedimiento de que se trate.

La regulación del silencio que contiene el Anteproyecto mantiene, en términos generales, las líneas del régimen del silencio administrativo establecidas en el artículo 43 LRJPAC, que ya había recogido la evolución normativa iniciada a raíz de la Ley 4/1999 en un constante caminar hacia el predominio de las consecuencias positivas ante el silencio de la Administración. Esta evolución, que ha sido puesta de relieve en la STC (Pleno) 52/2014, de 10 de abril, ha supuesto de forma paradójica el regreso de una concepción del silencio cercana a la contemplada en el régimen de la Ley de 1958. De este modo, tras la reforma de 1999 se precisa que la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la



consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, mientras que la desestimación por silencio tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (artículo 38.2 del Anteproyecto y 43.2 del texto vigente). Con ello, se desechó el concepto de "acto presunto de carácter desestimatorio", que el legislador había entendido hasta entonces como un acto administrativo dotado de un contenido determinado (denegatorio), y se retomó la configuración tradicional de los efectos del silencio negativo, como mera ficción procesal habilitada por el legislador para dejar expedita la vía impugnatoria procedente. Así, con la Ley de 1999 el silencio administrativo negativo deja de ser considerado "un acto" con efectos jurídicos para volver a la concepción tradicional conforme a la cual constituye una mera ficción legal que abre la posibilidad de impugnación.

Esta concepción es la que se mantiene en la regulación vigente (artículo 43 LRJPAC), y es la que se recoge también en el Anteproyecto (art. 38.2). Así, se indica que *"la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento"*, lo que supone que para desconocerlo hay que aplicar el procedimiento de revisión de oficio. Sin embargo, en cuanto al silencio negativo, se indica que *"la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente"*. No hay vinculación posible del sentido negativo del silencio con la posterior resolución administrativa, dado que no se habría producido acto administrativo alguno.

Debe recordarse que el artículo 43 LRJPAC fue modificado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En realidad, dicha ley únicamente modificó los apartados 1 y 2 del artículo 43, refundiéndolos en un solo apartado, reproduciendo íntegramente en el nuevo artículo 43 los apartados 3, 4 y 5 del antiguo artículo 43, a los que enumera como apartados 2, 3 y 4.

Pues bien, tras un análisis comparativo del régimen vigente sobre el silencio administrativo y del contenido en el Anteproyecto, cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) Antes de la reforma de 2009, el artículo 43.1 exceptuaba del silencio positivo, entre otros, los supuestos en que una norma con rango de ley lo estableciera. Tras dicha Ley se contemplan como



excepción los supuestos establecidos por normas con rango de ley por razones imperiosas de interés general. El inciso "por razones imperiosas de interés general", para cuya inteligencia debía acudir a una ley posterior, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que define en su artículo 3 qué debe entenderse por tales razones, desaparece en el Anteproyecto, lo que es elogiable, pues dicha expresión constituye un concepto jurídico indeterminado cuyo control sólo puede residenciarse, en último término, en el Tribunal Constitucional. El legislador español, por lo demás, se había inclinado por una concepción muy amplia de lo que debe entenderse por las mencionadas razones, en la medida en que la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009 considera que concurren razones imperiosas de interés general en todos los procedimientos vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 25/2009, en que se prevén efectos desestimatorios, por leyes internas o por el Derecho de la Unión Europea, para los procedimientos que no se resuelvan y notifiquen en el plazo establecido.

b) Entre las excepciones al silencio positivo se encuentran los supuestos en los que se transfieren al solicitante o a terceros facultades relativas a dominio público o al servicio público. Es una excepción tradicional en el Derecho administrativo patrio, y se corresponde con regulaciones sectoriales contenidas en diversos textos legales. La excepción así formulada puede originar, sin embargo, ciertas dudas interpretativas acerca de lo que cabe considerar como transferencia de facultades a los particulares. Un ejemplo de ello se encuentra en la STC 149/2011, de 28 de septiembre, donde se considera adecuado a derecho el régimen de silencio administrativo positivo existente en la regulación de los contratos de cesión de derechos de uso de aguas (artículo 68 del Texto Refundido de la Ley de Aguas) y para los supuestos en los que la Administración hídrica no emita la necesaria autorización de dichos contratos en los plazos establecidos. El Tribunal razona que la afección al dominio público ya se ha producido y se ha tenido en cuenta en el otorgamiento de la primitiva concesión, cuyos derechos al aprovechamiento de las aguas son objeto de transacción en el contrato de cesión de derechos de uso de agua, disponiendo el legislador de completa libertad, entonces, a la hora de establecer el sentido del silencio administrativo en los procedimientos administrativos relativos a dichos contratos.



- c) En esta misma línea, y aun cuando no es estrictamente materia de dominio público ni de servicio público, la jurisprudencia europea sigue el criterio de que no cabe silencio administrativo positivo en relación con la solicitud de autorizaciones para el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente (STJUE de 14 de junio de 2001, asunto C 230/00, Comisión /Bélgica, ECLI:EU:C:2000:341); orientación jurisprudencial que sería aconsejable que el prelegislador tuviera a la vista.
- d) En el artículo 38.1, segundo párrafo, del Anteproyecto, se incluye el sentido desestimatorio del silencio en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Si bien esta excepción no se incluye en el vigente artículo 43 de la Ley, está prevista en el artículo 142.7 del texto vigente. Del mismo modo, se incluyen los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados.
- e) El prelegislador ha abordado los problemas interpretativos que se suscitan en torno al doble silencio y la tramitación de un recurso de alzada. El artículo 38.1 del Anteproyecto mantiene las líneas generales de la regulación del silencio en estos casos, si bien introduce algunas mejoras técnicas respecto del texto vigente. Se añade, en relación con la regulación anterior, que el recurso de alzada se entenderá estimado si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase "y notificase" la resolución, y "*siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado*". Esta previsión, desde luego, es también elogiable, pues actualmente existe un olvido del legislador al no referirse, junto a la exigencia de dictar resolución expresa, a la también exigible notificación.

Desde luego, podría plantearse por qué se establece la regla del silencio positivo solo respecto de los recursos de alzada, y no se extiende a los de reposición –respecto de los que, sin embargo, la STS de 2 de febrero de 2012 rechazó dicho efecto-; pero lo relevante es que con la inclusión de la expresión "*siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado*", el prelegislador parece haber optado por seguir el criterio del Tribunal Supremo (STS de 8 de enero de 2013), según el cual el doble silencio no se puede traducir en positivo cuando opera alguna de las excepciones que lo convierten automáticamente en negativo, que se contraen al ejercicio de derecho de petición, y facultades relativas al



dominio público o servicio público: *"Esta contraexcepción no debe regir en los casos de derecho de petición o de facultades relativas al dominio público, pero rige sin duda en los casos exceptuados del silencio positivo en el primer párrafo del artículo 43.2 de la Ley 30/92. La lógica así lo impone: si el supuesto es de un recurso de alzada contra una desestimación presunta, de suyo va que se refiere a materia en la que, por excepción, no rige la norma general del silencio positivo, sino el negativo. En conclusión, la Ley 30/92 quiere que en los casos de desestimación presunta de un recurso de alzada interpuesto contra una desestimación presunta, el silencio sea positivo aunque en vía de petición rija, por otra Ley, el silencio negativo. Por lo tanto, producido el silencio (y por doble vez) la Administración podía dictar resolución en sentido contrario"*. Por tanto, si el Alto Tribunal considera que no opera el doble silencio, transformado en positivo, más que en materia de derecho de petición, dominio público y servicio público, y el prelegislador ha querido plasmar positivamente esta orientación jurisprudencial, lo adecuado, en buen técnica, hubiera sido establecerlo de forma clara y expresamente, para evitar dar un mayor alcance a la contraexcepción, pues, no se olvide que en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 38 ha incluido también expresamente, entre las excepciones a la regla del silencio positivo, los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

- f) Se mantiene, sin embargo, el problema de las resoluciones tardías y el plazo de formulación del recurso contencioso-administrativo contra el silencio de la Administración. El plazo de interposición de este recurso es el regulado en el artículo 46 de la LJCA, en cuyo segundo inciso del primer apartado establece que si se recurre contra una resolución no expresa *<<el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que de acuerdo con su normativa específica se produzca el acto presunto>>*. Cabe recordar que no pocas sentencias, basándose en que la regulación del artículo 43 LRJPAC no configura la desestimación presunta por silencio administrativo como un real acto administrativo, sostienen que en esos casos no existe plazo para recurrir. Se recuerda, de esta forma, la jurisprudencia anterior a la Ley 30/1992 (cfr. STS de 23 de enero de 204 y SSTC 175/2006, 171 y 175/2008), que equiparaba al régimen de notificaciones defectuosas (artículo 79.3 de la Ley de 17 de julio de 1958) la desestimación presunta por silencio administrativo de las peticiones de los particulares con la consecuencia de la inexistencia



del plazo para recurrir, como sucede con las notificaciones defectuosas. Se suscitaba de este modo la inconstitucionalidad de la regulación del plazo para recurrir prevista en el segundo inciso del artículo 46.1 LJCA, cuestión que fue abordada por la STC, Pleno, 52/2014, de 10 de abril, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de seguridad jurídica.

La sentencia razona que el artículo 46.1 de la LJCA no establece plazo para impugnar el silencio negativo porque habría sido implícitamente derogado por la reforma de la LRJPAC introducida por la Ley 4/1999, de manera que el plazo sólo subsiste para el silencio positivo. Fue este razonamiento el que, en rigor, sirvió para salvar la constitucionalidad del artículo 46.1 LJCA. Concretamente, la sentencia dijo:

*<< Los arts. 42 a 44 LPC fueron modificados por la Ley 4/1999 teniendo a la vista el régimen legal de impugnación de los "actos presuntos" establecido en el art. 46.1 LJCA, precepto que no fue derogado ni modificado con ocasión o como consecuencia de dicha reforma. Por tanto, habida cuenta de que, primero, el inciso segundo del art. 46.1 LJCA que regula el plazo de impugnación del "acto presunto" subsiste inalterado; segundo, que tras la reforma de 1999 de la Ley 30/1992 en los supuestos de silencio negativo ya no existe acto administrativo alguno finalizador del procedimiento (artículo 43.2 LPC), ni un acto administrativo denominado "presunto" basado en una ficción legal como se desprendía de la redacción originaria de la ley 30/1992; y tercero, que la Administración sigue estando obligada a resolver expresamente, sin vinculación al sentido negativo del silencio (arts. 42.1 y 43.3 b, LPC), el inciso segundo del art. 46.1 LJCA ha dejado de ser aplicable a dicho supuesto. En otras palabras, se puede entender que, a la luz de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1 LJCA>>.*

No está de más retener que la sentencia cuenta con un voto particular en donde se explica cómo la cuestión de inconstitucionalidad proporcionaba una excelente ocasión para continuar precisando la arraigada línea jurisprudencial sobre la incompatibilidad con el art. 24.1 CE de la interpretación judicial de



normas procesales que cerraban el paso a la jurisdicción de acciones impugnatorias frente a desestimaciones producidas por silencio administrativo. Jurisprudencia que se extiende durante casi tres décadas, a partir de la STC 6/1986, de 21 de enero, cuando todavía estaban vigentes la Ley de procedimiento administrativo de 1958 y la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) de 1956, y que el Tribunal Constitucional confirmó después en la STC 14/2006, de 16 de enero, cuando ya se habían promulgado la Ley 30/1992 y su reforma de 1999 y la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998.

Conviene retener, en este punto, que la STC 37/2012, de 19 de marzo, y en la misma línea las SSTC 98/2012, de 7 de mayo, y 93/2012, de 7 de mayo, han considerado que el artículo 43 LRJPAC y el artículo 46 LJCA ofrecen una opción al interesado: recurrir ante los tribunales, una vez producido el silencio administrativo, o esperar la resolución expresa del recurso, sin que con el trascurso de los plazos devenga firme el acto recurrido en alzada. Por tanto, consideran contrarios al artículo 24.1 CE los pronunciamientos judiciales de inadmisión de los recursos contencioso-administrativos por extemporaneidad –por no haber impugnado judicialmente en su día la desestimación presunta del recurso administrativo- fundamentados en considerar la existencia de una resolución administrativa expresa dictada fuera de plazo solo como un acto confirmatorio de lo ya resuelto de manera consentida y firme por silencio, en tanto que supone una interpretación irrazonable y contraria al principio “*pro actione*” deducir del comportamiento pasivo de quien recurre, derivado de la propia inactividad de la Administración, un consentimiento con el contenido del acto administrativo que ha impugnado. Y las indicadas sentencias argumentan acerca de la inexistencia de firmeza del acto sobre la base de que la resolución objeto de un recurso de alzada no alcanza firmeza hasta que no se desestime este expresa y totalmente, pues hasta ese momento la Administración puede decidir cuantas cuestiones plantee el recurso, ya de forma, ya de fondo; y tampoco el trascurso del plazo establecido en el artículo 46.1 LJCA para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos sin hacer uso del mismo permite atribuir firmeza a la resolución administrativa combatida en el recurso de alzada no resuelto.



El problema que plantea la doctrina expuesta, sin embargo, es evidente: deja abierta con carácter indefinido la posibilidad de recurso.

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de presentar recurso contencioso-administrativo antes de que se produzca el silencio administrativo desestimatorio del recurso de alzada en determinados supuestos (vid. STS de 19 de diciembre de 2001, recurso 3348/1995).

En otros casos ha considerado que si se produce la desestimación por silencio del recurso de alzada y el interesado recurre en vía contenciosa y después se dicta resolución expresa desestimatoria del recurso administrativo, lo procedente es la ampliación del objeto del recurso contencioso en curso con dicha resolución expresa (STS de 25 de marzo de 2009, recurso 4564/2006).

A la vista de este panorama jurisprudencial este Consejo considera oportuno advertir acerca de la conveniencia de clarificar desde la propia norma, y coherentemente con el régimen de silencio administrativo que diseña, el régimen de la vía de recurso ante el silencio de la Administración, una vez transcurrido el plazo para resolver y notificar el acto sin haberlo hecho. La proyección de la doctrina constitucional y jurisprudencial al plazo de interposición del recurso en casos de silencio negativo debería conducir, rectamente, a considerar que para la interposición de recurso contra un acto no expreso de sentido negativo no existe plazo de recurso.

- g) El último inciso del artículo 38.4 del Anteproyecto cambia de redacción, en lo que se refiere al certificado acreditativo del silencio. Se incorpora al texto de reforma la posibilidad de que este certificado sea emitido de oficio en el plazo de quince días. En la regulación vigente sólo se contempla la expedición del certificado a instancia de parte. En realidad, rara vez la Administración que ha incumplido su obligación de resolver emitirá dicho certificado de oficio, pero ninguna objeción cabe hacer a la previsión de que el certificado sea emitido a su instancia. La redacción del precepto induce a pensar que la Administración debe extender de oficio el certificado en el plazo de quince días desde que expira el plazo máximo para resolver el procedimiento; pero no se indican las consecuencias de la omisión de dicha carga dentro de dicho plazo, ni se establece el plazo en que



debe ser emitida la certificación tras la solicitud del interesado, así como la consecuencia de su omisión.

7.- El Anteproyecto regula en los artículos 40, 41 y 42 la emisión de los documentos por las Administraciones Públicas, que incluye la emisión por medios electrónicos, la expedición de copias auténticas, incluida la expedición por medios automatizados, así como la validez de las copias, en papel y electrónicas. En general se incorpora la regulación contenida en la Ley 11/2007, y, en línea con las reglas de la buena administración, que incluye el acceso documental, la simplificación administrativa y la supresión de cargas, establece el derecho de los interesados de solicitar la expedición de copias, incluso en formato electrónico, y el derecho de estos de no aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, a no serle exigidos documentos originales, salvo en casos excepcionales, y a no serles requeridos datos o documentos no exigidos por la normativa aplicable o que hubiesen sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración.

8.- El capítulo II del Título II se refiere a los términos y plazos, y como novedad, el artículo 44 contempla la posibilidad de que los plazos sean señalados por horas, considerándose horas hábiles las comprendidas entre las 0:00 horas y las 23:59 horas, siempre que no formen parte de un día inhábil. En general, la regulación se acomoda a la contenida en el vigente artículo 48 y a la interpretación jurisprudencial relativa al cómputo de los plazos, fundamentalmente los establecidos en meses y a la fecha de su finalización (véase, entre otras, STS de 17 de enero de 2011, recurso de casación 5569/2006, y las que en ella se citan). A este respecto, ninguna objeción cabe hacer al texto de reforma más que poner de relieve que reiterada doctrina jurisprudencial ha aplicado el principio *in dubio pro actione* en materia de cómputo de plazos cuando ha existido una actividad irregular de la Administración o cuando esta ha generado en el interesado la razonable creencia de que el plazo se iniciaba en una determinada fecha y ha ajustado su actuación a las indicaciones de la Administración; principio y doctrina jurisprudencial que bien pudiera tener plasmación positiva en el texto de la Ley proyectada.

9.- Para concluir el examen de este Título cabe hacer algunas observaciones respecto de la ampliación de los plazos y la tramitación de urgencia que se regulan, respectivamente, en los artículos 46 y 47 del Anteproyecto. Y es que el carácter inimpugnable de la resolución por la que se acceda o deniegue la ampliación, o por la que se acuerde o deniegue la tramitación de urgencia, hace necesario cumplir con todo rigor el deber de motivar la



resolución que se impone en el artículo 49.1 e) del texto de reforma para comprobar su fundamento, y para permitir su examen y eventual revisión en el momento de impugnar la resolución final del procedimiento, pues la irrecurribilidad de la resolución relativa a la ampliación o a la tramitación de urgencia no impide la impugnación de la resolución final, lo que podría especificarse en las respectivas normas, mediante el empleo de una frase que indique *"sin perjuicio del recurso procedente contra el acuerdo que ponga término al procedimiento"*, u otra similar.

#### IV

1.- El Título III, que versa sobre los actos administrativos, se abre con un primer capítulo relativo a los requisitos que deben cumplir, que incluye las reglas sobre su producción y contenido, sobre el deber de motivación y sobre la forma de los actos, en términos similares a los contenidos en los artículos 54 y 55 de la vigente Ley. Únicamente cabría hacer alguna reflexión acerca de la posibilidad de admitir la existencia de actos tácitos, como categoría diferente de los actos presuntos, que, como es sabido, solo se dan en los casos de silencio positivo. Esta categoría de actos tácitos, recuérdese, ha sido admitida por la doctrina constitucional (STC 160/1991, de 18 de julio), y por la jurisprudencia (STS de 18 de octubre de 1986).

2.- El capítulo II comprende las reglas sobre la eficacia de los actos, que incluyen la relativa a la inderogabilidad singular de las resoluciones administrativas de carácter particular (artículo 51), el principio de ejecutividad de los actos administrativos (artículo 52), los efectos de los actos (artículo 53) y las notificaciones (artículos 54 a 58), para concluir con la publicación de los actos (artículos 59 y 60).

Con relación a este conjunto de normas, cabe realizar las siguientes consideraciones:

a) La ejecutividad de los actos administrativos sancionadores se produce, con carácter excepcional, cuando el acto ponga fin a la vía administrativa. Esta previsión, contenida en el artículo 138 de la Ley vigente, se recoge con los mismos términos en el artículo 117.3 del Anteproyecto. Doctrinalmente se ha puesto de manifiesto que el precepto no se refiere a la firmeza del acto, sino a que este ponga fin a la vía administrativa, por lo que aplicándolo literalmente cabría la posibilidad de que se ejecutara una sanción administrativa sin que hubiese existido la posibilidad de que un tribunal la examinase. El Tribunal Constitucional ha declarado que



vulneraría el derecho a la tutela la ejecución de un acto sancionador antes de que conste la firmeza del acto por no haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo o, en el caso de haberse interpuesto este, antes de que se hubiera recaído resolución del órgano jurisdiccional competente sobre la solicitud de una medida cautelar de suspensión. El Tribunal Constitucional ha subrayado cómo la finalidad de la suspensión cautelar ha de servir de límite a la presunción de legalidad del acto administrativo, al establecer que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión; añadiendo que el reconocimiento del derecho a la tutela efectiva impide al legislador suprimir de modo absoluto la facultad del juez de adoptar medidas cautelares.

Dice la STC 78/1996, de 20 de mayo:

*<<...el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la C.E." (STC 22/1984), y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 de la C.E. (STC 66/1984 y AATC 458/1988, 930/1988 y 1095/1988), pero que de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la Ley señala. Mas "la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso" (STC 14/1992), evitando un daño irremediable de los mismos. "Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la C.E. comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos" (STC 238/1992) doctrina conforme con la de la Sentencia 148/1993 antes citada>>.*

Y añade:

*<<La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la C.E. ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión. En consecuencia, el derecho a la tutela se extiende a la*



*pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación y si se ejercitó en el proceso debe dar lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. "El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión" (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial y justifican que, desde el art. 24.1 de la C.E., se reinterpreten los preceptos aplicables como también dijimos en la STC 66/1984. "Por ello hemos declarado la inconstitucionalidad de las normas que impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración (SSTC 238/1992 y 115/1987, fundamento jurídico 4º), que los defectos o errores cometidos en incidentes cautelares del procedimiento son relevantes desde la perspectiva del art. 24.1 de la C.E. si imposibilitan la efectividad de la tutela judicial, implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzgan irreparablemente la decisión firme del proceso (STC 237/1991) y, en fin, que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que este resuelva sobre la suspensión" (STC 148/1993 fundamento jurídico 4º)>>.*

Sería conveniente, por tanto, que el prelegislador trasladara esta declaración jurisprudencial al texto normativo, bien en el artículo 52, bien, con mayor propiedad, en el artículo 117.3, de forma que contemplara expresamente la posibilidad de la suspensión cautelar de la eficacia del acto en tanto no haya ganado firmeza o se haya resuelto sobre la suspensión cautelar solicitada.

b) El artículo 54 del Anteproyecto dispone, a diferencia del artículo 58 de la Ley actual, que la notificación se debe realizar por el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos. Con ambigüedad, el artículo 58 de la vigente Ley afirma que "se notificarán a los interesados...", y el artículo 59.1 reza: "las notificaciones se practicarán....". Esta ambigüedad, que ha sido criticada por la doctrina, contrasta con la claridad de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. El precepto del texto de reforma gana, por tanto, en claridad y técnica legislativa con relación al anterior.



c) Respecto del artículo 54.4 del Anteproyecto, que reproduce el vigente artículo 58.4 LRJPAC, debe tenerse en cuenta la STS, Sala III, de 17 de noviembre de 2003, ratificada por la STS III, Pleno, de 3 diciembre 2013 (BOE 10 de enero 2014), que fija la siguiente doctrina legal en relación con el artículo 58.4 de la Ley 30/1992: <<El inciso "intento de notificación debidamente acreditado" que emplea el artículo 58.4, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede constancia del mismo en el expediente. En relación con la práctica de notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo, siempre que quede constancia de ello en el expediente>>.

Parece conveniente, visto el tenor de la doctrina legal expuesta, que su contenido quede incorporado al texto del artículo 54.4 del Anteproyecto, con expresa referencia a los procedimientos y condiciones para la práctica de las notificaciones establecidas en el artículo 55.

d) En lo que concierne al plazo de diez días para cursar la notificación que prevé el artículo 54.2 del Anteproyecto (equivalente al artículo 58.2 de la Ley vigente), debe retenerse que la circunstancia de que la Administración incumpla dicho plazo no produce efectos por sí misma, porque lo relevante para el interesado es que la notificación se practique dentro del plazo para resolver y notificar. De manera que, aunque la Administración pueda incumplir el plazo para cursar la notificación, sin consecuencias jurídicas desfavorables -el acto por ello no será ni nulo ni anulable, vid. STS de 28 de marzo de 2006-, en todo caso la notificación deberá producirse dentro del plazo que la Administración tiene para resolver y notificar, en el entendido de que, si no lo hace, puede operar la técnica del silencio administrativo.

Por otra parte, el artículo 55.1 b) establece la facultad de la Administración de practicar notificaciones por medios no electrónicos con independencia de la opción manifestada por la persona interesada, siempre que "para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa". Para cohonestar esta facultad



de la Administración con la voluntad de los interesados debe añadirse o especificarse en el precepto algún criterio que identifique los supuestos en los que proceda una notificación en tales términos.

