

## Prólogo

---

1. El poder público y su brazo ejecutor, el Derecho administrativo siempre han mantenido una difícil pero sana relación que explica la constante metamorfosis de esta disciplina.

En una *primera fase*, el derecho administrativo se alzó como herramienta del poder, como instrumento técnico que al prestar el ropaje legal, dotaba a las prerrogativas y potestades públicas de legitimación jurídica, aunque también encerraba la contrapartida de las garantías para el ciudadano. En esta etapa de consolidación del Derecho administrativo, la tensión se producía entre legislativo y ejecutivo, en la medida que aquél pretendía armar a éste de poderes pero bajo el peaje del respeto a los derechos de los particulares, sustancialmente libertad y propiedad, enriquecidos con la incesante expansión de la esfera de derechos e intereses dignos de protección.

En una *segunda fase*, la tensión se desplaza hacia otros poderes, concretamente entre poder ejecutivo que persigue la eficacia a toda costa entendido como interés general del gobierno de turno, y el poder jurisdiccional que persigue el control como misión independiente.

Fácil resultó la sencilla formulación constitucional de los principios que inspiran la acción de los poderes públicos (Capítulo III, Título Primero), llamados a cristalizar en el proteico interés general, cuya consecución se deposita en la administración (art. 103 CE), junto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) que se confía a tribunales contencioso-administrativos (art. 106 CE). En cambio, pasar del dicho constitucional al hecho administrativo supuso alzar conflictos prácticos que demostraron el acierto de la feliz expresión del profesor García de Enterría calificando el derecho administrativo como el producto histórico de la lucha contra las inmunidades del poder público, poderes que hoy día se han visto

acorralados jurisdiccionalmente pero no derrotados (caso de los actos políticos, reglamentos y actos discrecionales).

La *tercera fase* o etapa de problemas jurídico-administrativos está marcada por el reto de la autosuficiencia de la disciplina en un complejo contexto con triple dimensión. La global, al estar debilitadas las fronteras físicas, intelectuales e informativas; la social, por el carácter abierto y participativo de la ciudadanía, directamente o con organizaciones interpuestas; y el espacio digital, que coloca a los llamados derechos de cuarta generación llamando a las puertas.

2. En efecto, mas allá de la salvaguarda del orden público clásico, ahora se trata de dar respuestas jurídico-administrativas locales a problemas globales, como son la corrupción, el medioambiente, la inmigración o las tecnologías de la información. Son problemas donde no caben compartimentos estancos y derechos administrativos locales, y donde el derecho comparado puede aportar mucho.

Además se suman corrientes ideológicas de principio sobre el papel del Derecho administrativo: ¿control o liberalización?, ¿fomento o sanción?, ¿administración abstencionista o prestacional?, ¿funcionarios públicos o trabajadores comunes?, ¿expedientes de papel o electrónicos?, ¿Estado centralista o descentralizado?, ¿control por jurisdicción especializada o jurisdicción común?, etc. No se trata de la vieja cuestión entre la huida o persecución del Derecho administrativo, sino mas bien qué traje jurídico es el adecuado para una administración del siglo XXI.

3. La respuesta no puede improvisarse y nos remite a la reflexión y al debate académico, pero también a la exploración de respuestas con ese valioso aliado que es el ejemplo exterior, tanto de fuentes académicas como jurisprudenciales. Mas allá de la singularidad política de cada Estado, es un hecho inesquivable que poder público y ciudadanos comparten preocupaciones por idénticos problemas y revalorizan el papel del Derecho administrativo comparado.

No estamos ante nuevos fenómenos. Nuestra Constitución es heredera en buena medida de la Constitución italiana de 1947, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y de la Constitución portuguesa de 1976. La mayoría de los Estatutos de Autonomía fueron aprobados con indisimulado mimetismo de los aprobados por la

comunidad vecina. Y en su desarrollo legislativo, cada Comunidad Autónoma ha optado principalmente por la cómoda importación de soluciones legislativas vecinas. En el campo local, Ayuntamientos y Diputaciones se plagian sin rubor reglamentos y ordenanzas.

