ESTUDIOS SOBRE LAS LEYES 39/2015 DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y 40/2015 DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Autores

Irene Araguàs Galcerà
Mercè Corretja Torrens
Tomàs Font i Llovet
Oriol Mir Puigpelat
José María Moltó Darner
Belén Noguera de la Muela
Alexandre Peñalver i Cabré
Juli Ponce Solé
Mariola Rodríguez Font
Francesc J. Rodríguez Pontón
Marc Tarrés Vives
Joaquín Tornos Mas
Joan Manuel Trayter Jiménez
Marc Vilalta Reixach

Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Capítulo II

VEINTE AÑOS NO ES NADA: LA OPORTUNIDAD PERDIDA CON LA NUEVA LEY 39/2015 DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Oriol Mir Puigpelat
Profesor Titular (acreditado como Catedrático) de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra

1. INTRODUCCIÓN

Pocas reformas legislativas han suscitado una reacción crítica tan amplia de la doctrina administrativista española como la derogación de la Ley 30/1992 y su sustitución por las Leyes 39 y 40/2015. Esta reacción crítica, manifestada en las innumerables jornadas, congresos, seminarios y publicaciones que se han dedicado a la reforma, obedece, a mi modo de ver, a tres grandes razones.

La primera es la falta de participación de dicha doctrina en su gestación, gestación que ha corrido a cargo, como es sabido, de un reducido elenco de altos funcionarios de la Administración General del Estado, y que apenas ha incorporado aportaciones externas durante su meteórica —y precipitada— tramitación gubernamental y parlamentaria, pese al interés manifestado en diversos foros académicos por contribuir a mejorar los borradores y anteproyectos de ley iniciales. El rechazo que esta falta de participación ha suscitado en la comunidad académica no debe ser visto solo como un reflejo corporativista, ni como el efecto natural de todo procedimiento normativo mal tramitado (es sabido que una de las funciones básicas de todo procedimiento administrativo es la de facilitar la aceptación del producto final —ya

sea un acto o una norma— por parte de sus destinatarios principales mediante la participación de estos en su tramitación y la toma motivada en consideración de sus aportaciones, aunque sea para descartarlas). Se explica, sobre todo, por el papel clave que la doctrina habría podido tener en una reforma como la aquí considerada, que afecta al núcleo central de la parte general del Derecho administrativo español, y donde sus aportaciones podrían haber sido especialmente valiosas.

La segunda razón es, por supuesto, la existencia de numerosos errores, de una sistemática deficiente y de cambios normativos muy cuestionables, que reflejan una concepción «administrativocéntrica» preocupada básicamente por reforzar las prerrogativas de la Administración y su eficacia y eficiencia, en detrimento de las garantías de los ciudadanos y del necesario equilibrio que debe existir entre unas y otras. Dichos aspectos negativos ensombrecen las mejoras y avances que sin duda también contiene la reforma, y no fueron denunciados con el suficiente énfasis por la doctrina, durante su tramitación, sencillamente porque no se contaba con que fuera probada en un espacio tan breve de tiempo, antes de que finalizara la legislatura. Pese a su ampulosidad, lo cierto es que nadie o casi nadie tomó muy en serio la iniciativa de reforma ni pensó que fuera a prosperar[1]. Incluso tras su aprobación sorpresiva, fuimos muchos los que esperamos que pudiera ser objeto de modificación (o incluso derogación) durante su amplia *vacatio legis* de un año, lo que no fue posible debido al bloqueo institucional producido tras las elecciones generales de diciembre de 2015.

Pero existe una tercera razón, tan o más importante que las anteriores, que contribuye a explicar el mencionado rechazo doctrinal: el hecho de que la reforma, pese a la grandilocuencia con que se formula, y a su extraordinaria aparatosidad —al derogar una ley fundamental y consolidada como la Ley 30/1992 y sustituirla por dos leyes distintas, reordenando sus contenidos, alterando la numeración de todos sus preceptos e introduciendo cambios en casi todos ellos—, en realidad apenas incorpora novedades de calado, desoyendo las numerosas voces que venían reclamando, desde hace ya tiempo, la reforma en profundidad de una regulación que, en sus aspectos fundamentales, se remontaba (y sigue remontándose tras la aprobación de las Leyes 39 y 40/2015) a los años cincuenta del pasado siglo.