Al margen de lo anterior, en el artículo 55.3, segundo párrafo, debería contemplarse la previsión de que en los casos en los que no fuera posible notificar de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se notificará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y que las notificaciones serán válidas siempre que se realicen en los términos recogidos en el artículo 55.1, tercer párrafo, con el fin de mantener una misma unidad de criterio a tales efectos.

e) En relación con el artículo 56.2 del Anteproyecto (artículo 59.2, segundo párrafo actual), se aclara qué debe entenderse por "*hora distinta*". Sin duda, el precepto proyectado despeja las dudas que ofrece la norma vigente, al exigirse por el prelegislador que medien tres horas entre los intentos de notificación.

Sobre esta cuestión, debe recordarse que la STS Sala III, sección 5ª, de 28 de octubre de 2004 (recurso de casación en interés de Ley 70/2003, BOE de 27 de diciembre de 2014), fijó la siguiente doctrina legal: *<<a efecto de dar cumplimiento al artículo 59.2 de la Ley 3071992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la expresión "en una hora distinta" determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación>>*.

f) La práctica de las notificaciones por medios electrónicos que regula el artículo 57 debe ponerse en relación con la obligación impuesta a determinados sujetos y colectivos de relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas (artículo 28.2), y en particular con la habilitación normativa que contiene el artículo 28.4, del que el artículo 55.1, párrafo quinto, constituye una concreción circunscrita a la práctica de las notificaciones electrónicamente. Lo relevante aquí, después de reiterar las consideraciones efectuadas sobre la obligatoriedad del empleo de medios electrónicos, es destacar que el prelegislador establece con claridad el momento en que se entienden practicadas las notificaciones electrónicas, que lo será cuando se produzca el acceso al contenido de la notificación, o hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que el destinatario hubiera accedido a su contenido.



Esta previsión parte de la presunción de disponibilidad por el destinatario del contenido del acto que se quiere notificar, y de las consecuencias que deben anudarse a su inactividad; lo cual es perfectamente razonable en el marco del funcionamiento de la administración electrónica y desde el punto de vista de la distribución de cargas inherente a este sistema de relacionarse. Sin embargo, para que esta distribución de cargas sea proporcional, y para que aquella presunción cobre verdadera virtualidad, es preciso que la Administración disponga entre sus medios técnicos de mecanismos que garanticen la recepción por el destinatario del aviso de disponibilidad de la notificación electrónica, y, en consecuencia, que realmente ha tenido a su disposición la notificación por medios electrónicos, para que pueda operar la notificación ficticia prevista en el artículo 57.2 del texto proyectado.

g) El artículo 58 del Anteproyecto recoge el precepto contenido en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, que ha sido recientemente modificado por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, la cual ha modificado también el artículo 112 de la Ley General Tributaria y el apartado 4.b) del artículo 29 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que contienen modalidades de notificación de las resoluciones administrativas diferentes a las que se establecen en el artículo 59 de la Ley 30/1992.

Al igual que con la regulación introducida por la Ley 15/2014 (aún no en vigor), y a diferencia de la regulación anterior, en los supuestos previstos en el artículo 58.1 la notificación se hará mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, si bien con carácter facultativo las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del consulado o sección consular de la Embajada correspondiente. En la medida en que el precepto unifica el medio a través del cual ha de llevarse a cabo la notificación subsidiaria de la notificación infructuosa, y lo hace coherentemente con las previsiones contenidas en otras normas, la reforma debe acogerse favorablemente en este punto.

3.- El capítulo III de este Título III (artículos 61 a 66) regula las causas de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, recogiendo sin variaciones sustanciales los preceptos contenidos en los artículos 62 a 67 LRJPAC relativos a las causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad, a la transmisibilidad o extensión de la nulidad o anulabilidad



de los actos, a la conversión de los actos viciados, a la conservación de actos y trámites y, finalmente, a su convalidación.

Habida cuenta de que el texto proyectado no introduce en este punto modificaciones significativas respecto de la vigente regulación, ampliamente tratada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la doctrina emanada de los dictámenes del Consejo de Estado, el objeto del informe sobre este aspecto del Anteproyecto se ha de limitar a destacar algunas orientaciones recogidas en aquellas decisiones jurisprudenciales y en estos dictámenes. Y así, en lo concerniente a la nulidad absoluta de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, cabe recordar que la actual redacción del precepto se debe a la reforma introducida por la Ley 4/1999, tras la que desapareció el polémico requisito inicialmente previsto consistente en que la vulneración afectase al "contenido esencial" de los derechos; que, de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la infracción del artículo 24 CE ha de ser alegada normalmente frente a la actuación de los jueces y tribunales, siendo trasladable a la actuación administrativa únicamente en los casos más graves (Dictamen 1316/2006), y ello porque el derecho de tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de prestación que ha de ser satisfecho por los órganos jurisdiccionales y no por la Administración, pues tan solo en el caso de que la índole de la actuación administrativa sea tal que llegue a producir un resultado que cierre el paso a la ulterior intervención revisora de la jurisdicción, o que no permita su revisión, cabría aceptarse la invocación de este derecho en sede administrativa; excepción hecha, claro está, de la extensión de las garantías del proceso penal al procedimiento sancionador.

Por otra parte, cabe recordar que la incompetencia manifiesta implica evidencia y rotundidad, siendo preciso además que sea originaria y que concurra en el momento de dictarse el acto, y que, si bien la incompetencia jerárquica no integra un vicio de nulidad absoluta, sino de legalidad, en ciertos casos de incompetencia jerárquica grosera y ostensible el Tribunal Supremo ha llegado a apreciar la existencia de un vicio de nulidad radical (vid STS 11 de enero de 2008).

Con relación a los actos de contenido imposible, tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado han puesto de relieve que la imposibilidad que constituye el vicio de nulidad ha de ser originaria y ha de tener contenido material, no jurídico; que respecto de los vicios formales, el empleo de los adverbios "total y absolutamente" incide en la necesidad de que se haya prescindido por entero, de modo manifiesto y terminante, del



procedimiento, de manera que se dará el vicio de nulidad con la falta total del procedimiento para dictar el acto o, en su caso, la vulneración de trámites esenciales cuya omisión de lugar a una merma de garantías procedimentales en todo caso exigibles o que coloque al administrado en una posición de indefensión; y con relación a la falta de requisitos esenciales, la misma doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado recuerda que este supuesto se refiere exclusivamente a los actos favorables, no de gravamen, y que la expresión "requisitos esenciales" viene referida no al acto en sí mismo, sino a su destinatario, debiendo, no obstante, interpretarse esta causa de nulidad de forma estricta a fin de evitar que una aplicación extensiva de la misma pueda provocar una desnaturalización del sistema de invalidez de los actos administrativos (STS 26 de noviembre de 2008 y Dictámenes 2133/1996 y 2561/2000).

V

1.- El Título IV contiene las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común ordenadas en seis capítulos, el primero de los cuales se refiere a las garantías del procedimiento. El capítulo se desdobra en tres secciones que versan, respectivamente, sobre los derechos del interesado, los principios de la potestad sancionadora y los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y sus autoridades y demás personal a su servicio.

2.- El artículo 67 contiene el catálogo de los derechos del interesado, constituyendo el complemento del elenco de derechos que, con carácter general, se reconocen en el artículo 27 para todos los sujetos en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Se trata de aquellos derechos recogidos en el artículo 35 LRJPAC que vienen referidos a los interesados en el procedimiento, a los que se suman los inherentes al derecho general a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, en particular el derecho a consultar la información en el punto de acceso general electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso. De nuevo ha de recordarse la necesidad de que el régimen relativo a la administración y al expediente electrónico que incorpora el Anteproyecto incluya la regulación de la sede electrónica y del punto de acceso general de las Administraciones Públicas.

El apartado segundo establece los derechos de los interesados en los procedimientos sancionadores, recogiendo los que vienen reconocidos en



los artículos 135 y 137 de la vigente Ley. Se incluye, por tanto, el derecho a ser informado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos pueden constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudiera imponer, es decir, el derecho a ser informado de la acusación que, incorporado a las garantías del artículo 24.2, es uno de los que, según el Tribunal Constitucional, resultan aplicables al procedimiento sancionador (SSTC 117/2002, de 20 de mayo, y 35/2006, de 13 de febrero), y constituye el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona a todos los demás (SSTC 44/1983, de 24 de mayo, y 205/2003, de 1 de diciembre). Y se incluye también el derecho a conocer la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

Desde luego, el contenido de los derechos del interesado en el procedimiento sancionador incorpora también el derecho a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario, que en la actualidad aparece recogido en el artículo 137 de la LRJPAC. De este se han separado sus apartados tercero y cuarto, que se han llevado al artículo 104 del Anteproyecto, referido a los medios de prueba y al periodo probatorio, del que forman sus apartados cuarto y quinto, llevando a cabo una reestructuración sistemática que parece más correcta en estricta técnica legislativa. El valor probatorio de los hechos constatados por funcionarios investidos de autoridad, que se regula también en el artículo 17.5 del RPPS, tiene su correlato en el artículo 317.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). El precepto contiene una especificación para el procedimiento administrativo sancionador del valor probatorio que atribuye el artículo 319 LEC a los documentos públicos, conforme al que se presumen ciertos los hechos de que se dejen constancia, sin perjuicio de que por medio de otros elementos de prueba se desvirtúe tal constancia y certidumbre. Por tanto, el texto de reforma mantiene para las llamadas <<actas de infracción>> la presunción *iuris tantum* de certeza o de veracidad que les confería la Ley 30/92; presunción que, se insiste, tiene carácter *iuris tantum*, y es compatible con la presunción de inocencia, en la medida en que puede quedar desvirtuada por el resultado de otros medios de prueba, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. En todo caso, debe retenerse que para que tales documentos alcancen valor probatorio es preciso que concurren los requisitos reseñados, entre otras, por la STS de 29 de abril de 2009 (recurso de casación 1578/2007), a saber: a) que el funcionario público actuante tenga la condición de autoridad; b) que se trate de hechos directa y personalmente constatados por el funcionario, no siendo válidas sus apreciaciones subjetivas o las meras valoraciones de conciencia; y c) que se observen los requisitos



legales de formalización pertinentes, y la posterior ratificación por el mismo agente que lo formuló y presenció personalmente los hechos.

En lo atinente a la vinculación de los hechos declarados probados en el procedimiento penal, es una regla que responde al axioma de que los hechos no pueden existir y dejar de existir al mismo tiempo para distintos órganos del Estado (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, y 107/1989, de 8 de junio), así como a la regla que asienta la prioridad de la jurisdicción criminal sobre las demás en la determinación de los hechos acreditados, sin perjuicio de la libertad de calificación jurídica de tales hechos por los órganos administrativos. En rigor, esta norma, que se encuentra también en el artículo 7.3 RPPS, no es un efecto de la cosa juzgada, sino consecuencia de la necesidad de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo ganado firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una manera determinada, la cual no puede ser desconocida por otros órganos. Sin embargo, esta regla no alcanza a la constatación de la falta de prueba, situación en la que la Administración puede acreditar los hechos en el expediente administrativo e imponer la sanción correspondiente (STS de 19 de abril de 1999, recurso de casación 4085/1982), lo que no es sinónimo de una declaración penal de inexistencia de los hechos, que sí vincula a la Administración (STS de 29 de octubre de 2012, recurso de casación 3781/2009).

3.- El Anteproyecto regula en la sección segunda de este capítulo I los principios de la potestad sancionadora respetando, en términos generales, el contenido de los artículos 127 a 131 de la LRJPAC.

Recoge, de este modo (artículo 68) el principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador consagrado en el artículo 25.1 CE, junto con la competencia sancionadora.

A este respecto, merece especial consideración la extensión de los principios de la potestad sancionadora al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo. Debe recordarse que el artículo 127.3 LRJPAC excluye la aplicación de las disposiciones contenidas en el Título IX –sobre la potestad sancionadora– al ejercicio de las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes están vinculados a ellas por una relación contractual. La razón de esta exclusión se ha encontrado en la especial vinculación que mantienen los empleados públicos con la Administración a la que sirven, de un lado, y, respecto de los contratistas,



en las llamadas penalidades contractuales y en el resto de las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual. Se alude, por tanto, a un poder doméstico de la Administración respecto de sus empleados públicos (STC 66/1984, de 8 de junio) que, en puridad, no es manifestación del mismo *ius puniendi* del Estado frente al resto de los administrados.

Ahora bien, la diferencia entre el régimen jurídico del procedimiento sancionador general y el disciplinario no es, según ha puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia constitucional, más que cuantitativa o de grado, y, por tanto, no es, en rigor, cualitativa, en la medida en que ambos regímenes participan de los mismos principios y reglas, así como del respeto por los derechos fundamentales. Esta, sin duda, es la razón por la que en el texto proyectado se han hecho extensivos los principios de la potestad sancionadora al ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de las Administraciones Públicas, manteniendo al margen de los mismos el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de quienes se encuentren vinculados por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, relaciones en las que el ejercicio de la potestad sancionadora responde, como se ha visto, a distinto fundamento.

4.- Por otra parte, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras vigentes desfavorables (artículo 69) no es sino plasmación de la prohibición que viene impuesta por el artículo 25.1 CE y por los artículos 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7.1 del CEDH. La regla contraria, a saber, la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables se recoge ahora en el apartado segundo del artículo 69 del Anteproyecto. Respecto de esta, se ha querido encontrar su encaje constitucional en el artículo 9.3 CE, y no en su artículo 25.1, con la consecuencia de no reconocer a la retroactividad *in bonus* el carácter de un derecho fundamental que pudiera ser invocado en vía de amparo constitucional (SSTC 99/2000, de 10 de abril, 7/2002, de 8 de abril, y 85/2006, de 27 de marzo). No obstante, este encaje constitucional no constituye una cuestión pacífica en la doctrina, pues hay sectores doctrinales que sostienen que, si bien la retroactividad de disposiciones sancionadoras favorables está permitida por la Constitución, no viene impuesta por ella, ni en el artículo 9.3, ni en el artículo 25.1, por lo que el legislador puede lícitamente determinar su alcance concreto.



Esta concepción de la retroactividad *in bonus* explicaría el último inciso del apartado segundo del artículo 69, según el cual las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición; lo que representa una configuración de la retroactividad *in bonus* con un amplio alcance, en línea con el que las SSTs de 25 de febrero de 2009 (recurso de casación 232/2006) y 4 de marzo de 2009 (recurso de casación 3943/2006) han atribuido en los casos en los que la nueva disposición establece una sanción menor a la prevista cuando se cometió la infracción y que está pendiente de cumplimiento, de forma coherente, por lo demás, con lo previsto en el artículo 2.2 CP, que dispone la retroactividad de las normas penales favorables <<*aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena*>>.

5.- El principio de tipicidad, por su parte, que la ley vigente recoge en su artículo 129, y el Anteproyecto, con idéntico contenido, en el artículo 70, es consecuencia de la garantía de orden material ínsita en el artículo 25.1 CE, que comporta la imperiosa necesidad de la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones; la cual, empero <<*no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos (...), sino que el establecimiento de dicha correspondencia puede dejar márgenes de discrecionalidad, siempre que no quede encomendada enteramente a la Administración, ya que tal cosa equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio*>> (STC 113/2002).

Como manifestación de este principio, la prohibición de la aplicación analógica de las normas sancionadoras y su anclaje constitucional ha sido declarada reiteradamente por la jurisprudencia constitucional (SSTC 81/1995, 64/2001, 170/2002, y 229/2007, entre otras), si bien generalmente se ha admitido la analogía *in bonus* de las normas penales, lo que podría tener su traslación y plasmación positiva en los principios del procedimiento administrativo sancionador que diseña el Anteproyecto.

6.- Una de las novedades que destaca el prelegislador es la incorporación al ejercicio de la potestad sancionadora del principio de culpabilidad, con arreglo al cual sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas y los entes a los que se refiere la letra c) del artículo 17, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa (artículo 71.1 del Anteproyecto). La renuncia por el prelegislador a cualquier atisbo de responsabilidad objetiva



que pudiera deducirse del empleo de la expresión "*aun a título de simple observancia*", de la que se sirve el artículo 130 de la vigente Ley, no puede sino considerarse un acierto, y la configuración de la responsabilidad administrativa conforme a criterios culpabilísticos no es sino consecuencia del principio de presunción de inocencia, que veda la aplicación de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador (STS de 18 de septiembre de 2008, recurso de casación para unificación de doctrina 317/2004), y representa la plasmación positiva de la doctrina jurisprudencial, que, tras antiguas vacilaciones, viene declarando que no resulta admisible la responsabilidad sin dolo ni culpa (STS 21 de enero de 2011, recurso 598/2008).

El precepto, por otra parte, recoge adecuadamente en su apartado segundo la compatibilidad de las responsabilidades administrativas con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, establecida de forma expresa en las SSTS de 4 de julio de 2006 (recurso 10037/2003) y de 23 de febrero de 2011 (recurso de casación 562/2008), y regula con mejor técnica la responsabilidad solidaria (apartado tercero), conjugándola con la individualización de las sanciones pecuniarias en función del grado de participación de cada responsable; lo que no es sino una correcta aplicación del principio de individualización de la responsabilidad proyectado a los casos de solidaridad. Regula también convenientemente (apartado cuarto) la responsabilidad del garante, contemplando la habilitación legal para tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación, y para imponer la responsabilidad pecuniaria a los garantes, si bien en este caso no se precisa en la norma el carácter -subsidiario o solidario- de esta responsabilidad.

7.- El principio de proporcionalidad que acuña el artículo 72 del Anteproyecto, y que viene recogido en el artículo 131 de la vigente Ley, constituye un criterio interpretativo en los casos de restricción o sacrificio de derechos fundamentales para cuya configuración el Tribunal Constitucional ha acudido al denominado <<test alemán de proporcionalidad>>, que el Alto Tribunal utilizó por primera vez en su STC 66/1995, de 8 de mayo, en la que avanzó en la determinación de este principio con la formulación de los tres subprincipios que configuran el más amplio principio de proporcionalidad, a saber: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.



No es fácil ver plasmados positivamente todos estos principios en el texto del artículo 72, cuyos dos primeros apartados mantienen la redacción de sus homólogos del artículo 131 LRJPAC. Habida cuenta del carácter interpretativo del principio, que afecta a derechos fundamentales, de su reconocimiento por el Tribunal Constitucional, y de su reconocimiento expreso como uno de los principios generales que informan el ordenamiento europeo, con consagración positiva, se echa de menos en el texto de la reforma la referencia expresa a los tres elementos que conforman el principio de proporcionalidad, y no solo al principio de adecuación, cuando habrían de servir como instrumento para la aplicación de aquel principio general.

El precepto, por lo demás, intenta acomodarse al sistema culpabilístico que estatuye expresamente, y sustituye en los criterios de adecuación que contempla la "intencionalidad" por el "grado de culpabilidad". Esta sustitución, sin embargo, no es inane y puede tener consecuencias, pues con ella se elimina toda referencia indirecta al dolo, y puede limitar el criterio de graduación de la sanción al grado de culpa, lata o leve, que quepa imputar al infractor. Por ello, no parece aconsejable prescindir de la referencia a la intencionalidad de la conducta, o a cualquier otro rasgo definidor de las conductas dolosas a la hora de fijar los criterios de graduación de la sanción.

Por otra parte, la sustitución de la "reiteración" por la "continuidad o persistencia en la conducta infractora" elimina las dudas surgidas a la hora de diferenciar la reiteración de la reincidencia, que habían sido despejadas por la STS de 23 de marzo de 2005 (recurso de casación número 4777/2002), y, respecto de la reincidencia, por la STS 30 de septiembre de 2012 (recurso de casación 566/2009) y las que en ella se citan, las cuales fijan el criterio de que la reincidencia administrativa debe referirse a hechos que ya hubieran sido sancionados en otro procedimiento resuelto con anterioridad a la comisión de la nueva infracción.

Al mismo tiempo, con relación al apartado cuarto, que dispone que cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo, surge la duda de si la facultad que contempla se dirige a imponer la sanción en su grado mínimo o el grado inferior de la sanción.



Y con relación a la infracción continuada que se regula en el apartado sexto, que recoge la definición del artículo 4.6 del RPPS, falta la explicitación de la regla penológica o sancionadora asociada a dicha figura. Además, en el texto no se distinguen las infracciones continuadas y permanentes, ni en su definición (el artículo 72.6 solo se refiere a las continuadas), ni a la hora de regular la prescripción (artículo 73.2), pues se asimilan ambas infracciones. Doctrinalmente, sin embargo, se distingue la infracción continuada de la permanente, y también de la compleja, diferenciación cuya relevancia no es solo teórica, sino que presenta incidencia en los plazos de prescripción.

8.- En materia de prescripción, que el Anteproyecto regula en su artículo 73, el prelegislador ha perdido la oportunidad de solucionar un problema importante de vacío prescriptivo.

Conforme reiterada jurisprudencia (véanse SSTs 15 de diciembre de 2004, recurso 5927/1990 y 22 de noviembre de 2008, recurso de casación en interés de ley 69/2005), las infracciones dejan de prescribir cuando se dicta la resolución sancionadora, aunque se haya interpuesto recurso administrativo: no existe, por tanto, "prescripción interna", porque el ejercicio de la potestad sancionadora se agota con la imposición de la sanción, sin que el recurso administrativo forme parte de aquella, pues es distinta la potestad revisora universal y la potestad sancionadora.

Por otro lado, una sanción recurrida en alzada no puede prescribir hasta que el recurso se resuelva expresamente, porque, como es sabido, no es ejecutable sino desde ese momento.

En definitiva, una vez impuesta la sanción, y mientras se resuelve el recurso de alzada, no puede prescribir la infracción, como tampoco la sanción, aunque la resolución del recurso de alzada se demore durante años, si la Administración no cumple con su obligación de resolver en plazo.

El Tribunal Constitucional ha considerado (STC 37/2012, de 19 de marzo de 2012) que esta situación no lesiona derechos fundamentales, por más que la haya calificado de indeseable, siendo evidente que no se aviene a los principios penales con proyección al derecho administrativo sancionador.

Recientemente, la STS de 15 de febrero de 2013 (recurso de casación 378/2008) se ha acomodado a la doctrina jurisprudencial tradicional –si bien cuenta con un voto particular–, y ha precisado:



*<<Sí conviene insistir en que el hecho de que se sobrepase el plazo establecido para la resolución del recurso de alzada no deja de surtir beneficios para el particular sancionado, desde el momento que la resolución sancionadora no puede ser ejecutada mientras no sea firme en vía administrativa, y esa firmeza sólo se adquiere y consolida a través de la resolución expresa del recurso; de manera que el incumplimiento por la Administración de su obligación de resolver en plazo perjudica más a la Administración que al administrado, al impedir a la Administración llevar a ejecución su resolución sancionadora mientras no resuelva expresamente el recurso.*

*Se nos dirá que la prolongación de la pendencia sobre la legalidad del Acuerdo sancionador, derivada de la falta de resolución del recurso de alzada, se revela incompatible con la seguridad jurídica; pero este reparo se diluye si se tiene en cuenta que el Ordenamiento jurídico-administrativo establece otra cláusula de salvaguardia para la posición jurídica y los intereses del particular sancionado (ya amparado en su esfera de derechos e intereses personales y patrimoniales por la imposibilidad de llevar a efecto la ejecución de la sanción mientras su recurso no sea resuelto), al permitirle poner fin, si le conviene, a esa situación de pendencia mediante la técnica del silencio negativo y la posibilidad de promover un recurso jurisdiccional frente a la desestimación presunta de su solicitud. En definitiva la utilización de dicho mecanismo permite al ciudadano eludir las consecuencias derivadas de la inactividad de la Administración (...)>>.*

Parece razonable, pues, aprovechar la reforma para dar solución a esta situación previendo que la infracción pueda prescribir durante la sustanciación del recurso de alzada, si su resolución se demora.

Por otra parte, bien en este artículo, bien en el relativo a la retroactividad de las disposiciones favorables, se debería recoger el criterio que tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 62/2001, de 17 de marzo, y 63/2005, de 14 de marzo, entre otras) como el Tribunal Supremo han establecido en torno a la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo, y conforme al cual la prescripción puede ser considerada como una institución de naturaleza sustantiva o material, del mismo modo que lo ha considerado la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por lo que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable se debe entender referida no solo a la tipificación de la infracción y su sanción, sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior.

9.- En otro orden de cosas, la regla *ne bis in ídem* que se establece con carácter general en el artículo 74.1 del Anteproyecto (que reproduce el artículo 133 de la LRJPAC) puede quebrar con la regla que introduce en su apartado segundo, tomada del artículo 5.2 del RPPS. En efecto, aunque se



refiere a las sanciones impuestas por un órgano de la Unión Europea por los mismos hechos, parece que el precepto contempla también la identidad subjetiva y de bien jurídico a proteger. En tales casos, no basta considerar la sanción impuesta por los órganos de la Unión para graduar la que corresponda, sino que la debida aplicación del principio *non bis in ídem*, proyectado a las relaciones entre el derecho nacional y el de la Unión Europea, determina simplemente la no imposición de la sanción, por lo que el precepto, bien debería limitarse a supuestos donde no concurra la triple identidad, bien debería suprimirse.

10.- La sección tercera del capítulo primero del Título IV regula los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio.

Las novedades que introduce la reforma en este punto presentan, en un caso, carácter técnico, como la inclusión en el apartado primero del artículo 75 –que enuncia el principio de responsabilidad patrimonial– del elemento de la antijuridicidad del daño, contemplado en el artículo 141.1 de la LRJPAC.

En otro caso, las novedades tienen contenido material, como la expresa previsión de la responsabilidad por daños causados en la aplicación de leyes que hayan sido declaradas inconstitucionales (apartado tercero del artículo 75), reflejo de la jurisprudencia sobre el particular (SSTS de 29 de febrero de 2000, 22 de diciembre de 2001, 22 de enero de 2002, 20 de febrero de 2002, 3 de julio de 2003, 22 de enero de 2004, entre otras). Según esta doctrina, el título de imputación o la razón que justifica la declaración de responsabilidad es, sin más, la propia inconstitucionalidad del precepto causante del perjuicio. Debe retenerse que no es obstáculo para hacer tal declaración de responsabilidad, pese a lo dispuesto en el artículo 40.1 LOTC y en el artículo 161.1 a) CE, que hayan recaído sentencias con fuerza de cosa juzgada desestimando la impugnación de actos administrativos que aplicaron la norma inconstitucional, pues la acción de responsabilidad es ajena al ámbito de la cosa juzgada, y aun a la firmeza del acto administrativo. La declaración de responsabilidad solo quedaría vedada en los casos en el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de la norma, excluya en su sentencia los normales efectos *ex tunc* inherentes al vicio de nulidad de pleno derecho. Y en cuanto al cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, cabe recordar, en línea con lo declarado por la doctrina jurisprudencial, que el día inicial ha de ser el de la publicación en el BOE de la sentencia que declara la inconstitucionalidad.



El artículo 75.3 contempla, por tanto, la responsabilidad del legislador cuando se trata de leyes contrarias a la Constitución, pero, sin embargo, no regula la cuestión de la responsabilidad del legislador por leyes contrarias al derecho de la Unión Europea, cuando el Tribunal de Justicia hubiese declarado tal contravención por vía de recurso de incumplimiento o en el marco de la resolución de una cuestión prejudicial. Sería aconsejable que el prelegislador contemplara también la responsabilidad patrimonial por esta causa, atendiendo a las orientaciones que ofrece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (cfr. STJUE de 26 de enero de 2010, C-118/08, Transportes Urbanos, ECLI:EU:C:2010:39)

11.- Mención especial merece el apartado sexto del artículo 75, que se encuentra relacionado con el artículo 109.5 del Anteproyecto.

El precepto se refiere a los supuestos de daños ocasionados por contratistas de la Administración, cuando están causados por el cumplimiento de una orden directa e inmediata de la Administración, o por los vicios del proyecto elaborado por ella. En tales casos, la determinación de la responsabilidad se remite al procedimiento previsto en la Ley de reforma.

El problema surge cuando los daños se imputan al contratista y, sobre todo, cuando es discutible si corresponden a este o a la Administración, o si puede corresponder a ambos.

Esta cuestión fue resuelta limpiamente por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, en la primera regulación que hizo de la materia. Conforme a ella, si los daños se relacionaban con un servicio público, la reclamación se planteaba siempre ante la Administración. Por tanto, era la Administración la que determinaba en sede administrativa si el daño derivaba o no del servicio, y si era imputable a ella o al contratista, y fijaba a continuación, en su caso, el importe de la indemnización. Su decisión era vinculante tanto para el contratista como para el perjudicado, y, en caso de disconformidad, ambos podían acudir a la vía contencioso-administrativa.

Ello no significa que la Administración resolviera un conflicto entre dos privados (el contratista y el perjudicado), sino tan solo representa el ejercicio de sus potestades de interpretación del alcance y consecuencias del contrato.



Esta previsión pasaría posteriormente a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, pero de forma altamente insatisfactoria, pues la intervención de la Administración se convertía meramente en facultativa y con un alcance prácticamente consultivo, y sin perjuicio del ejercicio de la acción frente al contratista en la jurisdicción civil.

La situación, por tanto, es notoriamente insatisfactoria: plantea conflictos interpretativos graves a la hora de determinar a quién se demanda y ante quién, generando extrañas situaciones de "forum shopping" y una alta dispersión interpretativa, en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Por otro lado, provoca que el principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial siga sin ser pleno.

En estas circunstancias, la reforma en este aspecto de la regulación en materia de responsabilidad patrimonial es más que conveniente, y convendría introducirla en el texto de reforma y, al mismo tiempo, derogar los preceptos contradictorios del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por tanto, se propone una redacción alternativa del precepto del siguiente tenor:

*"6. Cuando los daños deriven de la gestión de un servicio público por concesionarios o de acciones u omisiones de cualquier otro contratista de la Administración por razón del cumplimiento del contrato celebrado con esta, quien se considere perjudicado deberá dirigir su reclamación a la Administración correspondiente.*

*El procedimiento a seguir en tales casos será el previsto en esta Ley para los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, y se resolverá con audiencia del contratista. La resolución que ponga fin al mismo determinará si los daños derivan efectivamente de la prestación del servicio público y si han de ser imputados, en su caso, a la propia Administración o al contratista, así como su importe.*

*La resolución que se dicte será vinculante, tanto para quien formule la reclamación, como para el concesionario o contratista, que podrán impugnarla ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de disconformidad. Una vez firme, la resolución será susceptible de ejecución por la Administración contratante conforme al procedimiento y medios de ejecución previstos en esta Ley.*



*Si, formulada la reclamación, la Administración no diese respuesta a la misma, se entenderá que, en caso de que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa apreciaren relación entre los daños y el servicio público, es ella quien asume la responsabilidad frente al perjudicado, sin perjuicio de su ulterior repetición frente al contratista, si hubiere lugar a ello”.*

12.- Por otra parte, el artículo 78 del Anteproyecto regula la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de derecho privado, estableciendo que su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 75 y siguientes.

El precepto proyectado no da una respuesta enteramente satisfactoria a los problemas que todavía perviven en la evolución de la regulación del control jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sujetas al derecho privado y en el proceso de unificación del sistema de responsabilidad patrimonial, que ha conducido a la reforma de los artículos 2.e) LJCA y 9.4 de la LOPJ, para atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil y social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad civil; extendiéndose la competencia jurisdiccional a los casos en los que se ejercite la acción directa frente a la aseguradora junto con la acción de responsabilidad de la Administración competente.

Queda sin resolver, no obstante, el supuesto en que el perjudicado acciona directamente contra la aseguradora de la Administración, que los tribunales del orden civil vienen considerando por lo general de su competencia, en la medida en que se ejercita exclusivamente la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro. No faltan, empero, resoluciones que se apartan de este criterio, optando por atribuir la competencia en estos casos a los tribunales del orden contencioso-administrativo en atención a que, incluso en estos supuestos de ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora, es preciso un pronunciamiento previo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada, que debe ser establecida conforme a las leyes administrativas, y cuya determinación queda vedada a la jurisdicción civil (vid. SAP Madrid, de 21 de julio de 2008, recurso 159/2008, y SAP Barcelona, de 26 de noviembre de 2010, recurso 281/2010, entre otras).



Sería conveniente, en este estado de cosas, que el texto de reforma estableciera de forma definitiva el alcance objetivo y subjetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pronunciándose acerca de estos supuestos dudosos, fijando de ese modo los límites del principio de unidad jurisdiccional en esta materia, de forma coordinada con las normas orgánicas atributivas de competencia.

13.- El capítulo II de este Título IV, relativo a la iniciación del procedimiento, presenta como novedad sustancial respecto del texto vigente el uso generalizado de los medios electrónicos, que será la regla en los casos de iniciación de oficio, y constituirá una facultad en los procedimientos iniciados a instancia del interesado que haya facilitado un dispositivo electrónico o una dirección de correo electrónico en la que pueda ser avisado de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica o dirección electrónica habilitada única, según corresponda.

Se incorporan, de este modo, en términos generales, las previsiones contenidas en el artículo 35 de la Ley 11/2007, al tiempo que se definen las características de los diferentes medios de iniciación de oficio del procedimiento (artículos 85 y siguientes del Anteproyecto), y se incorporan las especialidades propias de los procedimientos de naturaleza sancionadora y de responsabilidad patrimonial.

14.- En este apartado del texto proyectado cabe detenerse en la regulación de las medidas provisionales que se contienen en el artículo 83, que se corresponde con el artículo 72 de la Ley vigente. El precepto del texto de reforma presenta, respecto del vigente, la característica de que, después de indicar en su apartado primero que el órgano administrativo competente podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, reseña, sin embargo, en su apartado tercero el listado de medidas provisionales que podrán acordarse, en los términos previstos legalmente.

Esta enumeración, no obstante, no debe considerarse exhaustiva, ni debe entenderse, por tanto, que con ella se agotan las medidas provisionales que cabe adoptar. Así se desprende de la letra i) de dicho listado, donde se indica que podrán adoptarse aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución, con lo



que se vuelve a reproducir la norma genérica contenida en el apartado primero del artículo 83. Este carácter no exhaustivo de la relación de medidas tipificadas por el legislador es, por lo demás, común en las leyes de procedimiento; así, participa del mismo, por ejemplo, el catálogo de medidas cautelares recogido en el artículo 727 de la LEC. Una mejor técnica legislativa debería conducir, con todo, a precisar que la relación de las medidas enumeradas en el apartado tercero del artículo 83 no es cerrado, señalando que *"podrán acordarse, **entre otras**, las siguientes medidas provisionales"*, en términos análogos a los recogidos en el artículo 727.1 de la LEC.

Por otro lado, aunque el principio de proporcionalidad inspira la totalidad de la actuación administrativa, convendría que el prelegislador introdujera este principio en los presupuestos para la adopción de las medidas, de forma que pasara a conformar uno de ellos, junto con el de efectividad y el de menor onerosidad, consignándose todos ellos en la norma de forma expresa.

Al mismo tiempo, debería hacerse constar también de forma expresa el deber de motivación de la resolución por la que se acuerde o deniegue la adopción de las medidas, aun cuando dicho deber se contenga en el artículo 49.1 d) del Anteproyecto respecto de los acuerdos de adopción de las medidas, pues solo con la debida motivación cabe verificar la concurrencia de los presupuestos para la adopción de la medida y las razones que condujeron al órgano competente para acordar la medida concreta adoptada, o la denegación de las solicitadas. Paralelamente, cabría considerar la conveniencia de que, en los casos en los que el órgano competente carezca de elementos de juicio necesarios para adoptar las medidas, se confiara un trámite de audiencia al interesado, tal y como se suscitó en la STS de 18 de octubre de 1994 (recurso 8722/1990), por más que su ausencia no sea necesariamente inconstitucional, como ha declarado la STC 14/1992, de 10 de febrero.

Falta, por otra parte, una indicación en la norma acerca del carácter recurrible del acuerdo que resuelva sobre la adopción de las medidas. Únicamente se establece la posibilidad de recurso frente al acuerdo de iniciación del procedimiento en el que se levanten, confirmen o modifiquen las medidas provisionales adoptadas antes de la iniciación del procedimiento (artículo 83.2, in fine).

La posibilidad de recurso hay que entenderla admitida por aplicación del artículo 139.1 del Anteproyecto, y ha sido aceptada por la jurisprudencia del



Tribunal Supremo (SSTS 16 de julio de 1993, recurso 4811/1990, 27 de febrero de 1993, recurso 6080/1990, y 9 de octubre de 1999, recurso 4798/1995, entre otros; también, más recientemente, SSTS 12 de mayo de 2006, recurso 4345/2003, y 16 de abril de 2009, recurso 5752/2003).

En evitación de cualquier duda al respecto, parece conveniente, así las cosas, que en el artículo 83 del Anteproyecto se establezca de forma expresa el carácter recurrible del acuerdo sobre la adopción de las medidas provisionales.

15.- En punto a la acumulación de procedimientos, que se regula en el artículo 84 del Anteproyecto con un contenido que reproduce tanto el artículo 73 de la LRJPAC como el apartado segundo del artículo 6 del RRPA, conviene tener en cuenta que, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia (vid. a.ex., SSTS 6 de mayo de 2011, recurso 607/2008, y 9 de marzo de 2012, recurso de casación 3088/2008), rigen los mismos criterios para la acumulación de procesos, por lo que, por una parte, solo cabrá la acumulación de expedientes que deban ser tramitados y resueltos por el mismo órgano administrativo, y por otra parte, podrá promoverse no solo de oficio, sino también a instancia de parte; previsiones que convendría contemplar de forma expresa en el texto proyectado.

16.- En otro orden de cosas, merece destacarse –con un juicio favorable– la inclusión en el apartado tercero del artículo 89 del precepto por el que se generalizan los instrumentos de clemencia establecidos en favor del denunciante que son propios de los procedimientos sancionadores del derecho de la competencia.

17.- El artículo 96 del Anteproyecto reproduce la regulación de la declaración responsable y de la comunicación previa contenida en el artículo 71 bis de la LRJPAC, que fue añadido por el artículo 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La norma de reforma no introduce novedades sustanciales con respecto de la regulación vigente, que incorporó el régimen contenido en la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y que supuso, en términos generales, sentar la excepcionalidad del régimen de autorización administrativa previa. Cabe, sin embargo, hacer algunas consideraciones sobre su texto, y al hilo de las cuestiones que se han suscitado en la aplicación del artículo 71 bis LRJPAC.



En primer lugar, se aprecia la omisión –injustificada- de toda referencia a la utilización de medios electrónicos, en los términos contemplados en el artículo 27 de la Ley 11/2007, siendo esta omisión todavía más llamativa cuando en el apartado quinto se ha hecho desaparecer la referencia -que sí contiene el mismo apartado del artículo 71 bis de la Ley vigente- a la posibilidad de presentar los modelos de declaración responsable y de las comunicaciones a distancia y por vía electrónica.

Y en segundo lugar, parece oportuno hacerse eco de las dudas que en la doctrina ha suscitado la prohibición, impuesta por el segundo párrafo del apartado cuarto del artículo 96 –y en su homónimo del artículo 71 bis LRJPAC-, de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un cierto periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación. Al margen de la imprecisión en que incurre el prelegislador –en la que también ha incurrido el legislador de la Ley 30/1992-, pues la presentación de la declaración responsable o comunicación previa no supone en puridad instar o iniciar un procedimiento administrativo, la prohibición, rectamente entendida, de realizar durante cierto tiempo nuevas actividades comunicadas o declaradas con el mismo objeto supone, de *facto*, una inhabilitación de los interesados en la que puede reconocerse un carácter materialmente sancionador, por lo que el principio de tipicidad que impera en el Derecho administrativo sancionador, y las exigencias de taxatividad y previsibilidad inherentes, exigiría la tipificación legal de la infracción como tal o, al menos, la definición de la prohibición con la debida precisión de su alcance, especialmente del plazo máximo de la inhabilitación, sin remitir tal definición y delimitación a normas sectoriales, a través de las cuales se podría producir una indeseada deslegalización de la materia.

18.- El capítulo II de este Título IV (artículos 97 a 101) regula la ordenación del procedimiento, con la significativa incorporación del formato electrónico del expediente administrativo, de los documentos que deben integrarlo, y las características que deben revestir para garantizar su integridad e inmutabilidad, todo ello bajo la regla general de la impulsión de oficio y a través de medios electrónicos. Se incorporan al Anteproyecto, de esta forma, las disposiciones de la Ley 11/2007, particularmente de su artículo 36.

19.- El capítulo III, sobre la instrucción del procedimiento, se desenvuelve a través de cuatro secciones, en la primera de las cuales se contienen, bajo el título “Disposiciones generales”, las reglas relativas a los actos de



instrucción de los interesados (artículo 102), que recogen las contenidas en el artículo 78 LRJPAC, con la necesaria adecuación a las normas sobre la tramitación electrónica de los procedimientos previstas en el artículo 36.3 de la Ley 11/2007. Se incluye también la regulación del trámite de alegaciones, en los términos previstos en el vigente artículo 79 LRJPAC.

20.- La segunda sección tiene por objeto la prueba, conteniendo una expresa referencia a los criterios de valoración de la prueba establecidos en la LEC (artículo 104.1), con arreglo a los cuales deberán valorarse los medios de prueba admisibles en Derecho que hayan sido aportados al expediente. Conviene precisar, en este punto, que la LEC no contiene un sistema de valoración de la prueba legal o tasado, sino que establece las reglas que determinan la eficacia probatoria de determinados medios de prueba, bajo el criterio general de la valoración conjunta de la prueba, al cual debe considerarse efectuada la remisión que al respecto lleva a cabo el precepto del texto de reforma.

21.- En la sección tercera (artículos 106 a 108) se regulan los informes, que serán emitidos a través de medios electrónicos y de acuerdo con los requisitos que señala el artículo 40 en el plazo de diez días (artículo 107). Debe tenerse en cuenta que en el texto proyectado el hecho de que no se emita un informe preceptivo en el plazo señalado tiene como consecuencia, además de la eventual responsabilidad, la suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, desde luego, pero también la suspensión del curso de las actuaciones, tal y como se infiere del artículo 107.3. La emisión extemporánea del informe reactivará la tramitación del procedimiento y el plazo máximo legal para resolver, si bien, en tales casos, el órgano competente para resolver podrá no tener en cuenta el contenido del informe (artículo 107.4, último inciso), lo que es cuestionable, por cuanto no parece que pueda admitirse que la resolución pueda verse influenciada por el retraso en la emisión del informe, del que por lo general no son responsables los interesados. Por tal razón, pudiera resultar preferible prescindir de dicha regla, y sustituirla, en su caso, por otra, como la prevista en los artículos 18 y 19 de la Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, conforme a la cual cuando los informes fueran recibidos fuera de plazo, antes de dictar resolución, se valorará su contenido por el órgano competente para resolver.

22.- Especial mención merece la emisión del informe preceptivo de este Consejo General del Poder Judicial en las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la



Administración de Justicia. El artículo 108 del Anteproyecto establece en su apartado tercero el carácter preceptivo del informe de este órgano constitucional en estos casos, y añade que el plazo para dictar resolución quedará suspendido por el tiempo que medie entre la solicitud del informe y su recepción, no pudiendo exceder dicho plazo de dos meses.

Conviene recordar, en la línea argumentativa seguida por este Consejo al emitir los informes sobre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que se someten a su consideración, que el artículo 9.3 CE proclama expresamente el principio general de la responsabilidad de los poderes públicos. En particular, el artículo 121 CE afirma que *"los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley"*.

El desarrollo legislativo de estas previsiones constitucionales se incluye en la actualidad en el Libro III -"Del régimen de los Juzgados Y Tribunales"-, Título V -"De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia"-, artículos 292 a 297, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Concretamente, el artículo 292.1 LOPJ establece que *"los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título"*.

Así pues, entre las circunstancias de hecho que constituyen el presupuesto de la responsabilidad patrimonial del denominado Estado-Juez que se mencionan en el artículo transcrito, es necesario distinguir: de un lado, la categoría del "error judicial" y, singularmente, dentro de ella, el caso concreto de la prisión provisional indebida del artículo 294 LOPJ (sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia de hecho imputado después de haber sufrido prisión preventiva); y, de otra parte, la hipótesis del "funcionamiento anormal de la Administración de Justicia", de la que constituye el ejemplo típico el retraso injustificado en la tramitación de los procesos judiciales.

En el plano procedimental conviene recordar que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 121 CE y 292 y siguientes LOPJ, el artículo 139.4 de la LRJPAC dispone que *"la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial"*. Esta previsión ha quedado incorporada al



artículo 75.4 del Anteproyecto que es objeto del presente informe. A su vez, el artículo 293.2 LOPJ preceptúa que *"tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado"*. Por tanto, conforme a la legislación vigente, el procedimiento a seguir en estos casos es el regulado en el Título X -"De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio"-, Capítulo I -"Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública"-, artículos 139 a 144 LRJPAC y, en especial, en los artículos 142 y 143 LRJPAC, así como en las normas reglamentarias que los desarrollen, concretamente, en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRPA).

La remisión que efectúa la LOPJ a las normas de procedimiento administrativo habrá de entenderse referida, por consiguiente, a los principios y normas que regulan en el Anteproyecto el procedimiento administrativo común, con las especialidades que contempla respecto del procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En todo caso, debe precisarse que, dada la especificidad del procedimiento legalmente previsto para reclamar al Estado responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, será ésta la vía procedente para deducir en este ámbito la pretensión indemnizatoria correspondiente, con preferencia a cualquier otro procedimiento que la legislación pueda contemplar en materia de responsabilidad patrimonial estatal sobre presupuestos distintos del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

En el marco de la regulación legal vigente, la disposición adicional segunda del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en relación con el artículo 10 del propio Real Decreto, ha venido a dar una cobertura normativa expresa a la práctica administrativa anterior, surgida como consecuencia de la necesidad de salvaguardar en estos procedimientos el principio de plenitud de la potestad jurisdiccional y la independencia del Poder Judicial, en congruencia con la regulación contenida en los artículos 292 a 297 LOPJ, por medio de la emisión de informe del órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial. De acuerdo con dicha práctica, refrendada en los Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 de abril de 1986 y 26 de febrero de 1992, es preciso informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial en los procedimientos de responsabilidad



patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Esta exigencia de informe preceptivo del CGPJ en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se ve ahora recogida en el artículo 108.3 del Anteproyecto, cuyo último inciso establece, en términos similares a los de disposición adicional segunda del Real Decreto 429/1993, la suspensión por un periodo que no podrá exceder de dos meses, contado desde la solicitud de informe y su recepción –se debe entender que la recepción del informe por el órgano que lo ha solicitado- del plazo para dictar resolución.

Con todo, dada la especialidad que parece introducir este precepto respecto del régimen general del plazo para emitir los informes, de la suspensión de la tramitación de las actuaciones y de la suspensión del plazo para dictar la resolución, y ante las eventuales dudas que pueden surgir al respecto, que no se resuelven pacíficamente acudiendo a las reglas que establecen los apartados tercero y cuarto del artículo 107 del Anteproyecto (apartados tercero y cuarto del artículo 83 de la Ley vigente), sería aconsejable que el prelegislador estableciera de forma expresa y precisa el plazo para emitir el informe requerido al CGPJ y las consecuencias de la no emisión en plazo.

Por otra parte, no está de más recordar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 121 CE y 292.1 LOPJ, la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia precisa la concurrencia de los presupuestos siguientes:

*a) Un hecho imputable al Estado consistente en un "funcionamiento anormal de la Administración de Justicia", circunstancia ésta que no se presupone con "la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales" por sí sola (artículo 292.3 LOPJ).*

*b) Un daño "en cualesquiera bienes o derechos", que habrá de ser "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas" (artículo 292.2 LOPJ).*

*c) Que el daño haya sido "causado" por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; relación de causalidad que quiebra "en los casos de fuerza mayor" (artículo 292.1 LOPJ) y cuando el hecho "tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado" (artículo 295 LOPJ).*

*d) La tramitación y resolución de la petición indemnizatoria por el procedimiento legalmente previsto (artículo 293.2 LOPJ).*



*e) Por último, la responsabilidad patrimonial por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se entiende siempre sin perjuicio de la acción de repetición que al Estado se reserva en el artículo 296 LOPJ en el supuesto de que los daños se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados; o, en su caso, a tenor del artículo 297 LOPJ, de la responsabilidad civil que a éstos pudiera exigírseles por los perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, ya sea de forma directa (artículos 411 a 413 LOPJ) o mediata a causa de la responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir (artículos 405 a 410 LOPJ).*

De acuerdo con lo anterior, el Consejo General del Poder Judicial, mediante Acuerdos del Pleno de 16 de abril de 1986 y 26 de febrero de 1992, ha establecido los "Criterios a tener en cuenta en los informes que el Consejo General del Poder Judicial ha de emitir en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia", en los que se establecen los siguientes:

*1º) Distinción entre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y error judicial, limitándose, cuando la reclamación se refiera al segundo supuesto, a ponerlo de manifiesto sin entrar en más consideraciones, al tratarse de procedimientos totalmente dispares, siendo así que para este último se exige una resolución judicial que expresamente reconozca la existencia del error.*

*2º) En caso contrario, determinación precisa de la existencia o no de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.*

*3º) Exclusión en el informe de todo pronunciamiento acerca de la plena viabilidad de la reclamación formulada, de la concurrencia o no de relación de causalidad entre la actuación que se censura y el perjuicio que se dice sufrido y, por último, de la procedencia o no de la cuantía indemnizatoria pretendida.*

*4º) A tales efectos, extensión del concepto de la Administración de Justicia no sólo al ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de Jueces y Magistrados, sino también a las conductas realizadas por cuantos colaboran a que aquélla cumpla sus fines, incluyendo, por tanto, la actuación de los Secretarios Judiciales, funcionarios y Policía Judicial.*

Por tanto, partiendo de los criterios expuestos, el informe que emita el CGPJ en el marco de una reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia deberá limitarse



estrictamente a valorar si los hechos acreditados en el expediente correspondiente constituyen efectivamente un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin entrar en otras consideraciones acerca de los daños que a sus resultados puedan haberse producido, de la relación de causalidad entre aquellos y éstos, de la procedencia o improcedencia de la indemnización o, en fin, de la cuantía que eventualmente debiera corresponder en tal concepto.

Resulta oportuno, para concluir este apartado, recoger los criterios reflejados en los innumerables informes que ha emitido este Consejo con arreglo a los cuales viene caracterizando el error judicial frente a aquellos supuestos en los que la responsabilidad aparece conectada causalmente con la actividad de la Administración de Justicia, sin intervención directa del titular de la potestad jurisdiccional, o con funciones gubernativas desarrolladas por los jueces y magistrados; y, junto con ellos, aquellos criterios que, conforme a los dictados de la jurisprudencia del TEDH, primero, y de la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, después, sirven para configurar los elementos que caracterizan la prisión preventiva en el marco del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

*<<Tales son los criterios que ha venido utilizando hasta ahora el Consejo General del Poder Judicial, teniendo en cuenta, de una parte, la dificultad de deslindar el núcleo propio del error judicial, directamente incardinable en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, de aquellas otras situaciones en las que el evento indemnizable tiene su origen en la actividad de la administración de justicia, sin intervención directa del titular de la potestad jurisdiccional, o bien en las funciones de carácter gubernativo que desarrollan los Jueces y Magistrados. Precisamente por la conexión entre la responsabilidad por error judicial y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, de la que el primero es una manifestación, siquiera desviada o patológica, la Ley Orgánica del Poder Judicial exige en estos casos, a diferencia de los supuestos de anormal funcionamiento de la organización administrativa de la Justicia, en los que no se ve afectado el fundamento mismo de decisión de juzgar, que exista una previa declaración judicial de la existencia del error (art. 293.1 LOPJ).*

*La independencia judicial, como exigencia de inmunidad de la función jurisdiccional frente a la posible intromisión de otros poderes, condiciona así decisivamente la determinación de la existencia de responsabilidad. No puede el poder ejecutivo apreciar por sí mismo, ni siquiera una vez obtenido el correspondiente informe del órgano de gobierno de Jueces y Magistrados, que es requisito necesario en los procedimientos de responsabilidad por*



*funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (Disposición Adicional Segunda del R.D. de 26 de marzo de 1993, núm. 429/1993), si una determinada resolución judicial es errónea o acertada, sino que ha de ser el propio poder judicial el que declare la existencia de error. Esta declaración puede resultar directamente de una sentencia dictada en recurso de revisión (artículo 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), o bien de un proceso específicamente encaminado a obtener la declaración de la existencia del error, que la propia Ley Orgánica regula en el mismo precepto.*

*En el proceso de declaración de la existencia del error, el Tribunal Supremo ha venido orientando el específico propósito y finalidad de esta institución legal. No se trata de calificar o enjuiciar, al margen del sistema ordinario de recursos, la validez desde el punto de vista legal o constitucional de una determinada resolución, sino que la pretensión indemnizatoria o de resarcimiento ha de estar en primer plano, de modo que no sólo la existencia de un daño, "efectivo, evaluable económicamente e individualizado", como exige el artículo 292.2 de la Ley Orgánica, constituye presupuesto necesario para la viabilidad del proceso de declaración del error, sino que el derecho a la indemnización consiguiente (artículo 292.1 LOPJ) constituye el objeto típico del mismo proceso, que tiene una finalidad esencialmente indemnizatoria. De ahí que el derecho a resarcimiento se condicione a que no haya otro remedio para alcanzar la reparación del perjuicio (STS 10 de junio de 1987), así como a que se hayan agotado los remedios procesales ordinarios. El Tribunal Constitucional (STC 39/1995) ha recordado, por su parte, que el procedimiento de los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene por objeto un reconocimiento formal del error judicial que servirá de título para reclamar frente al Estado la indemnización procedente, pero no pretende la modificación de la resolución, al menos cuando no ocasione una privación de derechos fundamentales (...).*

*La prisión preventiva indebida constituye generalmente el supuesto típico de la hipótesis de error judicial contemplada en el artículo 293 LOPJ, especialmente en los casos expresamente previstos en el artículo 294 LOPJ (sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre). En tales supuestos, como en todos los demás de error judicial, teóricamente y según se desprende del artículo 293.1. LOPJ, "la reclamación de indemnización... deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca". Sin embargo, este criterio ha sido matizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 30 de abril de 1990, 4 de diciembre de 1990 y 29 de marzo de 1999), en el sentido de que en los supuestos de prisión preventiva indebida basta contar con una resolución*



*jurisdiccional de la que se desprenda palmariamente la improcedencia de aquella medida por la inexistencia del hecho imputado, pues se entiende que el propio proceso penal ha evidenciado la existencia del error judicial de suerte que ya no es necesaria otra declaración jurisdiccional a tal efecto. Esa misma jurisprudencia ha establecido que el caso de inexistencia objetiva del hecho imputado abarca no sólo la inexistencia material de los hechos determinantes de la prisión preventiva, sino también el supuesto de inexistencia de la acción típica o de hecho delictivo, pues de otro modo se excluirían de la posibilidad de indemnización los supuestos en que se hubiese decretado prisión provisional a pesar de no ser los hechos determinantes de la misma constitutivos de infracción punible alguna por no estar tipificados como tales.*

*Además de lo anterior, en una interpretación extensiva del artículo 294 LOPJ, la jurisprudencia había venido entendiendo que dicho precepto amparaba el supuesto de la llamada inexistencia subjetiva, entendida como la cumplida prueba de no participación en los hechos de quien ha sufrido la prisión preventiva, situación que por tanto se equiparó a los supuestos de inexistencia objetiva en cuanto ponía de manifiesto la falta de relación del sujeto con el hecho imputado del que deriva la adopción de la medida de prisión provisional (vid. SSTS de 2 de junio de 1989, 21 de enero de 1999, 28 de septiembre de 1999 y 27 de junio de 2000).*

*Con posterioridad, la STS (Sala 3ª) de 23 de noviembre de 2010 ha establecido que debe abandonarse dicha interpretación extensiva del artículo 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado. Ello viene impuesto –según declara esa Sentencia– por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, y de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España), conforme a la cual la desestimación de la pretensión indemnizatoria con el argumento de que la no participación del sujeto en los hechos delictivos no ha sido suficientemente establecida, sin matizaciones ni reservas, deja planear una duda sobre su inocencia, lo que resulta contrario al principio de presunción de inocencia. Como dice literalmente esa Sentencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto, "siendo clara la improcedencia de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia*



*subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuales sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre «por inexistencia del hecho imputado», es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente (...).».*

*Con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el artículo 294 LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia. Ello, sin embargo, como también dice la citada Sentencia (cuya doctrina ha sido acogida posteriormente, entre otras, por las SSTs de 14 de junio y 21 de julio de 2011, y 3 de enero, 14 de febrero y 21 de mayo de 2012, y 22 de septiembre de 2014, todas ellas de la Sala Tercera del Tribunal Supremo), no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones habrán de remitirse a la vía general del error judicial prevista en el artículo 293 de la LOPJ.*

*Por lo demás, concurra o no el presupuesto de la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho, de la disposición adicional segunda del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, y de los "Criterios" establecidos por Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 de abril de 1986 y 26 de febrero de 1992, se desprende que sólo requieren expresamente el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial los procedimientos de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, omitiéndose dicha exigencia en los casos en los que la pretensión indemnizatoria se fundamente en error judicial conforme el artículo 293 LOPJ o, en particular, en las previsiones normativas sobre prisión indebida contempladas en el artículo 294 LOPJ>>.*



23.- La sección cuarta, que cierra este capítulo cuarto del Título IV del Anteproyecto, regula en los artículos 109 y 110 los trámites de audiencia y de información pública.

La regulación que hace el prelegislador del trámite de audiencia se ajusta a la redacción del artículo 84 de la vigente Ley, y en términos generales, a los criterios establecidos por la jurisprudencia en relación con dicho trámite, que, después de incidir en su vinculación con el derecho de defensa y con el principio de contradicción, destaca la necesidad de que se produzca verdadera indefensión –real y efectiva- para dotar de efecto invalidante a su omisión (SSTS 23 de marzo de 2011, recurso 4264/2009, y 23 de mayo de 2005, recurso 6025/2003, que alude a la jurisprudencia constitucional que proclama que la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento común no constituye una infracción susceptible de amparo), y recuerda que, incluso, puede prescindirse del trámite cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, posibilidad prevista en el artículo 84.4 de la LRJPAC, y que ahora recoge el artículo 109.4 del Anteproyecto; todo ello, sin perjuicio de que, tratándose de procedimientos administrativos sancionadores, la omisión del trámite de audiencia pueda ser considerado como esencial, en la medida en que produzca una real y efectiva vulneración del derecho de defensa (STC 17/2009, de 26 de enero; en similares términos, STC 145/2011, de 26 de septiembre).

Respecto del trámite de información pública (artículo 110) -que se articula también por medios electrónicos (artículo 110.2, segundo párrafo)-, conviene retener que constituye el mecanismo que posibilita la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad de la Administración, y que, como tal instrumento esencial de participación, requiere que el trámite no sea concebido como una mera formalidad, sino como un trámite efectivo que permita una información completa, comprendiendo los elementos de juicio relevantes para servir a su finalidad, tal y como han puesto de manifiesto las SSTS de 4 de enero de 2011 (recurso 3675/2007) y de 27 de febrero de 2012 (recurso 5639/2008).

24.- El capítulo V de este Título IV, que comprende los artículos 111 a 122, contiene las disposiciones generales sobre la finalización del procedimiento, las normas sobre la resolución de los procedimientos, con las



correspondientes especialidades en materia sancionadora y de responsabilidad patrimonial, y las normas sobre desistimiento, renuncia y caducidad.

25.- El artículo 111 contempla las distintas formas de terminación del procedimiento, en términos análogos a los del artículo 87 de la LRJPAC, pero a continuación introduce en el apartado tercero la obligación de realizar el pago derivado de una sanción pecuniaria utilizando medios electrónicos, salvo que se justifique la imposibilidad de hacerlo. No es esta, empero, la ubicación sistemática más adecuada para establecer esta obligación, referida a la ejecución de las resoluciones administrativas, por lo que parece más adecuado recogerla en el capítulo V de este Título IV, que regula específicamente la ejecución.

Por otra parte, el prelegislador introduce en el artículo 112 las especialidades en la terminación de los procedimientos sancionadores, que comprenden el reconocimiento de la responsabilidad y el pago voluntario de la sanción de carácter pecuniario, estableciendo en ambos casos reducciones sobre el importe de la sanción pecuniaria impuesta.

A este respecto, el tercer apartado del artículo 112 prevé la reducción del importe de la sanción para los casos en que se haya hecho el pago voluntario por el presunto responsable antes de la resolución, hecho este que implica la terminación del procedimiento, según especifica el apartado 2 del mismo artículo. El apartado 3 añade que en estos casos, la efectividad de la reducción "estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso contra la sanción". Esta redacción suscita algunas dudas para cuya aclaración se requeriría que se expresase claramente que la terminación del procedimiento, por el pago voluntario anterior a la resolución, agota la vía administrativa siendo recurrible ante el orden contencioso-administrativo. Con ello se aclararía que el desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso no alcanza a la vía judicial, sino que únicamente puede tener efectos dentro del propio ámbito administrativo. Sería conveniente atender, en lo que ahora concierne, a lo previsto en el artículo 80 del RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, Texto articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, cuando regula el Procedimiento sancionador abreviado, como sigue:

*"Una vez realizado el pago voluntario de la multa, ya sea en el acto de entrega de la denuncia o dentro del plazo de veinte días naturales contados desde el día siguiente al de su notificación, se tendrá por*



*concluido el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias:*

- a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción de multa.*
- b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que fuesen formuladas se tendrán por no presentadas.*
- c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago.*
- d) El agotamiento de la vía administrativa siendo recurrible únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.*
- e) El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se iniciará el día siguiente a aquél en que tenga lugar el pago.*
- f) La firmeza de la sanción en la vía administrativa desde el momento del pago, produciendo plenos efectos desde el día siguiente.*
- g) La sanción no computará como antecedente en el Registro de Conductores e Infractores, siempre que se trate de infracciones graves que no lleven aparejada pérdida de puntos.”*

26.- El prelegislador no ha puesto punto final a la polémica doctrinal que ha suscitado la interpretación del artículo 88.1 de la LRJPAC, cuyo contenido reproduce ahora el artículo 113.1 del Anteproyecto. La doctrina debate si, conforme al artículo 88.1 de la vigente Ley, la Administración puede celebrar convenios alternativos a la resolución o vinculantes de ella sin necesidad de autorización expresa, por contener el precepto una autorización genérica a tal efecto, o si, por el contrario, esa autorización es insuficiente y se precisa de una conferida de forma expresa en la legislación específica aplicable. Aun cuando la norma parece seguir esta segunda línea de interpretación, pues así se infiere de la referencia al "*alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule*", sería aconsejable que estas dudas interpretativas se despejaran en el texto proyectado.

Por otra parte, debería establecerse con claridad si esta forma de terminación convencional cabe en el procedimiento sancionador en todo caso, así como su alcance, concretando si solo se concibe respecto de la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados, tal y como se prevé en el artículo 22.3 del vigente Reglamento del procedimiento sancionador –aunque, en puridad, tal indemnización no constituye una sanción-, o si tiene mayor extensión. Y debería establecerse también si esta forma convencional de finalización tiene carácter general o si solo se concibe para procedimientos sancionadores especiales, como sucede en el artículo 52 de la Ley de Defensa de la Competencia.



27.- La sección segunda de este capítulo contiene las normas relativas a las actuaciones complementarias y sobre el contenido de la resolución, reproduciendo en esencia los términos del artículo 88 de la Ley en vigor, para recoger a continuación las especialidades de los procedimientos sancionadores, que incorporan las previsiones del artículo 138 de la LRJPAC y de los artículos 20 y 21 del Reglamento del procedimiento sancionador, así como las especialidades propias del procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial. Entre las primeras se comprende la necesidad de incluir en la resolución la valoración de las pruebas practicadas, especialmente de las que constituyan los fundamentos básicos de la pretensión, y de determinar los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad, así como la interdicción de separarse de los hechos determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su valoración jurídica; y, desde luego, se fija con precisión el momento en que la resolución se torna ejecutiva, que tendrá lugar, como es sabido, cuando no quepa contra ella ningún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición (artículo 117.5 del Anteproyecto).

Y en cuanto a las segundas, cuando en el artículo 119, primer párrafo, se atribuye, en el ámbito de la Administración General del Estado, al Ministro respectivo o al Consejo de Ministros –en los casos del artículo 75.3 o cuando una ley así lo disponga- la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial, convendría aclarar que tal competencia viene asimismo atribuida en los supuestos derivados de la aplicación de leyes inconstitucionales.

28.- Por último, cierra este capítulo cuarto la regulación del desistimiento, la renuncia, y la caducidad (artículos 120 a 122), en términos análogos a los de los artículos 90, 91 y 92 de la LRJPAC, respecto de los que, en consecuencia, no se introducen variaciones sustanciales.

29.- El capítulo VI (artículos 123 a 131) versa sobre la ejecución de las resoluciones. El régimen del texto proyectado no difiere en esencia del contenido en el capítulo V del Título VI de la LRJPAC, que dedica a la ejecución los artículos 93 a 101.

En esta materia conviene incidir en que, conforme constante doctrina jurisprudencial (de la que es exponente la STS de 16 de febrero de 2011, recurso 523/2006), son improcedentes los procedimientos de apremio iniciados estando pendiente de resolver una solicitud de suspensión de la ejecución del acto, y ello porque *<<negar (...) los efectos que, con carácter*



*preventivo, produce la solicitud de suspensión, bien sea en la vía económico-administrativo, bien sea en la judicial, supone privarle del derecho constitucional a la tutela cautelar, que impide la ejecutividad del acto administrativo en tanto pende la decisión de una petición de suspensión>>.Y el Tribunal Constitucional, por su parte, ha declarado (SSTC 78/1996, de 20 de mayo, y las que en esta se citan) que, si bien la ejecutividad de las sanciones firmes en vía administrativa es compatible con el artículo 24.1 CE, el derecho a la tutela judicial se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión.*

Al mismo tiempo, conviene destacar la importancia de la obligación de notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa (artículo 123.2 del Anteproyecto), que ha sido puesta de relieve por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (STC 291/2000, y STS de 28 de octubre de 2005, recurso 6297/2000); relevancia esta de la obligación que, vinculada a los criterios jurisprudenciales y constitucionales que se acaban de exponer, conduce a considerar pertinente incluir la indicación al particular interesado, al notificarle la resolución que autorice la actuación administrativa, de la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución del acto y del efecto de dicha solicitud en la ejecutoriedad del acto que se ha de llevar a efecto.

30.- El Título IV del Anteproyecto concluye con la regulación de la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común (artículo 132).

El texto del Anteproyecto establece las condiciones de esta forma simplificada del procedimiento administrativo común y fija los concretos trámites de los que consta. Desde luego, la iniciativa del prelegislador, que ha tenido a la vista el procedimiento simplificado regulado en los artículos 23 y siguientes del RPPS y el procedimiento abreviado previsto en los artículos 14 y siguientes del RPRP, debe ser acogida favorablemente, por cuanto representa, una vez más, la materialización de los principios de eficacia y de simplificación del procedimiento administrativo común, estrechamente conectados con los objetivos que persigue la reforma, incorporando a las normas comunes de procedimiento los trámites de los procedimientos simplificados previstos especialmente para el procedimiento sancionador y el procedimiento de responsabilidad patrimonial .



El procedimiento simplificado se concibe por razones de interés público o de falta de complejidad del procedimiento, y, si bien se contempla su tramitación de oficio, se supedita, sin embargo, a que los interesados no manifiesten su oposición expresa a la tramitación simplificada del procedimiento.

Es de destacar que para el prelegislador las razones de interés público sirven tanto para acordar la tramitación simplificada como para denegarla cuando ha sido solicitada por el interesado. Esta ambivalencia, sin embargo, no se concilia bien con una adecuada técnica legislativa, ni con la configuración conceptual del procedimiento simplificado y su relación con el procedimiento ordinario. El prelegislador, conforme a los objetivos y a la finalidad que declara perseguir, quiere configurar un marco procedimental común en el que se incorporan todas las especialidades del procedimiento sancionador y del procedimiento de responsabilidad patrimonial: constituye, por tanto, la regla, y respecto de ella, el procedimiento simplificado, justificado por razones de interés público, constituye la excepción. Por tanto, son las razones de interés público las que justifican la excepción que representa el procedimiento simplificado, y no las que justifican la tramitación ordinaria del procedimiento. En consecuencia, el apartado tercero del artículo 132 debería modificar su redacción, en el sentido de trasladar la regla contenida en su primer apartado a los casos en los que la tramitación simplificada sea solicitada por los interesados, e indicar que el órgano competente acordará la tramitación simplificada del procedimiento, a instancias de estos, cuando concurran razones de interés público que así lo aconsejen, o cuando sea conveniente por razón de la falta de complejidad que presenta.

Por otra parte, debe advertirse acerca de la escasa virtualidad que presenta el interés general como motivo justificador de la tramitación de oficio del procedimiento simplificado, cuando esta se encuentra subordinada al consenso de los interesados. Y es difícil cohonestar lo dispuesto en el apartado quinto, que establece que en el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora se podrá adoptar la tramitación simplificada del procedimiento cuando el órgano competente para iniciarlo considere que, de acuerdo con lo previsto en su normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, con el consenso de los interesados que se requiere para la tramitación de oficio, cuando por lo general los procedimientos sancionadores se inician de ese modo. Lo lógico, si se quiere que el apartado quinto tenga verdadera virtualidad, sería establecer la regla que contiene como una excepción o una salvedad de la recogida en el apartado segundo del artículo.



Por último, conviene poner de manifiesto que al configurar los trámites necesarios del procedimiento simplificado (apartado sexto), el prelegislador ha omitido el informe preceptivo de este Consejo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, omisión que debe ser corregida en el texto proyectado.

## VI

1.- El Título V del texto que se informa versa sobre la revisión de los actos en vía administrativa y en sendos capítulos regula la revisión de oficio y los recursos administrativos.

Tal y como se indica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, este Título mantiene las mismas vías de revisión que la Ley 30/1992. Se destaca como novedad la posibilidad de que cuando una Administración deba resolver una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiere interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa por la que se resuelva alguno de tales recursos, el órgano administrativo, siempre que el interesado no manifieste su oposición expresa, podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial.

Aun cuando, según explica el Preámbulo del texto de reforma, tal parece ser la única novedad que introduce en el régimen de revisión de los actos administrativos vigente, el Anteproyecto lleva a cabo ciertas modificaciones de los preceptos que se integran en el Título VII de la Ley 30/1992, alguna de carácter meramente técnico, y otras con un determinado alcance material.

2.- El artículo 133, que se titula "Revisión de disposiciones y actos nulos", recoge el mecanismo de carácter excepcional a través del cual se materializa la potestad de revisión de oficio de los propios actos por la Administración, que actualmente viene regulado en el artículo 102 de la Ley 30/1992. Se trata, como es bien sabido, de un mecanismo excepcional que el ordenamiento jurídico prevé para combatir en cualquier momento determinados actos administrativos, permitiendo a la Administración, ejerciendo potestades privilegiadas de autotutela, retirar del mundo jurídico un acto firme e inatacable por razones de legalidad o desajuste entre dicho acto y el bloque normativo que debería servirle de soporte.



Es menester retener que tanto el Consejo de Estado (Dictamen 3420/2003) como el Tribunal Supremo han afirmado de manera reiterada que la potestad de revisión de oficio no implica la posibilidad de ejercicio arbitrario, sino que dicha potestad ha de ejercerse cuando lo requiere el interés público que la ley permite apreciar a la Administración, caso por caso. En esta línea, se ha insistido en la necesidad de administrar con prudencia y moderación la teoría de las nulidades, en el sentido de valorar adecuadamente todos los aspectos positivos y negativos de su aplicación, destacando que la salvaguarda de las formalidades es una garantía tanto de la administración como de los administrados.