Tal proceder presenta el inconveniente de la falta de personalización de la norma para la casuística de los destinatarios, y la poca imaginación innovativa que debe presidir la acción política, pero a cambio ofrece la importante ventaja de contar con la experiencia contrastada de otras administraciones. O sea, beneficiarse del método de ensayo y error, aprovechando el legado de precedentes administrativos y jurisprudenciales que acompaña a las administraciones de otros ámbitos.

En el ámbito académico, la exploración de la respuesta administrativa del derecho comparado es un sano ejercicio, que nos hace recordar la figura de Adolfo Posada (1860-1944), quien a los 23 años obtuvo la Cátedra «Elementos de Derecho Político y Administrativo» de la Universidad de Oviedo, para pasar a ocupar en 1910 la primera Cátedra de Derecho Municipal Comparado en la Universidad Central de Madrid que acumularía en 1920 con la Cátedra de Derecho Político, que había dejado vacante Santamaría de Paredes quien fuere padre de la bautizada con su nombre, ley de lo contencioso-administrativo de 13 de Septiembre de 1888 que alzó una jurisdicción de control mixto, que integraba jueces y cargos administrativos, reflejo procesal de la tensión de fondo de la época. En este punto, es evidente que tal Ley debía mucho a los trabajos académicos y noticias de modelos de control de otros ámbitos europeos.

4. Pues bien, si realizásemos un esfuerzo para fijar los retos esenciales de preocupación global para los administrativistas deberíamos situar los siguientes.

En primer lugar, *la administración electrónica global* puesto que una administración invisible (expediente electrónico, notificaciones electrónicas, registro y archivo electrónicos, portales y paneles de acceso, etc), y que se relaciona a velocidad de la luz, replantea el viejo modelo asentado sobre el papel y sustrato físico y que jugaba con los tiempos muertos de resolución o notificación. Junto a ello, brota el inconveniente de la protección de datos personales.

Es ahí donde debemos mirar otros Estados avanzados donde sin merma de garantías se postulan soluciones prácticas para este período de transición, máxime en el camino imparable hacia una administración de los Estados miembros de la Unión Europea globalmente interconectados.

En segundo lugar, *el reto de la transparencia*, pues la Ley 9/2013, de 9 de Diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno ha venido para quedarse con sus imperativos y garantías. El problema de cultura institucional que aqueja a funcionarios y autoridades españolas está servido por el desafío ineludible de atender las peticiones de información sin exigir legitimación ni motivación, y además bajo la vigilancia efectiva de instituciones. Esta plataforma legal para que los ojos privados vigilen las manos públicas plantea también serios problemas de abuso de la información hacia derroteros partidistas, empresariales o inconfesables.

La tercera dimensión que invita a explorar soluciones del derecho comparado es *la contratación pública*, que en España ha sido objeto de un penelopédico tejer y destejer, con leyes que so pretexto de la adaptación comunitaria, reconstruyen modelos de contratación, cuyo último hito es la reciente Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, provocando desorientación en un ámbito de grandísimo impacto económico. Es ahí, donde resulta difícil de asumir que entre las numerosas legislaciones de contratos públicos que ofrece el conjunto de países de la Unión Europea, España se caracterice por un diseño alambicado, complejo y que sacrifica la eficacia por una amplia maraña de garantías.