En el presente trabajo me centraré en este último aspecto y apuntaré, de forma necesariamente breve, algunas de las cuestiones que, a mi juicio, deberían haber sido abordadas en una reforma verdaderamente ambiciosa de la Ley 30/1992, tras un debate técnico y político mucho más extenso e intenso que el que ha precedido a la aprobación de las Leyes 39 y 40/2015. Para ello, tomaré como especial referencia el *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea* (CReNEUAL), un código académico en cuya elaboración he participado, y que propone —a partir de las que se consideran las mejores prácticas existentes en el Derecho de la Unión, de los Estados miembros y de otros ordenamientos como el norteamericano— un amplio abanico de normas modelo para su inclusión en un futuro Reglamento de la Unión que estableciera reglas comunes y vinculantes de procedimiento para la Comisión Europea, las agencias europeas y demás instancias que

1. V. al respecto M. Rebollo Puig, «Presentación», en *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, pp. 1-2.

integran la Administración de la Unión[2]. Dicho Código, elaborado en inglés y traducido luego al español, alemán, italiano, francés, polaco y rumano, ha ejercido ya alguna influencia en la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para una administración de la Unión Europea abierta, eficaz e independiente* (PRPE) aprobada por Resolución del Pleno del Parlamento Europeo de 9 de junio de 2016[3], con la que dicho Parlamento ha querido reforzar la petición formal a la Comisión Europea para que ejerza la iniciativa legislativa en la materia[4].

2. ASPECTOS SUSCEPTIBLES DE MODERNIZACIÓN EN UNA REFORMA LEGISLATIVA AMBICIOSA

2.1. Procedimiento administrativo

La regulación del procedimiento administrativo es probablemente uno de los aspectos más valiosos del Derecho administrativo español. Dicha regulación tiene una larga y destacada tradición, iniciada con la primera codificación europea en la materia (la Ley de bases del procedimiento administrativo de 19 de octubre de 1889, aprobada el mismo año que el Código Civil español, y casi cuarenta años antes que la famosa Ley austriaca de procedimiento administrativo de 1925) y culminada con la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, una ley de gran calidad técnica que tuvo una influencia muy notable en otros países, sobre todo latinoamericanos.

Pese a ello (o quizá debido a ello), se trata de una regulación que acusa ya el paso del tiempo y que requeriría de algunas reformas para situarse de nuevo a la vanguardia en la materia y permitir que el procedimiento administrativo extraiga todo su potencial como instrumento clave para la toma racional de decisiones por parte de la Administración en el contexto de gran complejidad social, política, cultural, económica, científica y tecnológica propio de la sociedad actual. Por muy bien diseñado que estuviera, un procedimiento concebido fundamentalmente para relaciones bilaterales entre ciudadanos relativamente homogéneos y una Administración centralizada, nacional y no democrática difícilmente servirá para dar respuesta a problemas mucho más complejos, que se espera que la Administración resuelva tras considerar y ponderar adecuada y motivadamente los múltiples y contrapuestos in-

2. O. Mir Puigpelat; H. C. H. Hofmann; J.-P. Schneider; J. Ziller; J.-B. Auby; P. Craig; D. Curtin; G. della Cananea; D.-U. Galetta; J. Mendes; U. Stelkens; M. Wierzbowski (Dirs.), *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, Madrid, INAP, 2015, disponible en http://www.reneual.eu/images/Home/codigoreneualdeprocedimientoadministrativodelaue.pdf (última visita: 27 de abril de 2017).

3. T8-0279/2016, disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0279+0+DOC+XML+V0//ES (última visita: 27 de abril de 2017).

4. Iniciativa que, por el momento, la Comisión Europea no piensa ejercer, como se desprende de su decepcionante respuesta formal a dicha Resolución del Parlamento Europeo: *Seguimiento de la Resolución del Parlamento Europeo sobre una administración de la Unión Europea abierta, eficaz e independiente, adoptada por la Comisión el 4 de octubre de 2016*, SP(2016) 613, http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/2610(RSP)&l=en#tab-0 (última visita: 27 de abril de 2017).

tereses en presencia —articulados y defendidos mediante un amplio abanico de entidades profesionalizadas—, recabar el amplísimo conocimiento científico y técnico actualmente existente, así como la opinión de la gran variedad de Administraciones —locales, autonómicas, estatales y supranacionales— que pueden ostentar competencias concurrentes en la materia; todo ello, además, de forma transparente, rápida y eficiente. Parece evidente que no basta, pues, con tramitar aquel mismo procedimiento tradicional por medios electrónicos, como parece pretender el legislador que ha aprobado las Leyes 39 y 40/2015.

En relación con el procedimiento de elaboración de actos administrativos merecerían especial consideración, a mi juicio, los siguientes aspectos[5].

En cuanto a las partes del procedimiento administrativo, debería ampliarse el ámbito de aplicación de la ley y sujetar también a la misma a los particulares que ejercen funciones públicas, así como precisarse mejor el concepto clave de interesado. El artículo 2.2.b) de la Ley 39/2015 ha acertado a ampliar el ámbito de aplicación subjetiva de la ley a todos los entes del sector público que ejerzan potestades administrativas (incluyéndose, así, a los que posean una forma de personificación de Derecho privado), pero existen argumentos de peso para seguir el ejemplo de otras experiencias de Derecho comparado y someter también a los principios básicos de procedimiento administrativo a los *particulares que ejercen funciones públicas* (entidades privadas colaboradoras de la Administración, etc.). El artículo I-4.5 CReNEUAL, en este sentido, propone una definición amplia del concepto de «autoridad pública (de la UE)» sometida al Código que incluye no solo a las instituciones, órganos u organismos de la Unión, sino también a sujetos privados «cuando se les haya encomendado la actuación administrativa en nombre de la UE»[6].

La delimitación tradicional española de los *interesados* en el procedimiento, basada en la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, parece menos clara que otras como la prevista en el artículo III-2.3 CReNEUAL —inspirado por el Derecho alemán—, en cuya virtud tienen la condición de «parte» en el procedimiento «el destinatario de la decisión prevista y toda persona que se vea afectada desfavorablemente por ella y que solicite participar en el procedimiento». Aunque la jurisprudencia española haya interpretado el concepto de interesado en términos muy amplios, la distinción entre el destinatario del acto y las demás personas que puedan

5. En un trabajo reciente he examinado con detenimiento las importantes novedades, algunas de ellas muy positivas, que las Leyes 39 y 40/2015 han introducido en materia del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley, señalando también sus carencias y los aspectos que podrían haberse mejorado a la luz del Libro II CReNEUAL, de las recomendaciones de la OCDE y de las mejores prácticas de la UE (O. MIR PUIGPELAT, «*¿Better Regulation* o *marketing*? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley», en C. VELASCO RICO (coord.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Madrid, Marcial Pons, en prensa).

6. A su vez, la noción de «actuación administrativa» se define, en términos funcionales, en el artículo I-4.1 CReNEUAL, remitiendo a las definiciones sustantivas de «acto no legislativo de alcance general jurídicamente vinculante» (equiparable al reglamento español), «decisión» (resolución administrativa), «contrato», «asistencia mutua» y «actividades de gestión de información» contenidas en los Libros subsiguientes del Código.

verse afectadas por él parece ofrecer una mejor base para el desarrollo de una protección adecuada de los terceros en el procedimiento administrativo.

Sería también importante encontrar una solución para el problema práctico del alcance del deber de la Administración de *identificación* de los terceros potencialmente afectados por el procedimiento en curso que, yendo más allá de lo establecido por el artículo 8 de la Ley 39/2015, encontrara un equilibrio razonable entre la garantía de dichos terceros y la necesaria eficacia administrativa. En materia de representación, el artículo III-8.3 CReNEUAL, inspirado por el § 18 de la Ley federal alemana de procedimiento administrativo, trata de garantizar este equilibrio cuando permite que la Administración, en aquellos procedimientos que cuenten con un gran número de personas afectadas desfavorablemente de un modo similar, designe de oficio a un *representante conjunto* para todas ellas.

Para facilitar una adecuada tramitación de los procedimientos administrativos (de todos, y no solo de los sancionadores) y evitar la dilución de responsabilidades a que conducen preceptos tan vagos como el artículo 20 de la Ley 39/2015 —que reproduce con un cambio menor lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 30/1992—, parecería también conveniente importar de forma decidida la institución italiana del *agente responsable* del procedimiento, como hace el CReNEUAL en su artículo III-7, asignándole un papel central[7].

Deberían reforzarse también las *obligaciones de información* a los interesados, incluso antes de que se inicie el procedimiento administrativo y adquieran dicha condición, como hace el artículo III-4 CReNEUAL cuando potencia el suministro de información general actualizada, en internet, sobre los procedimientos administrativos existentes (en particular, sobre los autorizatorios y demás iniciados a instancia de parte), yendo bastante más lejos de lo dispuesto por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015 (prácticamente idéntico al anterior artículo 42.4 de la Ley 30/1992). Dicha información debería permitir a los potenciales solicitantes conocer con antelación la legislación aplicable y los requerimientos procedimentales y sustantivos que deben cumplirse para la obtención de autorizaciones, subvenciones, etc., evitando a la Administración los costes de informarles individualmente y de tramitar solicitudes defectuosas. Una vez el procedimiento se ha iniciado, los artículos III-5 (apartados 2 y 3) y III-6.3 CReNEUAL contienen una regulación más clara de la obligación de *notificación de la iniciación de oficio* y de *acuse de recibo* de las solicitudes, proporcionando a los interesados más información que los artículos 21.4, 66 y 68 de la Ley 39/2015.

Debería asimismo regularse con mayor detenimiento la obtención de información por parte de la Administración durante la instrucción del procedimiento, obtención de información que constituye una de las finalidades principales del mismo. Sería importante recoger expresamente la *obligación de investigación diligente e imparcial* que incumbe a la Administración, obligación que ha adquirido una gran relevancia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión —en particular,

7. El nuevo artículo 71.3 de la Ley 39/2015 sobre los «responsables directos de la tramitación del procedimiento» se limita a generalizar y elevar de rango lo antes dispuesto en materia sancionadora por el artículo 14.2 del derogado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, sin exigir su designación ni la comunicación de su identidad a los interesados fuera del ámbito sancionador, y centrándose sobre todo en la garantía del mero cumplimiento del plazo de resolución.

como elemento de control de la discrecionalidad administrativa y del principio de proporcionalidad— y que se incluye en el artículo III-10.1 CReNEUAL. Debería exigirse expresamente la imparcialidad y competencia técnica de los *expertos* consultados por