No constituye, por tanto, una alternativa a los mecanismos ordinarios de impugnación de los actos y disposiciones administrativas, sino que se trata de una verdadera acción de nulidad, de carácter excepcional y limitado, sometida a una serie de condicionantes, entre ellos y destacadamente, la concurrencia de modo acreditado de un vicio de nulidad de pleno derecho establecidos taxativamente ahora en el artículo 61, (Dictámenes del Consejo de Estado 2804/1998, 738/2005 y 1410/2009, entre otros), cuya interpretación, por lo demás, debe ser estricta, para evitar su desnaturalización.

El texto proyectado no se aparta de la estructura y del contenido del vigente artículo 102 LRJPAC, y mantiene la posibilidad de que esta potestad revisora pueda ser ejercida por iniciativa propia de la Administración o a solicitud del interesado, siempre mediando el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Queda en todo caso a salvo, como sucede en la Ley 30/1993, la facultad que se atribuye al órgano competente para la revisión de oficio de acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen de los órganos consultivos, cuando las mismas no se basen en alguna de las causa de nulidad del artículo 61.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Cabe destacar no obstante la modificación operada a través del apartado quinto del artículo 133, por virtud de la cual se aumenta de tres a seis meses el plazo para que se produzca la caducidad del procedimiento iniciado de oficio. Esta modificación, que se muestra coherente con lo establecido para la declaración de lesividad de actos anulables, ha de



considerarse acertada, puesto que se trata en ambos casos de mecanismos revisores encuadrados dentro de la potestad de revisión de oficio por la propia Administración cuya diferencia sustancial radica en el vicio de nulidad que da lugar a la revisión -nulidad de pleno derecho cuando se trata del supuesto previsto en el artículo 133, y de anulabilidad en el caso del artículo 134- y en el carácter del acto sometido a revisión, ya que el procedimiento de declaración de lesividad se circunscribe a actos favorables para los administrados, excluyendo, por tanto, los actos desfavorables o de gravamen. Esta diferente tipología del vicio determinante de la nulidad y del carácter del acto –por más que la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho admita, en puridad, tanto la de los actos favorables como de los desfavorables o de gravamen, y sin perjuicio de la facultad de revocación de estos actos desfavorables que se confiere en el artículo 105 de la LRJPAC y ahora en el artículo 136.1 del Anteproyecto- da lugar a procedimientos de revisión diferentes, pues en el primer caso la Administración por su propia autoridad puede dejar sin efecto el acto en el que concurra el vicio de nulidad radical, mientras que en el segundo, una vez declarada su lesividad para el interés público, será la autoridad judicial la que pueda dejar sin efecto dicho acto.

3.- El artículo 134, referido a la declaración de lesividad de actos anulables, introduce en su apartado segundo un inciso segundo en el que se establece que *“Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos”*. Esta puntualización responde y se explica por la significación que ha dado la jurisprudencia a la declaración de lesividad, que constituye un presupuesto procesal o requisito de esta naturaleza que toda Administración tiene que cumplir cuando pretenda iniciar un proceso jurisdiccional con el fin de obtener la anulación de un acto dictado por ella misma. Por tanto, solo tiene como efecto permitir a la Administración instar la impugnación jurisdiccional de un acto favorable dictado por ella misma, y es en ese procedimiento judicial donde podrá cuestionarse la validez del acto dictado, haciendo valer los interesados todo aquello que estimen conveniente en contra de esa declaración de lesividad, sin perjuicio de ser oídos en el procedimiento de declaración de lesividad, tal y como prevé el artículo 134.2 del texto de reforma, y se establece en el artículo 103.2 de la vigente Ley.



4.- El artículo 136 del Anteproyecto regula la revocación de actos y la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, actualmente regulados en el artículo 105 de la LRJPAC.

El texto proyectado mantiene en esencia la caracterización del mecanismo de revocación de los actos desfavorables o de gravamen, que alude a la extinción o sustitución de un acto por razones de oportunidad o conveniencia para el interés público, lo que lo diferencia de la revisión por motivos de legalidad. La jurisprudencia (vide ad. ex. STS de 31 de mayo de 2012, recurso 1429/2010, que cita otras anteriores) recuerda que la potestad de revisión que concede el artículo 105 LRJPAC –y ahora el artículo 136.1 del Anteproyecto- para los actos desfavorables o de gravamen no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino solo para revisarlos por motivos de oportunidad, *<<razón por la cual la petición de revisión no puede ser ocasión para discutir si el acto de gravamen se ajusta o no al ordenamiento jurídico, pues ello solo puede hacerlo el interesado impugnando en tiempo y forma el acto discutido>>* (STS de 31 de mayo de 2012, cit.).

Sin embargo, el precepto proyectado se separa aparentemente de la regulación vigente en lo relativo a que la Administración pueda revocar sus actos de gravamen o desfavorables en cualquier momento, pues el prelegislador exige que el ejercicio de la potestad revocatoria tenga lugar en tanto no haya prescrito el derecho correspondiente, lo que a su vez se reitera en el artículo 137, donde se prevé que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas, cuando, entre otras circunstancias, por la prescripción de acciones, su ejercicio resulte contrario a la equidad, buena fe, derechos de los particulares o a las leyes.

En rigor, la precisión relativa a la prescripción del derecho que añade el prelegislador en el apartado primero del artículo 136 no introduce una modificación sustancial en el contenido de la potestad de revocación de los actos desfavorables o de gravamen que contempla; y ello no solo porque la limitación que comporta ya estaba prevista en el artículo 106 de la LRJPAC, que se traslada al artículo 137 de la Ley proyectada, sino porque la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado han insistido, en su respectivo campo de actuación, en que en ningún caso la revisión puede ser injusta, irrazonable o arbitraria o producir consecuencias más gravosas que las que se derivarían de la subsistencia del acto cuya revisión se pretende (SSTS de 4 de febrero de 1993 y de 24 de octubre de 1996, y Dictamen 1485/1993, del Consejo de Estado).



5.- El Capítulo II de este Título V contiene la regulación de los recursos administrativos con una estructura y contenido similar, en términos generales, a la del capítulo II del Título VII de la vigente Ley.

El artículo 139 mantiene el mismo contenido que el artículo 107 de la Ley 30/92, a excepción de la novedad incorporada en el último inciso del párrafo segundo de su apartado tercero, que es coherente con la previsión que contiene el primer párrafo de este mismo apartado de que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa. Así, se establece que los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición. Y se añade que, si interpuesto el recurso, este órgano apreciara que la disposición pudiera estar incurso en una causa de nulidad, suspenderá el plazo para resolver el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, y se procederá a la incoación del procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones administrativas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 133.2.

Esta previsión representa, desde luego, una garantía adicional para los interesados en orden a evitar un procedimiento contencioso contra la disposición administrativa incurso en una evidente y palmaria nulidad de la que trae causa el acto impugnado en vía administrativa, permitiendo su revisión de oficio por el órgano que la dictó, con lo que, por una lado, se salvan las consecuencias de la irrecurribilidad de dicha disposición, y por otro lado se evita al interesado tener que acudir a los tribunales demandando la declaración de nulidad de la disposición administrativa de carácter general, lo que sin duda redundará en la eficacia y simplificación del procedimiento administrativo.

6.- Por otra parte, el artículo 140 mantiene el mismo contenido que el vigente artículo 108 de la LRJPAC, relativo al recurso extraordinario de revisión, que cabe contra los actos que pongan fin a la vía administrativa, siempre que concurren alguna de las circunstancias previstas en el art. 152.1.

En cuanto a los actos que ponen fin a la vía administrativa (artículo 141 del Anteproyecto), se incorporan al listado del artículo 109 de la LRJPAC la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, así como la resolución de los procedimientos complementarios en materia sancionadora



a los que se refiere el art. 117.4, lo cual responde a la previsión contenida, en cuanto a los procedimientos de responsabilidad patrimonial, en el art. 142 de la Ley 30/92, así como a la previsión del artículo 22 del RPPS relativa al procedimiento complementario para fijar las cuantías indemnizatorias en caso de daños o perjuicios causados a las Administraciones como consecuencia de las conductas sancionadas.

7.- Dentro de los principios generales sobre los recursos administrativos se introduce como novedad en el artículo 143 las causas de inadmisión de los recursos. Estas son similares a las previstas para los recursos contenciosos administrativos, incluyendo el supuesto de que el recurso carezca manifiestamente de fundamento.

A este respecto conviene destacar que, siendo el régimen de impugnación en vía administrativa una garantía de los ciudadanos frente a la Administración, la trascendencia que supone la utilización del sistema de recursos deberá ser tenida en cuenta a la hora de declarar su inadmisión, que, en definitiva, supone dejar imprejuizado el fondo del asunto planteado en el recurso interpuesto. En esta línea, ha de tomarse como principio que en el procedimiento administrativo tiene que garantizar el derecho de los ciudadanos a que se tramiten las solicitudes presentadas y a obtener una respuesta de la Administración, y que, en virtud del principio de contradicción inexcusable en el procedimiento administrativo, se ha de permitir la posibilidad de subsanación en el plazo concedido a tal efecto, con la prevención de poder aportar los documentos y las alegaciones que se consideren necesarias para la defensa de sus derechos e intereses. Por ello, en vía de recurso, y en trance de decidir sobre su admisibilidad, se impone un pronunciamiento restringido en orden a la apreciación de las causas de inadmisión, sobre todo la referida a la carencia manifiesta de fundamento, que, como su nombre indica, ha de ser palmaria y evidente, sin que pueda ser utilizada fuera de esos términos como mecanismo de desestimación anticipada del fondo, pues lo contrario sería prejuzgar los elementos de juicio que pueden aportarse en el procedimiento, cuando, lejos de ello, se debe propiciar un criterio *pro actione* que supere interpretaciones formalistas de los motivos de inadmisión, como así ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, y se desprende de la propia ley proyectada, que establece la posibilidad de subsanación y mejora de solicitudes defectuosas, así como la recalificación del recurso, con arreglo a lo establecido en el artículo 142.2.



Cabe añadir que cuando en el artículo 143 a) se especifica como causa de inadmisión del recurso la incompetencia del órgano cuando el competente pertenezca a otra Administración, la detallada, o, al menos, cómoda información que se tiene sobre todas las estructuras de las distintas Administraciones Públicas debería coonestarse con la posibilidad de materializar los recursos interpuestos por los interesados, pudiendo la Administración receptora del recurso remitirlo al órgano competente incluso cuando este pertenezca a otra Administración.

8.- El artículo 144 prevé la suspensión de la ejecución, como excepción a la regla general, en parecidos términos a los que contempla el art. 111 de la Ley 30/92, si bien con pequeñas modificaciones, entre las que destaca su adaptación a una de las finalidades de la reforma, cual es la implantación del registro electrónico de la Administración o del organismo competente.

En su apartado cuarto se precisa que la suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de esta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. El texto proyectado apura la extensión de la suspensión de la eficacia del acto impugnado con mejor técnica, en la medida en que la suspensión se prolongará en todo caso siempre que haya sido solicitada previamente por el interesado y exista medida cautelar cuyos efectos se extiendan a la vía jurisdiccional.

9.- El artículo 145 regula el trámite de audiencia a los interesados, e introduce como novedad frente al vigente artículo 112.1 de la Ley 30/92 que no podrá solicitarse la práctica de pruebas en vía de recurso cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado. Se pretende con ello que no se utilice la vía de recurso como remedio para subsanar la falta de acreditación de hechos o circunstancias que debieron y pudieron haberse probado en el momento procedimental oportuno, incluso mediante los trámites de subsanación previstos en el procedimiento.

10.- El artículo 146, referido a la resolución del recurso, introduce una mejora técnica en la redacción del artículo 113 de la LRJPAC, en el particular relativo a los efectos de la resolución por la que se aprecia la existencia de un vicio de forma determinante de la retroacción del procedimiento al momento en que se produjo el defecto, dejando a salvo la eventualidad de que pueda acordarse la convalidación de actuaciones por el órgano competente para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 del texto de reforma.



11.- La novedad que introduce el artículo 147, anunciada en la Exposición de Motivos de la Ley, merece una favorable acogida. Conforme a este precepto, cuando deban resolverse una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa por la que se resuelva alguno de tales recursos, el órgano administrativo podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial. La propuesta del acuerdo de suspensión deberá ser notificada a los interesados, quienes podrán oponerse al acuerdo de suspensión del procedimiento en el plazo de un mes, en cuyo caso la Administración deberá levantar la suspensión y continuar la tramitación del procedimiento; sin que el ejercicio de esta facultad de oposición por un interesado afecte a los restantes procedimientos de recurso que se encuentren suspendidos por traer causa del mismo acto administrativo.

Se trata, por tanto, de articular los efectos de la pendencia de un recurso judicial contra la resolución que decida uno de los diversos recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo, estableciendo el remedio de la suspensión del plazo para resolver el recurso administrativo, siempre que no medie oposición por los interesados, y sin que la decisión de estos trascienda al procedimiento de recurso que le afecta. La norma propuesta por el prelegislador trata de conciliar, por tanto, los diversos derechos, principios e intereses en juego, desde la seguridad jurídica que late bajo el tratamiento procesal o procedimental de la litispendencia y conexidad, pasando por la vinculación al resultado del control jurisdiccional de la actividad de la Administración, así como por la salvaguarda del derecho de audiencia del administrado y el respeto de su derecho a obtener la respuesta de la Administración sin dilaciones, hasta, en fin, el interés general que representa la reducción de la carga de tramitación y resolución de los diversos recursos pendientes.

Por otra parte, la literalidad del artículo 148.2, segundo párrafo, apunta a considerar que se está haciendo referencia a los expedientes de papel, cuando la norma proyectada obliga a los expedientes electrónicos, tal y como se desprende del artículo 97.2. Se sugiere, por tanto, que se cohoneste la redacción del artículo 148.2 con la del artículo 97.2.

9.- En cuanto a la regulación de los recursos propiamente dichos, que se contiene en las secciones segunda, tercera y cuarta del capítulo II de este Título V, cabe hacer las siguientes consideraciones:



- a) El artículo 149.1, en su segundo párrafo, prevé el plazo de recurso para interponer el recurso de alzada en los supuestos de silencio negativo. Establece que en tales casos el plazo de interposición del recurso se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo. Trascurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso – dispone el tercer párrafo de este mismo precepto, la resolución será firme a todos los efectos.

Ya se ha indicado en otro lugar de este informe que la jurisprudencia constitucional (cfr. SSTC 37/2012, 93/2012 y 98/2012, cit.), ha declarado que resultan contrarios al artículo 24.1 CE los pronunciamientos judiciales de inadmisión de recursos contencioso-administrativos por extemporaneidad (por no haberse impugnado judicialmente en su día la desestimación presunta del recurso administrativo), fundados en considerar la existencia de una resolución administrativa expresa dictada fuera de plazo solo como un acto confirmatorio de lo ya resuelto de manera consentida y firme por silencio. La doctrina jurisprudencia considera que tales decisiones de inadmisión de los recursos con dicho fundamento realizan una interpretación de la norma irrazonable y contraria al principio *pro actione* al deducir del comportamiento pasivo de quien recurre, derivado de la propia inactividad de la Administración, un consentimiento con el contenido de un acto administrativo que fue impugnado.

Y la misma jurisprudencia constitucional incide en la inexistencia de la firmeza del acto, por cuanto la resolución objeto de un recurso de alzada no alcanza firmeza hasta que no se desestime este expresa y totalmente, pues hasta ese momento la Administración puede decidir cuantas cuestiones plantee el recurso, tanto de forma como de fondo, lo que resulta incompatible con la nota de firmeza antes de la resolución expresa del recurso; sin que, en fin, el transcurso del plazo para interponer el recursos contencioso-administrativo contra actos presuntos sin hacer uso del mismo permita lógicamente atribuir firmeza a la resolución administrativa combatida en el recurso de alzada no resuelto.



Pues bien, estos argumentos, trasladados al plazo de interposición del recurso de alzada en casos de silencio negativo, debería conducir, rectamente, a considerar que para la interposición de recurso contra un acto no expreso de sentido negativo no existe plazo de recurso, consideración esta que deriva de la doctrina constitucional expuesta, la cual ha tenido, por lo demás, reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. STS 19 de diciembre de 2001, recurso 3348/1995), que ha admitido la presentación del recurso contencioso-administrativo antes de que se produzca el silencio administrativo desestimatorio del recurso de alzada. Y tales criterios deberían, en coherencia jurídica, cristalizarse positivamente y tener reflejo en el texto de la reforma, incorporándose al régimen de los plazos para recurrir en los casos de silencio negativo.

Es cierto que la jurisprudencia ha precisado que el artículo 24.1 CE establece el derecho a la tutela efectiva como un derecho que ha de hacerse valer en sede judicial, y que el plazo al que ahora alude el artículo 149.1, segundo párrafo, es el previsto para interponer un recurso administrativo. Pero no menos cierto es que la misma jurisprudencia admite una determinada extensión en la aplicación del artículo 24 CE de forma que alcance a la actuación administrativa. Así sucede, sin duda, en materia sancionadora y, en lo que ahora interesa, también se admite cuando se trata de aplicar los requisitos para recurrir en vía administrativa: si por lo general esta constituye un paso previo forzoso para acudir a la vía judicial, de forma que sin ella esta no es posible esta, se debe convenir que el artículo 24 CE también ha de producir sus efectos en relación con los requisitos exigibles para recurrir en vía administrativa (STS de 21 de julio de 2000, recurso 397/2000).

- b) Por otra parte, se debe destacar que el artículo 150 del Anteproyecto suprime el segundo párrafo del artículo 116 de la Ley 30/92, que dispone que no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición. La eliminación de este precepto puede facilitar la aplicación de la doctrina jurisprudencial a la que se acaba de aludir, cuando se trata del recurso en casos de silencio administrativo. En la medida en que sea así, y que el riesgo del ejercicio simultáneo del recurso de reposición y del contencioso-administrativo se conjure con una adecuada interpretación y aplicación del carácter disyuntivo con que



se establecen ambos recursos, su supresión puede calificarse de positiva.

## VII

El Título VI del Anteproyecto tiene por objeto establecer el régimen del procedimiento de elaboración de normas y disposiciones, y comprende la regulación de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones, la determinación de los principios del procedimiento de elaboración de normas, y la regulación misma del procedimiento de elaboración normativa.

Ya se ha expuesto en las consideraciones generales del presente informe que la iniciativa del prelegislador de establecer los principios y abordar el procedimiento de elaboración de normas y disposiciones ha de merecer una acogida favorable, en la medida en que con ello se incorporan las normas de carácter básico que contienen los principios de buena regulación –de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia- propugnados desde instancias tanto nacionales como internacionales.

Las consideraciones que, a partir de las expuestas con carácter general, puede hacer este Consejo en el marco de sus competencias, han de limitarse a las que a continuación se exponen:

- a) La inclusión del régimen legal del procedimiento de elaboración de normas y disposiciones que diseña el prelegislador en la Ley en proyecto objeto de informe solo se explica desde la vertiente procedimental del proceso de elaboración normativa, y, desde otra perspectiva, en la medida en que constituya su objeto el producto normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria y las disposiciones administrativas sometidas a las normas del procedimiento administrativo común que asimismo establece. Los preceptos que establecen la competencia en la iniciativa legislativa y la forma y jerarquía de las normas cobran significado, dentro del marco objetivo de una Ley que persigue establecer las normas comunes que regulen las relaciones *ad extra* de la Administración, en la medida en que se entiendan referidas a las Administraciones Públicas y a sus organismos, y al desarrollo de su actividad que se traduce en disposiciones normativas y administrativas que inciden en aquellas relaciones. Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional



ha incluido dentro de las materias que configuran el régimen jurídico de las Administraciones Públicas no solo la regulación de la composición y estructura de sus órganos, sino también sus competencias (STC 32/1981).

- b) El Anteproyecto en este punto renuncia a dotar de carácter básico a todo conjunto de normas que tiene por objeto el procedimiento de elaboración normativo y de disposiciones administrativas. El efecto transversal de las mismas se contrae, en puridad, a las que establecen los principios comunes del procedimiento de elaboración de normas y disposiciones, y a determinados aspectos del procedimiento de elaboración normativa, respecto del que, sin embargo, introduce especialidades para los procesos de iniciativa normativa en el ámbito de la Administración General del Estado, incluyendo la tramitación urgente de las normas.
- c) La misma falta de carácter básico se advierte cuando regula en su artículo 159.2 las fechas de entrada en vigor de las normas con rango de ley y reglamentos estatales que impongan nuevas obligaciones a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación, pues dicha norma, conforme a la cual tales disposiciones normativas entrarán en vigor los días 2 de enero o 1 de julio siguientes a la fecha de su aprobación –con la finalidad, según se explica en la Memoria, de contribuir a la seguridad jurídica y establecer un marco normativo predecible, siguiendo la práctica de numerosos Estados de nuestro entorno- solo rige respecto de la Administración General del Estado. Independientemente de ello, el precepto, que tiene como excepción aquellos casos en los que el cumplimiento del plazo de transposición de directivas europeas u otras razones justificadas aconsejen su no aplicación, deja sin explicar la salvedad que hace de lo dispuesto en el artículo 2.1 del Código Civil, de modo que no se comprende bien cómo se concilia la regla general de entrada en vigor de las normas que esta establece con la que se contiene en el artículo 159.2 del texto de reforma.
- d) Los artículos 161.4 y 6 y 162.2 y 6 afectan, en lo que se refiere a la emisión de informes preceptivos, a la competencia y a la función consultiva del Consejo del Poder Judicial, que, como se ha indicado en el apartado II de este informe, tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten, total o parcialmente, entre otras materias, a "[n]ormas procesales o que afecten a



*aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales”, “y “cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna”, tal y como disponen los apartados 6 y 9 del artículo 561.1 de la LOPJ, lo que deberá ser tenido en cuenta por el prelegislador a la hora de articular el trámite de informe tanto en el procedimiento ordinario como en el procedimiento de urgencia de elaboración normativa.*

## VIII

Resta hacer una breve referencia al régimen de derecho transitorio que se regula en la disposición transitoria tercera del Anteproyecto.

En ella se establecen las normas de derecho intertemporal aplicables a los procedimientos iniciados a la entrada en vigor del texto proyectado, a los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor, y a los recursos contra los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor del texto de reforma. Aun cuando este régimen transitorio se completa con una norma que quiere servir de cierre, y que remite a “los principios establecidos en los apartados anteriores”, sería conveniente que se contemplara de forma expresa el régimen transitorio aplicable a la ejecución de los actos y resoluciones.

## VI.-CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El Anteproyecto objeto del presente informe se enmarca en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas impulsada por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), cuya constitución fue concebida en el seno de un proceso reformista encaminado a superar la crisis económica, corregir los desequilibrios que frenan el crecimiento y crear las bases idóneas sobre las que asentar la prosperidad económica y el empleo. Dicha Comisión ha tomado como punto de partida el desarrollo que ha experimentado la Administración y la Función Pública en los últimos treinta y cinco años, en los que, en términos del informe elaborado por aquella, se ha dado un salto de gigante a la excelencia, representando en muchas materias un modelo a imitar para otros países,



pudiéndose afirmar sin reservas que España tiene una buena Administración. No obstante lo cual, presenta ineficiencias y redundancias competenciales que deben ser corregidas, pues una economía competitiva exige unas Administraciones Públicas modernas, transparentes y ágiles, así como un sector público libre de solapamientos, duplicidades y gastos innecesarios, volcado al servicio de ciudadanos y empresas, y equiparable a los sistemas más eficaces de los países de nuestro entorno.

La reforma proyectada se justifica, por tanto, por motivos económicos, de eficiencia en el uso de los recursos públicos y de eficacia en la actuación administrativa, lo que significa una mayor agilidad y transparencia, una mayor simplificación de trámites y procedimientos, la eliminación de duplicidades –bajo el principio <<una Administración, una competencia>>-, y una planificación conjunta y una gestión integrada de la actividad administrativa, siempre bajo la premisa de poder seguir prestando el mismo servicio, con igual o mejor calidad, a menor coste. Esta mayor eficiencia y eficacia administrativa se ha de traducir en una mayor competitividad de la economía y en un mayor crecimiento y estabilidad económica, que constituye el objetivo último sobre el que gravita el proceso de reforma.

**SEGUNDA.-** Este proceso persigue la racionalización del sector público mediante la supresión de órganos y entidades duplicadas, ineficientes o no sostenibles, con la adopción de medidas de carácter horizontal, mediante la asunción por los órganos estatales de funciones realizadas por órganos autonómicos, a través de la conexión de las bases de datos y registros públicos estatales y autonómicos, y por medio de la racionalización de la administración institucional y del sector público empresarial y fundacional del Estado. También alcanza a la reforma local, al tiempo que se orienta a establecer los mecanismos de la unidad de mercado, con la simplificación de las trabas administrativas para el acceso y ejercicio de las actividades económicas en las diferentes Comunidades Autónomas y la libre circulación de bienes y servicios en todo el territorio nacional.

**TERCERA.-** En otro plano, este proceso reformador cristaliza en la necesidad de acometer la codificación del derecho, como mecanismo para lograr la simplificación administrativa. La orientación de la CORA se traslada, por tanto, a alentar la impulsión, en el ámbito de la Administración General del Estado, de la elaboración de textos refundidos con la consiguiente aprobación de una ley ordinaria que habilite al Gobierno para la elaboración de los correspondientes textos.



Paralelamente, el proceso de reforma pasa por la reducción de cargas administrativas y trabas burocráticas, y, en general de los costes administrativos. A la consecución de este objetivo se encaminan tanto las medidas de simplificación administrativa en la contratación para facilitar el acceso de las empresas –especialmente de las PYMES– a la contratación pública e incrementar la eficiencia del gasto público, como la simplificación de los trámites administrativos para la apertura de una empresa, con la consiguiente reducción de tiempos y costes, y la unificación de la Ventanilla Única Empresarial y los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación para la constitución de empresas.

Al mismo tiempo, el proceso de reforma no se concibe sin el impulso a la administración electrónica, a cuya consecución se orientan las siguientes medidas: a) la mejora de los servicios horizontales de administración electrónica, con la potenciación de la Plataforma de Intermediación de Datos (PID) como medio para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración, y la puesta en funcionamiento del Registro Electrónico de Apoderamiento, así como, adicionalmente, del establecimiento de un Tablón Edictal Único de las Administraciones Públicas, que centralizará en un emplazamiento electrónico (BOE) las notificaciones por comparecencia que realizan actualmente los departamentos y órganos de la Administración General del Estado; b) la unificación y simplificación de los sistemas de identificación y autenticación no avanzados y la potenciación del uso de los certificados de empleado público, reconduciéndolos a un modelo y criterios comunes para facilitar y simplificar el acceso a los servicios telemáticos, y para mejorar la colaboración inter-administrativa y los intercambios de información; y c) la creación de un Punto de Acceso General como portal de entrada del ciudadano a las Administraciones Públicas y a toda la información de carácter horizontal sobre las actividades, la organización y funcionamiento de la Administración y la realización de los trámites y servicios más relevantes.

**CUARTA.-** Teniendo presente el objetivo del Anteproyecto que se informa, que se contrae, en esencia, a establecer un procedimiento administrativo común en el que, sobre la base de la simplificación, y con respeto de los principios de la buena administración, se incorpore el uso de las tecnologías, así como a articular las reglas comunes del procedimiento aplicables a todas las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades propias de las Comunidades Autónomas en materias de su



competencia, en las que se reflejen los criterios jurisprudenciales establecidos en la interpretación y aplicación de las normas de LRJPAC, la iniciativa del legislador merece en términos generales un juicio favorable, que cabe extender incluso a la técnica legislativa utilizada consistente en incorporar a un mismo cuerpo normativo las disposiciones contenidas en otras leyes en las que se establece la regulación de la administración electrónica, se estatuyen los principios que afectan al procedimiento orientados a dotar de mayor eficacia a la actividad de las Administraciones, y se articulan las normas que facilitan la información y el acceso de los ciudadanos a los documentos y la participación en los procesos de elaboración de las normas.

**QUINTA.-** Con todo, cabe advertir desde ahora de la presencia de ciertas sombras que oscurecen en alguna medida aquel juicio general favorable. En primer lugar, surgen dudas acerca de si la integración normativa que se lleva a cabo en el texto reformado, con la derogación de las leyes objeto de incorporación, satisface las exigencias del Derecho de la Unión Europea, principalmente las de la Directiva de Servicios objeto de transposición en aquellas normas que se incorporan al Anteproyecto y que este deroga, y acerca de si quedan aspectos de la norma europea carentes de la suficiente regulación en la norma interna, o que esta contempla de forma diferente (por ejemplo, en la igualdad y la no discriminación que informan el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, y en las obligaciones que, en este punto, y respecto de ciertos sujetos y sectores, impone el Anteproyecto).

En segundo lugar, dejando a salvo la opción del prelegislador que le ha llevado a integrar la regulación de los procedimientos sancionadores y de responsabilidad patrimonial de la Administración dentro del procedimiento administrativo común, y a limitarse respecto de ellos a establecer sus especialidades, surgen dudas sobre si el Anteproyecto contiene una regulación completa que contemple los principios propios del procedimiento sancionador y que resuelva de forma definitiva los problemas que presenta el régimen procedimental de la responsabilidad patrimonial, particularmente en lo que afecta a su ámbito objetivo.

Y por último, si bien la traslación a la Ley de determinadas normas reglamentarias puede cobrar sentido en el ámbito sancionador, en la medida en que sirva para reforzar la reserva legal sobre los aspectos básicos del procedimiento, y especialmente sobre los derechos sustantivos y procesales que se derivan de los artículos 9.3, 24.1 y 2 y 25.1 CE y que



tienen proyección al procedimiento administrativo, no parece tan justificada en el caso de las normas de desarrollo reglamentario de la Ley 11/2007, donde no opera con tanta intensidad la reserva legal, y donde se puede producir un vacío del contenido de la potestad reglamentaria, al tiempo que se produce una innecesaria legalización de materias propias del desarrollo reglamentario.

**SEXTA.-** Según se indica en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto examinado, este se ha elaborado al amparo del artículo 149.1.18ª CE, que atribuye al Estado la competencia para regular el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, así como el sistema de responsabilidad de todas las administraciones Públicas. De igual modo, el texto propuesto ha sido elaborado al amparo del artículo 149.1.8º, que reserva al Estado la competencia exclusiva para establecer las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto alude asimismo, como título competencial, al artículo 148.1.18ª CE, y señala que, de acuerdo con el marco constitucional que ofrece, y del que se deriva de la reserva legal que establece el artículo 105 CE respecto de la audiencia de los ciudadanos, regula los derechos y garantías mínimas que corresponden a estos respecto de la actividad administrativa, tanto en su vertiente de ejercicio de la potestad de autotutela, como de la potestad reglamentaria e iniciativa legislativa. El Preámbulo del Anteproyecto precisa que con la regulación proyectada no se agotan las competencias estatales y autonómicas para establecer especialidades dentro del procedimiento administrativo común "*ratione materiae*", o para la concreción de ciertos extremos, como la determinación del órgano competente para resolver o llevar a cabo otros trámites, sino que su carácter común resulta de su aplicación a todas las Administraciones Públicas y respecto de todas sus actuaciones. Y alude a la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las Comunidades Autónomas dicten normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de procedimiento administrativo común con carácter básico.

Por tanto, si, como indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto, se atribuye a la regulación del procedimiento administrativo común y a los preceptos que garantizan la participación ciudadana en la elaboración de las



normas carácter básico, es preciso que el prelegislador determine con claridad el título competencial que confiere tal carácter, y, lo que es más importante, que establezca de forma concreta y precisa aquellos que tienen tal carácter básico, sin que el mismo se pueda deducir –en un mecanismo de deducción *a contrario*- de aquellos preceptos que se refieren y son de aplicación únicamente a la Administración General del Estado.

**SÉPTIMA.-** El Anteproyecto persigue dar un impulso definitivo a la mejora de la calidad normativa, sistematizando los principios de buena regulación (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia), y garantizar con normas de carácter básico la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración normativa a través de la consulta pública con carácter previo, en la que se recabe la opinión de los sujetos potencialmente afectados por una futura norma a través de un cuestionario, diferente del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración normativa (artículo 105.a CE).

En este punto, circunscrito el análisis a aquellas materias que quedan dentro de la potestad de informe de este Consejo, cabe considerar acertada la regulación que el prelegislador propone de los procedimientos de elaboración normativa, en la medida en que incorpora los principios esenciales de la buena regulación y garantiza suficiente y adecuadamente el derecho de participación ciudadana en dichos procedimientos, incluso en el procedimiento abreviado, limitado a los casos legalmente establecidos o impuestos por circunstancias de índole de eficacia normativa o de carácter excepcional y urgente.

**OCTAVA.-** Es loable la referencia expresa que el prelegislador hace de los principios que integran el concepto de buena regulación y a los que somete cualquier futura regulación de trámites adicionales o distintos de los contemplados en la Ley proyectada, si bien sería aconsejable completar la alusión a ellos con la referencia también expresa de los principios de eficacia y seguridad jurídica, que también forman parte del conjunto de principios que rigen la buena praxis normativa.

**NOVENA.-** La deslegalización que se lleva a cabo en el último inciso del apartado segundo del artículo 1 no es inconciliable con el principio de legalidad que consagra en su primer inciso. La inclusión del tratamiento de los plazos en las materias susceptibles de regulación reglamentaria debería



quedar limitada, sin embargo, a los propios de la tramitación del procedimiento por razón de la especialidad, sin alcanzar, por tanto, a las normas comunes que rigen el carácter obligatorio de los plazos y su cómputo, el plazo máximo para notificar la resolución expresa, y los plazos de caducidad, de revisión de los actos y de recursos.

**DÉCIMA.-** El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley proyectada se establece mediante una técnica de remisión al artículo 2 del Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que define a los efectos de dicha Ley –proyectada- el concepto de Administraciones Públicas. Debe advertirse que el referido precepto incluye en su ámbito subjetivo de aplicación diversos órganos, casi todos ellos de carácter constitucional, entre los que se encuentra el CGPJ, que cuenta con su normativa específica reguladora de su organización y funcionamiento (el Reglamento 1/1986), y cuya actuación administrativa somete, de forma supletoria, a los dictados de la proyectada Ley de Régimen Jurídico. El empleo de esta técnica de remisión, sin embargo, no resulta enteramente satisfactorio, ni permite determinar con claridad el grado de aplicación del texto de la reforma a la actuación administrativa del CGPJ.

Por otro lado, el apartado tercero del artículo 2 de la proyectada Ley de Régimen Jurídico incluye en el concepto de Administración Pública a “cualesquiera otros organismos públicos y entidades vinculadas o dependientes (...)”, lo que confiere al texto de reforma objeto de informe una amplitud desmesurada.

Sería preferible que el Anteproyecto estableciese expresamente su ámbito subjetivo de aplicación, determinando las Administraciones a las que resulta de aplicación, así como aquellos organismos respecto de cuya actuación habrá de tener aplicación supletoria, sin remitirse a otra norma también en proyecto; conveniencia tanto mayor cuanto, al efectuarse la remisión a una norma todavía en tramitación, pueden suscitarse problemas de coordinación entre las normas en proyecto, que habrían de ser tramitadas *pari pasu*, en evitación de ellos.

**DÉCIMO PRIMERA.-** El artículo 4 regula la competencia de los órganos administrativos –que define en el artículo anterior-, incluyendo la delegación de competencias entre las técnicas de reasignación que no suponen alteración de la titularidad (segundo párrafo del apartado primero), lo que es coherente con su sentido conceptual. Al regular esta (artículo 5),



establece reglas específicas para la determinación del órgano competente para aprobar la delegación en el ámbito de la Administración General del Estado, prescindiendo, por tanto, del carácter básico de la regulación en este punto.

Convendría que en el listado de instituciones políticas no sujetas a delegación de competencias que se recoge en el apartado segundo, letra a) del artículo se añadieran las Presidencias de los Consejos de Diputados de las Diputaciones Forales del País Vasco y de las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco por tener la misma configuración que los Consejos de gobierno, en el primer caso, y la misma naturaleza parlamentaria que las asambleas legislativas, en el segundo.

Por otra parte, el artículo 6.2 se establece que en los supuestos de avocación el acto por el que se disponga deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento con anterioridad o simultáneamente a la resolución final que se dicte. Parece más correcto, sin embargo, que el acto de avocación sea notificado con anterioridad a la resolución final, toda vez que si se hiciera simultáneamente se privaría a los interesados de la posibilidad de recusar al órgano superior que ha avocado.

**DÉCIMO SEGUNDA.-** La concurrencia de la regulación de las encomiendas de gestión en la legislación de contratos del sector público y en la LRJPAC debe resolverse en el sentido de considerar que la encomienda de gestión que esta contempla ha quedado circunscrita a todas las materias ajenas a la contratación, y, por tanto, su objeto no puede incluir prestaciones o actuaciones propias de los contratos públicos a cambio de una prestación económica equivalente al valor de la prestación. Por tanto, las encomiendas o encargos de gestión incluidos en la LRJPAC son aquellos no aludidos en la Ley de Contratos del Sector Público, de manera que unos se refieren a los encargos con objeto "no contractual", y los otros a encargos con objeto "contractual".

El artículo 7.1, párrafo segundo, del Anteproyecto recoge esta conclusión, al disponer que las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto actos de contenido jurídico ni prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público, las cuales se registrarán exclusivamente por la misma. Por tanto, en la medida en que sea así, se debe acoger favorablemente esta redacción del precepto, por más que ese reenvío a las normas de la legislación de contratos lo sea a aquella que dispone que no se aplicará esta legislación si concurren los requisitos del



medio propio (es decir, el artículo 4.1 n, y el artículo 26.4 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

Cabría con todo considerar que el precepto ganaría en claridad si el último inciso del segundo párrafo del artículo 7 indicase “Las encomiendas de gestión que tengan por objeto dichas prestaciones se regirán por lo dispuesto en los artículos 4.1 n) y 26.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, o una fórmula similar.

**DÉCIMO TERCERA.-** El artículo 9, en su apartado cuarto, del Anteproyecto establece que en las resoluciones y actos que se dicten mediante suplencia se hará constar esta circunstancia y se especificará la autoridad cuya suplencia se ejerce y la autoridad que efectivamente la está ejerciendo. Esta previsión no se contiene en el artículo 17 de la LRJPAC, y, sin embargo, parece oportuna su inclusión en el texto de la reforma, a la vista del criterio mantenido en la STS, Sala tercera, de 23 de abril de 2012.

**DÉCIMO CUARTA.-** La regulación que contiene el Anteproyecto de los órganos colegiados respeta las directrices de la jurisprudencia constitucional y elude establecer un régimen detallado y minucioso de los órganos colegiados, de su composición y su funcionamiento, lo que garantiza su carácter básico y justifica su regulación en el marco de la normativa de procedimiento común, al tiempo que deja abierta la puerta a la regulación autonómica de esta materia.

Debe significarse, sin embargo, que el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que ha sido sometido también a informe de este Consejo, incluye en su ámbito material el régimen de los órganos colegiados. Esta doble regulación de los órganos colegiados, aun con diferente intensidad y carácter contenida en los dos Anteproyectos de tramitación paralela, parece contradecir el objetivo de ambos textos de regular por separado los aspectos vinculados a las relaciones *ad intra* de las Administraciones Públicas, y sus relaciones *ad extra*, además de arrostrar una complejidad añadida a la tramitación parlamentaria de ambas normas en cuanto a su coordinación normativa.

En consecuencia, y en coherencia con los objetivos y finalidades perseguidos por los Anteproyectos citados, informados en este momento por el Consejo, cabe plantearse la adecuación de incorporar toda la



regulación de esta materia en el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas que es también materia de informe, identificando con claridad cuáles, a la luz de la jurisprudencia constitucional, de sus contenidos gozarán de carácter básico, y cuáles carecerán del mismo.

**DÉCIMO QUINTA.-** El artículo 13 recoge las previsiones contenidas en la disposición adicional de la Ley 11/2007 relativas a la constitución y adopción de acuerdos de los órganos colegiados por medios electrónicos. Convendría que el prelegislador, al contemplar en el artículo 14 la posibilidad de grabación de las sesiones del órgano colegiado, tuviera en cuenta el carácter secreto que pueden tener algunas de ellas.

**DÉCIMO SEXTA.-** En la regulación de la abstención el Anteproyecto mantiene (artículo 15.3) la precisión, igualmente contenida en el artículo 28.3 de la Ley vigente, de que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en quienes concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

Siguiendo los dictados de la jurisprudencia, el precepto podría mejorarse técnicamente indicando que la concurrencia de motivos de abstención no implicará, necesariamente, y *en todo caso*, la invalidez de los actos.

**DÉCIMO SÉPTIMA.-** La capacidad de obrar administrativa, actualmente regulada en el artículo 30 LRJPAC, se contempla en el artículo 17 del texto de reforma en términos similares a los de la norma vigente. Cabe reflexionar, al respecto, en torno a la conveniencia de que la norma haga una referencia expresa a la capacidad de obrar de los extranjeros.

**DÉCIMO OCTAVA.-** En lo concerniente a la capacidad de obrar del menor, que la letra b) del artículo 17 del Anteproyecto reconoce al menor de edad "*para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela*" –en iguales términos que el vigente artículo 30 LRJPAC–, se hace patente la conveniencia y la oportunidad de superar las dudas interpretativas que dicho precepto ha suscitado entre la doctrina, de tal forma que desde la



norma se precise si es necesario que la legislación administrativa sustantiva permita expresamente al menor actuar ante la Administración por sí mismo, o basta que la ley no lo prohíba expresamente.

Por otra parte, la capacidad de obrar se extiende, como novedad del Anteproyecto, a los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y a los patrimonios independientes o autónomos, siempre que la ley lo declare expresamente. Esta determinación por ley de la capacidad de obrar ante la Administración de entidades sin personalidad jurídica, que por lo demás es coherente con la apertura jurisprudencial del concepto de interesado y con la amplitud de la legitimación en el procedimiento administrativo, deberá contemplar en cada caso a través de quién se articula esa capacidad de obrar actuando en representación de la entidad, representación que ha de venir determinada *ex lege*, diferente, por tanto, de la representación voluntaria que contempla el artículo 32 LRJPAC y el artículo 19 del texto proyectado.

**DÉCIMO NOVENA.-** Las novedades que introduce el Anteproyecto en materia de representación (artículos 19 y 20) se contraen, en primer término, a regular la representación –voluntaria– conferida por medios electrónicos, que cabe efectuar por apoderamiento “*apud acta*” mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica. El texto proyectado es un tanto impreciso en este punto, pues confunde el acto de apoderamiento a través del cual se confiere la representación, y que puede tener lugar mediante comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, con la forma de acreditar la representación, lo que podrá hacerse con el mismo acto de apoderamiento mediante comparecencia, pero también mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de la representación otorgada, y mediante, previa inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente que se regula en el artículo 20, el documento electrónico que acredite el resultado de la consulta al registro electrónico de apoderamientos, que deberá incorporarse al expediente administrativo conforme establece el apartado quinto del artículo 19. Cabe, por tanto, sugerir que la redacción de los apartados cuarto y quinto del artículo 19 refleje adecuadamente las formas en que, según lo expuesto, se puede acreditar la representación.

Paralelamente, el Anteproyecto (artículo 20) contempla la creación de los registros electrónicos generales de apoderamientos en cada Administración Pública, así como la posibilidad de creación de registros similares en cada



organismo para la realización de los trámites específicos de cada uno, que deberán ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, y de forma que permitan comprobar, mediante la consulta al registro correspondiente, la representación que ostentan quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un tercero.

A este respecto, resulta oportuno hacer las siguientes observaciones: a) debería establecerse expresamente en la norma la validez y eficacia del apoderamiento otorgado ante una Administración frente a las restantes Administraciones Públicas, con independencia de su suficiencia para la actuación concreta de que se trate; b) no se explica ni se establece la interoperabilidad de estos registros con otros de carácter más general, como los registros mercantiles y de la propiedad, y menos aun con los protocolos notariales; y c) la regulación de la creación y funcionamiento de estos registros, así como la regulación de los registros electrónicos generales y archivos electrónicos que contemplan los artículos 30 y 31 del texto proyectado, y, en general, la regulación del procedimiento electrónico, debería ir precedida de la regulación expresa de la sede electrónica en los términos que actualmente se establecen en el artículo 10 de la Ley 11/2007, así como, en su caso, del punto de acceso al que se refiere el artículo 27 a) del Anteproyecto.

**VIGÉSIMA.-** Se suscita la conveniencia de suprimir la mención a “directos” al referirse el artículo 22 a aquellos nuevos interesados a los que se deberá comunicar de la tramitación del procedimiento. Asimismo, la norma debería garantizar el derecho de audiencia a los nuevos interesados, y precisar que con su notificación se interrumpirá el plazo de caducidad.

**VIGÉSIMO PRIMERA.-** Aun cuando la norma proyectada permite, con carácter general, que los interesados puedan identificarse y firmar electrónicamente a través de cualquier sistema de identificación que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar la identidad (artículo 23.2, primer inciso), así como a través de cualquier medio que permita acreditar la autenticidad de la expresión de su voluntad (artículo 24.1), y aun cuando en dichas reglas pudiera entenderse comprendida la utilización de los sistemas de firma electrónica incorporados al documento nacional de identidad, parece conveniente establecer de forma expresa que las personas físicas podrán utilizar en todo caso y con carácter universal



dichos sistemas, en los términos previstos en los artículos 13.2 a) y 14 de la Ley 11/2007.

**VIGÉSIMO SEGUNDA.-** El Título II, relativo a la actividad de las Administraciones Públicas, se abre con unas normas generales, entre las que se incluye el catálogo de derechos reconocidos a las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas (artículo 27), que comprende el haz de derechos y facultades que integran el más amplio de relacionarse por medios electrónicos.

Este conjunto de derechos viene establecido en la Ley vigente en el artículo 35, que los refiere a los ciudadanos, mientras que el texto proyectado los atribuye a “las personas”. Esta forma de designar al titular de los derechos es un tanto imprecisa, resulta insuficiente en determinados casos –aquellos en donde no sea posible reconocer el rasgo de la personalidad, ya física, ya jurídica, como sucede con los grupos de afectados, uniones y entidades sin personalidad jurídica y en los patrimonios independientes o autónomos-, y en todo caso se aparta de la terminología utilizada en los textos normativos vigentes (LRJPAC, Ley 11/2007). Parece más adecuado referir la titularidad de los derechos que se reconocen a aquellos sujetos a los que se atribuye capacidad de obrar ante la Administración.

**VIGÉSIMO TERCERA.-** La Ley proyectada no se limita a reconocer con carácter general el derecho a relacionarse con las administraciones Públicas con medios electrónicos, sino que establece la obligación de relacionarse a través de los mismos para determinados sujetos, bien sea por presumir de ellos la capacidad para acceder y disponer de tales medios, bien sea por razón de una especial vinculación de determinados colectivos o personas con la Administración.

A este respecto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) En primer término debe ponerse de relieve que la norma no contiene una enumeración cerrada de los sujetos y colectivos a los que va dirigida la obligación, por lo que se abre la posibilidad de que por vía reglamentaria, en desarrollo del texto legal de reforma, pueda extenderse a otros sujetos y colectivos distintos de los que enumera, al margen de las condiciones de accesibilidad y disponibilidad para la utilización de los medios electrónicos determinadas y acreditadas por su capacidad económica, técnica,



dedicación profesional u otros motivos considerados en el apartado tercero del artículo 28.

- b) La habilitación normativa para establecer la obligación que se contiene en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, y también en el artículo 28.3 del Anteproyecto, se realiza sobre la base de la concurrencia de aquellas condiciones económicas, técnicas, profesionales o de otra índole que permitan suponer fundadamente que el sujeto o colectivo destinatario de la obligación tiene capacidad para acceder y disponer de los medios electrónicos. Por tanto, será la norma reglamentaria la que deberá justificar la imposición de la obligación a los sujetos y colectivos destinatarios en atención a tales condiciones demostrativas de su capacidad, en donde se residencia la posibilidad de control de la legalidad de la obligación y, por ende, de la propia norma que la establece, que desaparece sin embargo cuando el deber se impone desde la propia ley habilitante, la cual aparece exenta de cualquier justificación acerca de aquellas condiciones que permiten suponer la capacidad de los obligados para relacionarse electrónicamente con la Administración.
- c) La norma presume esta capacidad en las entidades sin personalidad jurídica en todo caso, cuando la diversa tipología de estas, y su diferente objeto y actividad, no permite alcanzar tal presunción en términos absolutos e indiscriminados.

Es indudable que la imposición de la obligación de relacionarse por medios electrónicos en determinados casos se enmarca –y se explica- en el proceso de simplificación y eficacia administrativa que quiere llevar a cabo la Ley proyectada, en donde la colaboración de los administrados constituye un elemento indispensable, hasta el punto de que ha merecido su consagración legal (artículo 32), del mismo modo que se recoge positivamente en el artículo 39 de la vigente Ley. Pero la imposición *ex lege* de esta obligación no parece que pueda hacerse a espaldas de los principios de necesidad y proporcionalidad que proclama el artículo 1.2 del Anteproyecto, como tampoco soslayando las exigencias del principio de igualdad, de carácter constitucional e integrador del acervo del Derecho de la Unión Europea, no se olvide; principio que, junto con el de proporcionalidad –entre otros-, consagra el artículo 4 de la Ley 11/2007 al establecer aquellos que han de regir en el ejercicio del derecho a relacionarse electrónicamente con la Administración.

Por tales razones, este Consejo considera que una adecuada convivencia de los señalados principios se lograría, bien determinando en la norma de



forma cerrada aquellos sujetos y colectivos a los que se ha de imponer la obligación, supeditada, cuando se trata de entidades sin personalidad jurídica, personas físicas y colectivos, a la capacidad de acceso y disponibilidad de los medios electrónicos determinada por su capacidad económica, técnica, dedicación profesional o por otros motivos establecidos en la propia norma, bien habilitando desde esta la regulación reglamentaria en términos similares a los del artículo 27.6 de la Ley 11/2007.

**VIGÉSIMO CUARTA.-** El artículo 32 del Anteproyecto recoge el deber de colaboración con las Administraciones Públicas, que se establece en el artículo 39 de la vigente Ley. El precepto merece únicamente la observación de que no contiene, como también sucede en el vigente, una previsión sobre las consecuencias del incumplimiento de este deber; y convendría, en cualquier caso, ampliar las excepciones a tal deber concluyendo el primer apartado de la norma con un inciso similar al siguiente: “sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas”.

**VIGÉSIMO QUINTA.-** El prelegislador ha optado por regular separadamente la obligación de resolver y la suspensión del plazo, así como su ampliación, manteniendo, en esencia, el tenor de las disposiciones del vigente artículo 42 LRJPAC. Únicamente, al establecer la causa de suspensión del plazo por solicitarse informes preceptivos, ha hecho desaparecer el calificativo de “determinantes”, que creaba distorsiones en la aplicación del motivo de suspensión; y ha añadido otras causas, consistentes, en síntesis, en la litispendencia derivada de un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea, en el requerimiento de una Administración a otra para que revise o anule actos ilegales que constituyen el presupuesto del acto administrativo, en la prejudicialidad *strictu sensu*, en la litispendencia derivada de un procedimiento de revisión de oficio cuyo resultado sea determinante de la resolución de un recurso contra el acto administrativo objeto de la revisión, y en la realización de actuaciones complementarias por el órgano competente para dictar el acto. Esta ampliación de los supuestos de motivos de suspensión del plazo para resolver merece un juicio favorable, en la medida en que presentan un fundamento razonable y sirven a los principios de eficacia y de seguridad jurídica.

Con todo: i) Convendría añadir a la letra d) del artículo 36 los casos que pueden dar lugar a la suspensión del procedimiento por razón de la solicitud



de informes preceptivos de carácter técnico, médico, pericial, o cualquier otro de tales características que sean determinantes para la resolución del expediente. ii) Debe existir un acuerdo expreso de suspensión del procedimiento, sin que la mera petición de un informe o de un pronunciamiento previo de un órgano de la Unión Europea o la declaración de inicio de negociaciones o la realización de pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes implique automáticamente la suspensión. Todos los acuerdos de suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución han de ser notificados a los interesados, comunicándoles el plazo para la subsanación de deficiencias o la petición del informe o del pronunciamiento, o la realización de las pruebas o la concurrencia de los otros supuestos del artículo 45.2 de la Ley 30/1992. El de notificación del requerimiento para subsanar será precisamente el *dies a quo* del plazo de suspensión a que se refiere el párrafo a) del artículo 42.5. En otros casos, el *dies a quo* es el de petición del pronunciamiento de un órgano de la Unión Europea o el de la petición del informe (párrafos b y c del artículo 42.5). Aunque en el artículo 42.5 nada se dice acerca del momento en que puede adoptarse la decisión de suspender el transcurso del plazo, parece que habrá de ser adoptada antes del vencimiento del plazo para el trámite de que se trae. Así lo establece el artículo 49.3 de la Ley 30/1992 para la ampliación de plazos. iii) La duración de la suspensión para la realización de pruebas técnicas o análisis contradictorios y dirimientes debe limitarse al tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

**VIGÉSIMO SEXTA.-** Un análisis comparativo del régimen del silencio administrativo establecido en la Ley vigente y del contenido en el Anteproyecto conduce a hacer las siguientes observaciones:

- a) Antes de la reforma de 2009, el artículo 43.1 LRJPAC exceptuaba del silencio positivo, entre otros, los supuestos en que una norma con rango de ley lo estableciera. Tras dicha Ley se contemplan como excepción los supuestos establecidos por normas con rango de ley por razones imperiosas de interés general. El inciso "por razones imperiosas de interés general", para cuya inteligencia debía acudir a una ley posterior, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que define en su artículo 3 qué debe entenderse por tales, desaparece en el Anteproyecto, lo que es elogiable, pues dicha expresión constituye un concepto jurídico indeterminado cuyo control sólo puede residenciarse, en último término, en el Tribunal Constitucional.
- b) Entre las excepciones al silencio positivo se encuentran los supuestos en los que se transfieran al solicitante o a terceros facultades



relativas a dominio público o al servicio público. Es una excepción tradicional en el Derecho administrativo patrio, y se corresponde con regulaciones sectoriales contenidas en diversos textos legales. La excepción así formulada puede originar, sin embargo, ciertas dudas interpretativas acerca de lo que cabe considerar como transferencia de facultades a los particulares. En esta misma línea, y aun cuando no es estrictamente materia de dominio público ni de servicio público, la jurisprudencia europea sigue el criterio de que no cabe silencio administrativo positivo en relación con la solicitud de autorizaciones para el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente; orientación jurisprudencial que sería aconsejable que el prelegislador tuviera a la vista.

- c) En el artículo 38.1, segundo párrafo, del Anteproyecto se incluye el sentido desestimatorio del silencio en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Si bien esta excepción no se incluye en el vigente artículo 43 de la Ley, está prevista en el artículo 142.7 del texto vigente. Del mismo modo, se incluyen los procedimientos de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados.
- d) El prelegislador ha abordado los problemas interpretativos que se suscitan en torno al doble silencio y la tramitación de un recurso de alzada. El artículo 38.1 del Anteproyecto mantiene las líneas generales de la regulación del silencio en estos casos, si bien introduce algunas mejoras técnicas respecto del texto vigente. Se añade, en relación con la regulación anterior, que el recurso de alzada se entenderá estimado si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase “y notificase” la resolución, y “siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado”. Esta previsión es elogiada, pues actualmente existe un olvido del legislador al no referirse, junto a la exigencia de dictar resolución expresa, a la también exigible notificación de la resolución.
- e) El prelegislador parece haber optado por seguir el criterio del Tribunal Supremo, según el cual el doble silencio no se puede traducir en positivo cuando opera alguna de las excepciones que lo convierten automáticamente en negativo, que se contraen al ejercicio de derecho de petición, y facultades relativas al dominio público o servicio público. Si el prelegislador ha querido plasmar positivamente esta orientación jurisprudencial, lo adecuado, en buena técnica, hubiera sido establecerlo de forma clara y expresamente, para evitar dar un mayor alcance a la contra-excepción, pues en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 38 se han incluido también



expresamente, entre las excepciones a la regla del silencio positivo, los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Se mantiene, sin embargo, el problema de las resoluciones tardías y el plazo de formulación del recurso contencioso-administrativo contra el silencio de la Administración. Se debe advertir acerca de la conveniencia de clarificar desde la propia norma, y coherentemente con el régimen de silencio administrativo que diseña, el régimen de la vía de recurso ante el silencio de la Administración, una vez transcurrido el plazo para resolver y notificar el acto sin haberlo hecho. La proyección de la doctrina constitucional y jurisprudencial al plazo de interposición del recurso en casos de silencio negativo debería conducir, rectamente, a considerar que para la interposición de recurso contra un acto no expreso de sentido negativo no existe plazo de recurso.

- f) El último inciso del artículo 38.4 del Anteproyecto cambia de redacción, en lo que se refiere al certificado acreditativo del silencio. Se incorpora al texto de reforma la posibilidad de que este certificado sea emitido de oficio en el plazo de quince días. La redacción del precepto induce a pensar que la Administración debe extender de oficio el certificado en el plazo de quince días desde que expira el plazo máximo para resolver el procedimiento; pero no se indican las consecuencias de la omisión de dicha carga dentro de dicho plazo, ni se establece el plazo en que debe ser emitida la certificación tras la solicitud del interesado, así como la consecuencia de su omisión.

**VIGÉSIMO SÉPTIMA.-** El capítulo II del Título II se refiere a los términos y plazos, y, como novedad, el artículo 44 contempla la posibilidad de que los plazos sean señalados por horas, considerándose horas hábiles las comprendidas entre las 0:00 horas y las 23:59 horas, siempre que no formen parte de un día inhábil. En general, la regulación se acomoda a la contenida en el vigente artículo 48 LRJPAC y a la interpretación jurisprudencial relativa al cómputo de los plazos, fundamentalmente los establecidos en meses y a la fecha de su finalización. A este respecto, ninguna objeción cabe hacer al texto de reforma más que poner de relieve que reiterada doctrina jurisprudencial ha aplicado el principio *in dubio pro actione* en materia de cómputo de plazos cuando ha existido una actividad irregular de la Administración o cuando esta ha generado en el interesado la razonable creencia de que el plazo se iniciaba en una determinada fecha y ha ajustado su actuación a las indicaciones de la Administración; principio y



doctrina jurisprudencial que bien pudiera tener plasmación positiva en el texto de la Ley proyectada.

**VIGÉSIMO OCTAVA.-** El carácter inimpugnable de la resolución por la que se acceda o deniegue la ampliación de plazos, o por la que se acuerde o deniegue la tramitación de urgencia, hace necesario cumplir con todo rigor el deber de motivar la resolución que se impone en el artículo 49.1 e) del texto de reforma para comprobar su fundamento, y para permitir su examen y eventual revisión en el momento de impugnar la resolución final del procedimiento, pues la irrecurribilidad de la resolución relativa a la ampliación o a la tramitación de urgencia no impide la impugnación de la resolución final, lo que podría especificarse en los artículos 46 y 47 del texto de reforma, mediante el empleo de una frase que indique *"sin perjuicio del recurso procedente contra el acuerdo que ponga término al procedimiento"*, u otra similar.

**VIGÉSIMO NOVENA.-** Sería conveniente que el prelegislador contemplara expresamente la posibilidad de la suspensión cautelar de la eficacia del acto administrativo en tanto no haya ganado firmeza o se haya resuelto sobre la suspensión cautelar solicitada, bien en el artículo 52, bien, con mayor propiedad, en el artículo 117.3.

**TRIGÉSIMA.-** Respecto del artículo 54.4 del Anteproyecto, que reproduce el vigente artículo 58.4 LRJPAC, debe tenerse en cuenta la STS, Sala III, de 17 de noviembre de 2003, ratificada por la STS III, Pleno, de 3 diciembre 2013 (BOE 10 de enero 2014), que fija la siguiente doctrina legal en relación con el artículo 58.4 de la Ley 30/1992: *<<El inciso "intento de notificación debidamente acreditado" que emplea el artículo 58.4, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede constancia del mismo en el expediente. En relación con la práctica de notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos*



*del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo, siempre que quede constancia de ello en el expediente>>.*

Parece conveniente, visto el tenor de la doctrina legal expuesta, que su contenido quede incorporado al texto del artículo 54.4 del Anteproyecto, con expresa referencia a los procedimientos y condiciones para la práctica de las notificaciones establecidas en el artículo 55.

Por otra parte, el artículo 55.1 b) establece la facultad de la Administración de practicar notificaciones por medios no electrónicos con independencia de la opción manifestada por la persona interesada, siempre que "para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa". Para cohonestar esta facultad de la Administración con la voluntad de los interesados debe añadirse o especificarse en el precepto algún criterio que identifique los supuestos en los que proceda una notificación en tales términos.

Al margen de lo anterior, en el artículo 55.3, segundo párrafo, debería contemplarse la previsión de que en los casos en los que no fuera posible notificar de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se notificará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y que las notificaciones serán válidas siempre que se realicen en los términos recogidos en el artículo 55.1, tercer párrafo, con el fin de mantener una misma unidad de criterio a tales efectos.

**TRIGÉSIMO PRIMERA.-** El artículo 56.2 del Anteproyecto aclara qué debe entenderse por "hora distinta" y despeja las dudas que ofrece el artículo 59.2 de la Ley vigente, al exigirse por el prelegislador que medien tres horas entre los intentos de notificación, en línea con la doctrina legal establecida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

**TRIGÉSIMO SEGUNDA.-** El prelegislador establece con claridad el momento en que se entienden practicadas las notificaciones electrónicas, que será cuando se produzca el acceso al contenido de la notificación, o hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que el destinatario hubiera accedido a su contenido.

Esta previsión parte de la presunción de disponibilidad por el destinatario del contenido del acto que se quiere notificar, y de las consecuencias que deben anudarse a su inactividad; lo cual es perfectamente razonable en el



marco del funcionamiento de la administración electrónica y desde el punto de vista de la distribución de cargas inherente a este sistema de relacionarse. Sin embargo, para que esta distribución de cargas sea proporcional, y para que aquella presunción cobre verdadera virtualidad, es preciso que la Administración disponga entre sus medios técnicos de mecanismos que garanticen la recepción por el destinatario del aviso de disponibilidad de la notificación electrónica, y, en consecuencia, que realmente ha tenido a su disposición la notificación por medios electrónicos, para que pueda operar la notificación ficticia prevista en el artículo 57.2 del texto proyectado.

**TRIGÉSIMO TERCERA.-** Al igual que con la regulación introducida por la Ley 15/2014 (aún no en vigor), y a diferencia de la regulación anterior, en los supuestos previstos en el artículo 58.1 del Anteproyecto la notificación del acto se hará mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, si bien con carácter facultativo las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del consulado o sección consular de la Embajada correspondiente. En la medida en que el precepto unifica el medio a través del cual ha de llevarse a cabo la notificación subsidiaria de la notificación infructuosa, y lo hace coherentemente con las previsiones contenidas en otras normas, la reforma debe acogerse favorablemente en este punto.

**TRIGÉSIMO CUARTA.-** La diferencia entre el régimen jurídico del procedimiento sancionador general y el disciplinario no es, según ha puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia constitucional, más que cuantitativa o de grado; no hay, por tanto, en rigor, una diferencia cualitativa, en la medida en que ambos regímenes participan de los mismos principios y reglas, así como del respeto por los derechos fundamentales. Debe entenderse que esta es la razón por la que en el texto proyectado se han hecho extensivos los principios de la potestad sancionadora al ejercicio de la potestad disciplinaria respecto del personal al servicio de las Administraciones Públicas, manteniendo al margen de los mismos el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de quienes se encuentren vinculados por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, relaciones en las que el ejercicio de la potestad sancionadora tiene distinto fundamento.



**TRIGÉSIMO QUINTA.-** El último inciso del apartado segundo del artículo 69, según el cual las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición, representa una configuración de la retroactividad *in bonus* de las disposiciones sancionadoras con un amplio alcance, en línea con el reconocido por la jurisprudencia en los casos en los que la nueva disposición establece una sanción menor a la prevista cuando se cometió la infracción y está pendiente de cumplimiento.

**TRIGÉSIMO SEXTA.-** Una de las novedades que destaca el prelegislador es la incorporación al ejercicio de la potestad sancionadora del principio de culpabilidad, con arreglo al cual sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas y los entes a los que se refiere la letra c) del artículo 17 que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa (artículo 71.1 del Anteproyecto). La renuncia por el prelegislador a cualquier atisbo de responsabilidad objetiva que pudiera deducirse del empleo de la expresión "*aun a título de simple observancia*", de la que se sirve el artículo 130 de la vigente Ley, no puede sino considerarse un acierto, y la configuración de la responsabilidad administrativa conforme a criterios culpabilísticos no es sino consecuencia del principio de presunción de inocencia, que veda la aplicación de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.

El artículo 71, por otra parte, recoge adecuadamente en su apartado segundo la compatibilidad de las responsabilidades administrativas con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, y regula con mejor técnica la responsabilidad solidaria (apartado tercero), conjugándola con la individualización de las sanciones pecuniarias en función del grado de participación de cada responsable; lo que no es sino una correcta aplicación del principio de individualización de la responsabilidad proyectado a los casos de solidaridad. Regula también convenientemente (apartado cuarto) la responsabilidad del garante, contemplando la habilitación legal para tipificar como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación, y para imponer la responsabilidad pecuniaria a los garantes, si bien en este caso no se precisa en la norma el carácter – subsidiario o solidario- de esta responsabilidad.



**TRIGÉSIMO SÉPTIMA.-** Se echa de menos en el artículo 72 la referencia expresa a los tres elementos que conforman el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción, y no solo al principio de adecuación, toda vez que tales elementos habrían de servir como instrumento para la aplicación de aquel principio general.

No parece aconsejable, por otro lado, prescindir de la referencia a la intencionalidad de la conducta, o a cualquier otro rasgo definidor de las conductas dolosas a la hora de fijar los criterios de graduación de la sanción.

Por otra parte, la sustitución de la "reiteración" por la "continuidad o persistencia en la conducta infractora" elimina las dudas surgidas a la hora de diferenciar la reiteración de la reincidencia.

Al mismo tiempo, con relación al apartado cuarto del artículo 72, que dispone que cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo, surge la duda de si la facultad que contempla se dirige a imponer la sanción en su grado mínimo o el grado inferior de la sanción.

Y con relación a la infracción continuada que se regula en el apartado sexto, que recoge la definición del artículo 4.6 del RPPS, falta la explicitación de la regla penológica o sancionadora asociada a dicha figura. Además, en el texto no se distinguen las infracciones continuadas y permanentes, ni en su definición, ni a la hora de regular la prescripción, pues se asimilan ambas infracciones. Sería conveniente recoger positivamente esta diferenciación, cuya relevancia no es solo teórica, sino que presenta incidencia en los plazos de prescripción.

**TRIGÉSIMO OCTAVA.-** En materia de prescripción, que el Anteproyecto regula en su artículo 73, el prelegislador ha perdido la oportunidad de solucionar el problema de la prescripción de la infracción cuando se dicta la resolución sancionadora y esta ha sido recurrida en alzada.

Parece razonable, pues, aprovechar la reforma para dar solución a esta situación previendo que la infracción pueda prescribir durante la sustanciación del recurso de alzada, si su resolución se demora.



Por otra parte, bien en este artículo, bien en el relativo a la retroactividad de las disposiciones favorables, se debería recoger el criterio que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han establecido en torno a la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo, y conforme al cual la prescripción puede ser considerada como una institución de naturaleza sustantiva o material, del mismo modo que lo ha considerado la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por lo que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable se debe entender referida no solo a la tipificación de la infracción y su sanción, sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior.

**TRIGÉSIMO NOVENA.-** La regla *ne bis in ídem* que se establece con carácter general en el artículo 74.1 del Anteproyecto (que reproduce el artículo 133 de la LRJPAC) puede quebrar con la regla que introduce en su apartado segundo, tomada del artículo 5.2 del RPPS. En efecto, aunque se refiere a las sanciones impuestas por un órgano de la Unión Europea por los mismos hechos, parece que el precepto contempla también la identidad subjetiva y de bien jurídico a proteger. En tales casos, no basta considerar la sanción impuesta por los órganos de la Unión para graduar la que corresponda, sino que la debida aplicación del principio *non bis in ídem*, proyectado a las relaciones entre el derecho nacional y el de la Unión Europea, determina simplemente la no imposición de la sanción, por lo que el precepto, bien debería limitarse a supuestos donde no concurra la triple identidad, bien debería suprimirse.

**CUADRAGÉSIMA.-** Las novedades que introduce la reforma en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas presentan, en un caso, carácter técnico, como la inclusión en el apartado primero del artículo 75 –que enuncia el principio de responsabilidad patrimonial– del elemento de la antijuridicidad del daño, contemplado en el artículo 141.1 de la LRJPAC.

En otro caso, las novedades tienen contenido material, como la expresa previsión de la responsabilidad por daños causados en la aplicación de leyes que hayan sido declaradas inconstitucionales (apartado tercero del artículo 75), reflejo de la jurisprudencia sobre el particular.

El artículo 75.3 contempla la responsabilidad del legislador cuando se trata de leyes contrarias a la Constitución, pero, sin embargo, no regula la cuestión de la responsabilidad del legislador por leyes contrarias al derecho



de la Unión Europea, cuando el Tribunal de Justicia hubiese declarado tal contravención por vía de recurso de incumplimiento o en el marco de la resolución de una cuestión prejudicial. Sería aconsejable que el prelegislador contemplara también la responsabilidad patrimonial por esta causa, atendiendo a las orientaciones que ofrece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERA.-** En relación con la responsabilidad generada por actos del contratista de la Administración, prevista en el apartado sexto del artículo 75 -que se encuentra relacionado con el artículo 109.5 del Anteproyecto-, se propone la siguiente redacción del apartado sexto:

*<<6. Cuando los daños deriven de la gestión de un servicio público por concesionarios o de acciones u omisiones de cualquier otro contratista de la Administración por razón del cumplimiento del contrato celebrado con esta, quien se considere perjudicado deberá dirigir su reclamación a la Administración correspondiente.*

*El procedimiento a seguir en tales casos será el previsto en esta Ley para los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, y se resolverá con audiencia del contratista. La resolución que ponga fin al mismo determinará si los daños derivan efectivamente de la prestación del servicio público y si han de ser imputados, en su caso, a la propia Administración o al contratista, así como su importe.*

*La resolución que se dicte será vinculante, tanto para quien formule la reclamación, como para el concesionario o contratista, que podrán impugnarla ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de disconformidad. Una vez firme, la resolución será susceptible de ejecución por la Administración contratante conforme al procedimiento y medios de ejecución previstos en esta Ley.*

*Si, formulada la reclamación, la Administración no diese respuesta a la misma, se entenderá que, en caso de que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa apreciaran relación entre los daños y el servicio público, es ella quien asume la responsabilidad frente al perjudicado, sin perjuicio de su ulterior repetición frente al contratista, si hubiere lugar a ello”.*



**CUADRAGÉSIMO SEGUNDA.-** En la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas queda sin resolver el supuesto en que el perjudicado acciona directamente contra la aseguradora de la Administración, que los tribunales del orden civil vienen considerando por lo general de su competencia, en la medida en que se ejercita exclusivamente la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro. No faltan, empero, resoluciones que se apartan de este criterio, optando por atribuir la competencia en estos casos a los tribunales del orden contencioso-administrativo en atención a que, incluso en estos supuestos de ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora, es preciso un pronunciamiento previo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada, que debe ser establecida conforme a las leyes administrativas, y cuya determinación queda vedada a la jurisdicción civil.

Sería conveniente, en este estado de cosas, que el texto de reforma estableciera de forma definitiva el alcance objetivo y subjetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, pronunciándose acerca de estos supuestos dudosos, fijando de ese modo los límites del principio de unidad jurisdiccional en esta materia, de forma coordinada con las normas orgánicas atributivas de competencia.

**CUADRAGÉSIMO TERCERA.-** Una mejor técnica legislativa debería conducir a precisar que la relación de las medidas provisionales enumeradas en el apartado tercero del artículo 83 no es cerrado, señalando que "*podrán acordarse, **entre otras**, las siguientes medidas provisionales*", en términos análogos a los recogidos en el artículo 727.1 de la LEC.

Por otro lado, aunque el principio de proporcionalidad inspira la totalidad de la actuación administrativa, convendría que el prelegislador introdujera este principio en los presupuestos para la adopción de las medidas, de forma que pasara a conformar uno de ellos, junto con el de efectividad y el de menor onerosidad, consignándose todos ellos en la norma de forma expresa.

Al mismo tiempo, debería hacerse constar también de forma expresa el deber de motivación de la resolución por la que se acuerde o deniegue la adopción de las medidas, aun cuando dicho deber se contenga en el artículo 49.1 d) del Anteproyecto respecto de los acuerdos de adopción de las medidas, pues solo con la debida motivación cabe verificar la concurrencia de los presupuestos para la adopción de la medida y las razones que condujeron al órgano competente para acordar la medida concreta



adoptada, o la denegación de las solicitadas. Paralelamente, cabría considerar la conveniencia de que, en los casos en los que el órgano competente carezca de elementos de juicio necesarios para adoptar las medidas, se confiera un trámite de audiencia al interesado.

Asimismo, en evitación de cualquier duda al respecto, parece conveniente que en el artículo 83 del Anteproyecto se establezca de forma expresa el carácter recurrible del acuerdo sobre la adopción de las medidas provisionales.

**CUADRAGÉSIMO CUARTA.-** En punto a la acumulación de procedimientos, que se regula en el artículo 84 del Anteproyecto con un contenido que reproduce tanto el artículo 73 de la LRJPAC como el apartado segundo del artículo 6 del RRPA, conviene tener en cuenta que, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia, rigen los mismos criterios para la acumulación de procesos, por lo que, por una parte, solo cabrá la acumulación de expedientes que deban ser tramitados y resueltos por el mismo órgano administrativo, y por otra parte, podrá promoverse no solo de oficio, sino también a instancia de parte; previsiones que convendría contemplar de forma expresa en el texto proyectado.

**CUADRAGÉSIMO QUINTA.-** Merece un juicio favorable la inclusión en el apartado tercero del artículo 89 del precepto por el que se generalizan los instrumentos de clemencia establecidos en favor del denunciante que son propios de los procedimientos sancionadores del derecho de la competencia.

**CUADRAGÉSIMO SEXTA.-** En el artículo 96, que reproduce la regulación de la declaración responsable y de la comunicación previa contenida en el artículo 71 bis de la LRJPAC, se aprecia la omisión –injustificada– de toda referencia a la utilización de medios electrónicos, en los términos contemplados en el artículo 27 de la Ley 11/2007, siendo esta omisión todavía más llamativa cuando en el apartado quinto se ha hecho desaparecer la referencia -que sí contiene el mismo apartado del artículo 71 bis de la Ley vigente- a la posibilidad de presentar los modelos de declaración responsable y de las comunicaciones a distancia y por vía electrónica.

Y en segundo lugar, parece oportuno hacerse eco de las dudas que en la doctrina ha suscitado la prohibición, impuesta por el segundo párrafo del



apartado cuarto del artículo 96 –y en su homónimo del artículo 71 bis LRJPAC-, de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un cierto periodo de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación. Al margen de la imprecisión en que incurre el prelegislador –en la que también ha incurrido el legislador de la Ley 30/1992-, pues la presentación de la declaración responsable o comunicación previa no supone en puridad instar o iniciar un procedimiento administrativo, la prohibición, rectamente entendida, de realizar durante cierto tiempo nuevas actividades comunicadas o declaradas con el mismo objeto supone, de *facto*, una inhabilitación de los interesados en la que puede reconocerse un carácter materialmente sancionador, por lo que el principio de tipicidad que impera en el Derecho administrativo sancionador, y las exigencias de taxatividad y previsibilidad inherentes, exigiría la tipificación legal de la infracción como tal o, al menos, la definición de la prohibición con la debida precisión de su alcance, especialmente del plazo máximo de la inhabilitación, sin remitir tal definición y delimitación a normas sectoriales, a través de las cuales se podría producir una indeseada deslegalización de la materia.

**CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA.-** No parece que pueda admitirse que la resolución del procedimiento pueda verse influenciada por el retraso en la emisión del informe preceptivo, del que por lo general no son responsables los interesados, por lo que pudiera resultar preferible prescindir de la regla contenida en el artículo 107.4, último inciso, y sustituirla, en su caso, por otra, como la prevista en los artículos 18 y 19 de la Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, conforme a la cual cuando los informes fueran recibidos fuera de plazo, antes de dictar resolución, se valorará su contenido por el órgano competente para resolver.

**CUADRAGÉSIMO OCTAVA.-** La exigencia de informe preceptivo del CGPJ en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se ve ahora recogida en el artículo 108.3 del Anteproyecto, cuyo último inciso establece, en términos similares a los de disposición adicional segunda del Real Decreto 429/1993, la suspensión por un periodo que no podrá exceder de dos meses, contado desde la solicitud de informe y su recepción –se debe entender que la recepción del informe por el órgano que lo ha solicitado- del plazo para dictar resolución.



Con todo, dada la especialidad que parece introducir este precepto respecto del régimen general del plazo para emitir los informes, de la suspensión de la tramitación de las actuaciones y de la suspensión del plazo para dictar la resolución, y ante las eventuales dudas que pueden surgir al respecto, que no se resuelven pacíficamente acudiendo a las reglas que establecen los apartados tercero y cuarto del artículo 107 del Anteproyecto (apartados tercero y cuarto del artículo 83 de la Ley vigente), sería aconsejable que el prelegislador estableciera de forma expresa y precisa el plazo para emitir el informe requerido al CGPJ y las consecuencias de la no emisión en plazo.

**CUADRAGÉSIMO NOVENA.-** La regulación que hace el prelegislador del trámite de audiencia en el artículo 109 del Anteproyecto se ajusta a la redacción del artículo 84 de la vigente Ley, y en términos generales, a los criterios establecidos por la jurisprudencia en relación con dicho trámite, que, después de incidir en su vinculación con el derecho de defensa y con el principio de contradicción, destaca la necesidad de que se produzca verdadera indefensión –real y efectiva- para dotar de efecto invalidante a su omisión.

**QUINCUAGÉSIMA.-** El artículo 111 contempla las distintas formas de terminación del procedimiento, en términos análogos a los del artículo 87 de la LRJPAC, pero a continuación introduce en el apartado tercero la obligación de realizar el pago derivado de una sanción pecuniaria utilizando medios electrónicos, salvo que se justifique la imposibilidad de hacerlo. No es esta, empero, la ubicación sistemática más adecuada para establecer esta obligación, referida a la ejecución de las resoluciones administrativas, por lo que parece más adecuado recogerla en el capítulo V de este Título IV, que regula específicamente la ejecución.

Por otra parte, al regular en el artículo 112.3 la posibilidad de reducción del importe de la sanción por pago voluntario, sería conveniente atender a lo previsto en el artículo 80 del RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, Texto articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

**QUINCUAGÉSIMO PRIMERA.-** El prelegislador no ha puesto punto final a la polémica doctrinal que ha suscitado la interpretación del artículo 88.1 de la LRJPAC, cuyo contenido reproduce ahora el artículo 113.1 del Anteproyecto. La doctrina debate si, conforme al artículo 88.1 de la vigente



Ley, la Administración puede celebrar convenios alternativos a la resolución o vinculantes de ella sin necesidad de autorización expresa, por contener el precepto una autorización genérica a tal efecto, o si, por el contrario, esa autorización es insuficiente y se precisa de una conferida de forma expresa en la legislación específica aplicable. Aun cuando la norma parece seguir esta segunda línea de interpretación, pues así se infiere de la referencia al *"alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule"*, sería aconsejable que estas dudas interpretativas se despejaran en el texto proyectado.

Por otra parte, debería establecerse con claridad si esta forma de terminación convencional cabe en el procedimiento sancionador en todo caso, así como su alcance, concretando si solo se concibe respecto de la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados, tal y como se prevé en el artículo 22.3 del vigente Reglamento del procedimiento sancionador –aunque, en puridad, tal indemnización no constituye una sanción-, o si tiene mayor extensión. Y debería establecerse también si esta forma convencional de finalización tiene carácter general o si solo se concibe para procedimientos sancionadores especiales, como sucede en el artículo 52 de la Ley de Defensa de la Competencia.

**QUINCUAGÉSIMO SEGUNDA.-** Cuando en el artículo 119, primer párrafo, se atribuye, en el ámbito de la Administración General del Estado, al Ministro respectivo o al Consejo de Ministros –en los casos del artículo 75.3 o cuando una ley así lo disponga- la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial, convendría aclarar que tal competencia viene asimismo atribuida en los supuestos derivados de la aplicación de leyes inconstitucionales.

**QUINCUAGÉSIMO TERCERA.-** Sería conveniente que al regular la notificación al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa (artículo 123.2 del Anteproyecto), se contemple la indicación de la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución del acto, así como del efecto de dicha solicitud respecto de la ejecutoriedad del acto que se ha de llevar a efecto.

**QUINCUAGÉSIMO CUARTA.-** El texto del Anteproyecto establece las condiciones de la forma simplificada del procedimiento administrativo común y fija los concretos trámites de los que consta. La iniciativa del



prelegislador, que ha tenido a la vista el procedimiento simplificado regulado en los artículos 23 y siguientes del RPPS y el procedimiento abreviado previsto en los artículos 14 y siguientes del RPRP, debe ser acogida favorablemente, por cuanto representa, una vez más, la materialización de los principios de eficacia y de simplificación del procedimiento administrativo común, estrechamente conectados con los objetivos que persigue la reforma, incorporando a las normas comunes de procedimiento los trámites de los procedimientos simplificados previstos especialmente para el procedimiento sancionador y el procedimiento de responsabilidad patrimonial .

No obstante, el apartado tercero del artículo 132 debería modificar su redacción, en el sentido de trasladar la regla contenida en su primer apartado a los casos en los que la tramitación simplificada sea solicitada por los interesados, e indicar que el órgano competente acordará la tramitación simplificada del procedimiento, a instancias de estos, cuando concurren razones de interés público que así lo aconsejen, o cuando sea conveniente por razón de la falta de complejidad que presenta.

Por otra parte, si se quiere que el apartado quinto del artículo 132 tenga verdadera virtualidad, debería establecerse la regla que contiene como una excepción o una salvedad de la recogida en el apartado segundo del artículo.

Por último, conviene poner de manifiesto que al configurar los trámites necesarios del procedimiento simplificado (apartado sexto), el prelegislador ha omitido el informe preceptivo de este Consejo en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, omisión que debe ser corregida en el texto proyectado.

**QUINCUGÉSIMO QUINTA.-** El Título V del Anteproyecto, que versa sobre la revisión de los actos en vía administrativa y regula la revisión de oficio y los recursos administrativos, mantiene las mismas vías de revisión que la Ley 30/1992. Se destaca como novedad la posibilidad de que cuando una Administración deba resolver una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiere interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa por la que se resuelva alguno de tales recursos, el órgano administrativo, siempre que el interesado no manifieste su oposición expresa, podrá acordar la suspensión del plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial.



**QUINCUAGÉSIMO SEXTA.-** El texto proyectado no se aparta de la estructura y del contenido del vigente artículo 102 LRJPAC, y mantiene la posibilidad de que esta potestad revisora pueda ser ejercida por iniciativa propia de la Administración o a solicitud del interesado, siempre mediando el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Queda en todo caso a salvo, como sucede en la Ley 30/1993, la facultad que se atribuye al órgano competente para la revisión de oficio de acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen de los órganos consultivos, cuando las mismas no se basen en alguna de las causa de nulidad del artículo 61.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Cabe destacar, no obstante, la modificación operada a través del apartado quinto del artículo 133, por virtud de la cual se aumenta de tres a seis meses el plazo para que se produzca la caducidad del procedimiento iniciado de oficio. Ha de considerarse acertada dicha modificación, que se muestra coherente con lo establecido para la declaración de lesividad de actos anulables, puesto que se trata en ambos casos de mecanismos encuadrados dentro de la potestad de revisión de oficio por la propia Administración cuya diferencia sustancial consiste en el vicio de nulidad que da lugar a la revisión -nulidad de pleno derecho cuando se trata del supuesto previsto en el artículo 133, y de anulabilidad en el caso del artículo 134- y en el carácter del acto sometido a revisión.

**QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMA.-** El artículo 134, referido a la declaración de lesividad de actos anulables, introduce en su apartado segundo un inciso segundo en el que se establece que *“Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos”*. Esta puntualización responde y se explica por la significación que ha dado la jurisprudencia a la declaración de lesividad, que consiste en un presupuesto procesal o requisito de esta naturaleza que toda Administración tiene que cumplir cuando pretenda iniciar un proceso jurisdiccional con el fin de obtener la anulación de un acto dictado por ella misma. Por tanto, solo tiene como efecto permitir a la Administración instar la impugnación jurisdiccional de un acto favorable dictado por ella misma, y es en ese procedimiento



judicial donde podrá cuestionarse la validez del acto dictado, haciendo valer los interesados todo aquello que estimen conveniente en contra de esa declaración de lesividad, sin perjuicio de ser oídos en el procedimiento de declaración de lesividad, tal y como prevé el artículo 134.2 del texto de reforma, y se establece en el artículo 103.2 de la vigente Ley.

**QUINCUAGÉSIMO OCTAVA.-** La precisión relativa a la prescripción del derecho que añade el prelegislador en el apartado primero del artículo 136 no introduce una modificación sustancial en el contenido de la potestad de revocación de los actos desfavorables o de gravamen que contempla; y ello no solo porque la limitación que comporta ya estaba prevista en el artículo 106 de la LRJPAC, que se traslada al artículo 137 de la Ley proyectada, sino porque la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado han insistido, en su respectivo campo de actuación, en que en ningún caso la revisión puede ser injusta, irrazonable o arbitraria o producir consecuencias más gravosas que las que se derivarían de la subsistencia del acto cuya revisión se pretende.

**QUINCUAGÉSIMO NOVENA.-** El artículo 139 mantiene el mismo contenido que el artículo 107 de la Ley 30/92, a excepción de la novedad incorporada en el último inciso del párrafo segundo de su apartado tercero, que es coherente con la previsión que contiene el primer párrafo de este mismo apartado de que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa. Así, se establece que los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición. Y se añade que, si interpuesto el recurso, este órgano apreciara que la disposición pudiera estar incurso en una causa de nulidad, suspenderá el plazo para resolver el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 36, y se procederá a la incoación del procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones administrativas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 133.2.

Esta previsión representa, desde luego, una garantía adicional para los interesados en orden a evitar un procedimiento contencioso contra la disposición administrativa incurso en una evidente y palmaria nulidad de la que trae causa el acto impugnado en vía administrativa, permitiendo su revisión de oficio por el órgano que la dictó, con lo que, por una lado, se salvan las consecuencias de la irrecurribilidad de dicha disposición, y por



otro lado se evita al interesado tener que acudir a los tribunales demandando la declaración de nulidad de la disposición administrativa de carácter general, lo que sin duda redundaría en la eficacia y simplificación del procedimiento administrativo.

Cuando en el artículo 143 a) se especifica como causa de inadmisión del recurso la incompetencia del órgano cuando el competente pertenezca a otra Administración, la detallada, o, al menos, cómoda información que se tiene sobre todas las estructuras de las distintas Administraciones Públicas debería coherenciarse con la posibilidad de materializar los recursos interpuestos por los interesados, pudiendo la Administración receptora del recurso remitirlo al órgano competente incluso cuando este pertenezca a otra Administración.

**SEXAGÉSIMA.-** El artículo 144 prevé la suspensión de la ejecución, como excepción a la regla general, en parecidos términos a los que contempla el art. 111 de la Ley 30/92, si bien con pequeñas modificaciones.

En su apartado cuarto se precisa que la suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de esta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. El texto proyectado apura la extensión de la suspensión de la eficacia del acto impugnado con mejor técnica que la empleada en la vigente Ley, en la medida en que la suspensión se prolongará en todo caso siempre que haya sido solicitada previamente por el interesado y exista medida cautelar cuyos efectos se extiendan a la vía jurisdiccional.

**SEXAGÉSIMA PRIMERA.-** El artículo 145 regula el trámite de audiencia a los interesados, e introduce como novedad frente al vigente artículo 112.1 de la Ley 30/92 que no podrá solicitarse la práctica de pruebas en vía de recurso cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado. Se pretende con ello que no se utilice la vía de recurso como remedio para subsanar la falta de acreditación de hechos o circunstancias que debieron y pudieron haberse probado en el momento procedimental oportuno, incluso mediante los trámites de subsanación previstos en el procedimiento.



**SEXAGÉSIMO SEGUNDA.-** La novedad que introduce el artículo 147, anunciada en la Exposición de Motivos de la Ley, merece una favorable acogida, en la medida en que articula los efectos de la pendencia de un recurso judicial contra la resolución que decida uno de los diversos recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo, estableciendo el remedio de la suspensión del plazo para resolver el recurso administrativo, siempre que no medie oposición por los interesados, y sin que la decisión de estos trascienda al procedimiento de recurso que le afecta. La norma propuesta por el prelegislador trata de conciliar, por tanto, los diversos derechos, principios e intereses en juego, desde la seguridad jurídica que late bajo el tratamiento procesal o procedimental de la litispendencia y conexidad, hasta la vinculación al resultado del control jurisdiccional de la actividad de la Administración, pasando por la salvaguarda del derecho de audiencia del administrado y el respeto de su derecho a obtener la respuesta de la Administración sin dilaciones, y, en fin, por el interés general que representa la reducción de la carga de tramitación y resolución de los diversos recursos pendientes.

Por otra parte, la literalidad del artículo 148.2, segundo párrafo, apunta a considerar que se está haciendo referencia a los expedientes de papel, cuando la norma proyectada obliga a los expedientes electrónicos, tal y como se desprende del artículo 97.2. Se sugiere, por tanto, que se cohoneste la redacción del artículo 148.2 con la del artículo 97.2.

**SEXAGÉSIMO TERCERA.-** La proyección de la doctrina constitucional y jurisprudencial al plazo de interposición del recurso de alzada en casos de silencio negativo debería conducir, rectamente, a considerar que para la interposición de recurso contra un acto no expreso de sentido negativo no existe plazo de recurso.

Aunque la jurisprudencia ha precisado que el artículo 24.1 CE establece el derecho a la tutela efectiva como un derecho que ha de hacerse valer en sede judicial, y que el plazo al que ahora alude el artículo 149.1, segundo párrafo, es el previsto para interponer un recurso administrativo, la misma jurisprudencia admite una determinada extensión en la aplicación del artículo 24 CE, de forma que alcance a la actuación administrativa. Así sucede, sin duda, en materia sancionadora y también se admite cuando se trata de aplicar los requisitos para recurrir en vía administrativa: si por lo general esta constituye un paso previo forzoso para acudir a la vía judicial,



de forma que sin ella no es posible esta, se debe convenir que el artículo 24 CE también ha de producir sus efectos en relación con los requisitos exigibles para recurrir en vía administrativa.

**SEXAGÉSIMO CUARTA.-** El artículo 150 del Anteproyecto suprime el segundo párrafo del artículo 116 de la Ley 30/92, que dispone que no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición. La eliminación de este precepto puede facilitar la aplicación de la doctrina jurisprudencial a la que se acaba de aludir en la anterior Conclusión, cuando se trata del recurso en casos de silencio administrativo. En la medida en que sea así, y que el riesgo del ejercicio simultáneo del recurso de reposición y del contencioso-administrativo se conjure con una adecuada interpretación y aplicación del carácter disyuntivo con que se establecen ambos recursos, su supresión puede calificarse de positiva.

**SEXAGÉSIMO QUINTA.-** La desaparición del requisito de procedibilidad en que consiste la reclamación administrativa previa a la vía judicial civil y laboral no puede sino considerarse como un acierto del prelegislador, si bien deberá tener su correlato en las normas procesales, particularmente en el artículo 80.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

**SEXAGÉSIMO SEXTA.-** La inclusión del régimen legal del procedimiento de elaboración de normas y disposiciones que diseña el prelegislador en la Ley en proyecto objeto de informe solo se explica desde la vertiente procedimental del proceso de elaboración normativa, y, desde otra perspectiva, en la medida en que constituya su objeto el producto normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria y las disposiciones administrativas sometidas a las normas del procedimiento administrativo común que asimismo establece. Los preceptos que establecen la competencia en la iniciativa legislativa y la forma y jerarquía de las normas cobran significado, dentro del marco objetivo de una Ley que persigue establecer las normas comunes que regulen las relaciones *ad extra* de la Administración, en la medida en que se entiendan referidas a las Administraciones Públicas y a sus organismos, y al desarrollo de su actividad que se traduce en disposiciones normativas y administrativas que inciden en aquellas relaciones.



El Anteproyecto en este punto renuncia a dotar de carácter básico a todo conjunto de normas que tiene por objeto el procedimiento de elaboración normativo y de disposiciones administrativas. El efecto transversal de las mismas se contrae, en puridad, a las que establecen los principios comunes del procedimiento de elaboración de normas y disposiciones, y a determinados aspectos del procedimiento de elaboración normativa, respecto del que, sin embargo, introduce especialidades para los procesos de iniciativa normativa en el ámbito de la Administración General del Estado, incluyendo la tramitación urgente de las normas.

La misma falta de carácter básico se advierte cuando regula en su artículo 159.2 las fechas de entrada en vigor de las normas con rango de ley y reglamentos estatales que impongan nuevas obligaciones a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación, pues dicha norma, conforme a la cual tales disposiciones normativas entrarán en vigor los días 2 de enero o 1 de julio siguientes a la fecha de su aprobación –con la finalidad, según se explica en la Memoria, de contribuir a la seguridad jurídica y establecer un marco normativo predecible, siguiendo la práctica de numerosos Estados de nuestro entorno- solo rige respecto de la Administración General del Estado. Independientemente de ello, el precepto, que tiene como excepción aquellos casos en los que el cumplimiento del plazo de transposición de directivas europeas u otras razones justificadas aconsejen su no aplicación, deja sin explicar la salvedad que hace de lo dispuesto en el artículo 2.1 del Código Civil, de modo que no se comprende bien cómo se concilia la regla general de entrada en vigor de las normas que esta establece con la que se contiene en el artículo 159.2 del texto de reforma.

**SEXAGÉSIMO SÉPTIMA.-** Los artículos 161.4 y 6 y 162.2 y 6 afectan, en lo que se refiere a la emisión de informes preceptivos, a la competencia y a la función consultiva del Consejo del Poder Judicial, que, como se ha indicado en el apartado II de este informe, tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten, total o parcialmente, entre otras materias, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*", "*y cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna*", tal y como disponen los apartados 6 y 9 del artículo 561.1 de la LOPJ, lo que deberá ser tenido en cuenta por el prelegislador a la hora de articular el trámite de informe tanto



en el procedimiento ordinario como en el procedimiento de urgencia de elaboración normativa.

**SEXAGÉSIMO OCTAVA.-** La disposición transitoria tercera del Anteproyecto establece las normas de derecho intertemporal aplicables a los procedimientos iniciados a la entrada en vigor del texto proyectado, a los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor, y a los recursos contra los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor del texto de reforma. Aun cuando este régimen transitorio se completa con una norma que quiere servir de cierre, y que remite a "los principios establecidos en los apartados anteriores", sería conveniente que se contemplara de forma expresa el régimen transitorio aplicable a la ejecución de los actos y resoluciones.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid, 05 de marzo de 2015

José Luis de Benito Benítez de  
Lugo

Vicesecretario General, Secretario General  
en funciones