En cuarto lugar, el modelo dualista del control administrativo, alzado sobre el Derecho administrativo y el Derecho procesal contencioso-administrativo, abre paso a un novedoso escenario, el de *la mediación en el ámbito público*. La técnica mediadora ha sido tradicionalmente mirada con recelo por el poder público y por los particulares ante los riesgos de mercadeo y de trato discriminatorio, siendo buena prueba la expresa exclusión del campo administrativo de la aplicación de la Ley 5/2012, de 6 de Julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, basta asomarse al modelo francés o polaco para percatarse que hay un territorio por explorar

para la mediación en los campos de fijar indemnizaciones por responsabilidad patrimonial, justiprecio de expropiación forzosa, sanciones en campos de dificultades probatorias o en el espinoso mundo de la ejecución de sentencias. En el caso español, se cuenta con la desconfianza de esta técnica que plasma la Ley 39/2015, de 1 de Octubre de Procedimiento Administrativo Común, tanto en relación con la terminación convencional de los procedimientos (art. 86) como la existencia de una mediación inducida en el ámbito sancionador común so pretexto de la colaboración del denunciante frente a otros culpables (art. 62.4), sin olvidar la proverbial coacción practica en el ámbito tributario bajo el disfraz de las conformidades con la inspección que comportan sustanciales rebajas en deuda tributaria y sanciones.

Y ya en el ámbito contencioso-administrativo se han forzado las posibilidades de mediación de jueces contencioso-administrativo que ofrece el artículo 77 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en concretísimos ámbitos territoriales por el singular talante personal de sus jueces (Canarias, Extremadura y Murcia) consiguiendo venturosos frutos de acuerdos entre autoridades y particulares que eliminan procedimientos judiciales largos y costosos que a nadie satisfacen.

5. En suma, este primer cuarto del siglo XXI es el del cambio de paradigma del Derecho administrativo, el tránsito del papel hacia lo electrónico, de la opacidad a la transparencia, de la imposición a la transacción y de la perversión formalista contractual hacia la eficacia de lo sencillo.

Y para adentrarse en estos retos, ha de reforzarse y no bajar la guardia en dos conquistas irrenunciables del Estado de Derecho. De un lado, la conquista de lo reglado frente a lo discrecional. De otro lado, la conquista de la pujante *jurisdicción protectora* frente a la anacrónica *jurisdicción revisora*. En ambas vertientes queda camino por recorrer, y por eso al regularse nuevos escenarios administrativos y al asomarse a soluciones del derecho comparado, se impone optar por técnicas, fórmulas y criterios donde la reducción de la discrecionalidad sea efectiva, de igual modo que ha de estimularse una jurisdicción contencioso-administrativa que sea más contenciosa y

menos administrativa porque al fin y al cabo, la tutela judicial efectiva se impone a todos los órdenes jurisdiccionales.

En definitiva, estos tiempos de interrogantes revalorizan la iniciativa promovida por el infatigable Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Oviedo, Alejandro Huergo Lora, quien alza el I Seminario Internacional de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, como foro estable de reflexión, diálogo y soluciones bajo referencias de derecho administrativo comparado, y contando con presencia y aportaciones de expertos de otros países.

Tuve el grato honor de presentar la primera edición, que tuvo lugar el 10 de Noviembre de 2017 bajo el significativo rótulo de *Nuevas perspectivas de tutela de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas*, que prestó cobijo a espléndidas ponencias con cálido debate. Así, Gianluca Gardini, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Ferrara abordó las claves de la transparencia administrativa, mostrando su valor jurídico y las luces y sombras del modelo italiano; Eloísa Carbonell Porras y Tomás Cano Campos, Catedráticos de Derecho Administrativo de las Universidades de Jaén y Complutense de Madrid, respectivamente, tuvieron ocasión de abordar con brillantez la vanguardia de dos institutos que están renovando su piel. Eloísa Carbonell se ocupó de los procedimientos alternativos a los recursos administrativos y Tomás Cano abordó las simas de la invalidez de los contratos públicos y los remedios procesales.

En suma, una venturosa iniciativa que no debe quedar en el ocasional debate propio de la flor de un día sino que debe prodigarse en sucesivas ediciones y su cosecha debe ser objeto de divulgación para enriquecimiento de la comunidad jurídica.

JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA

Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo  
del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA DEFENSA  
DE LOS CIUDADANOS FRENTE  
A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

I Seminario Internacional de Derecho Administrativo  
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo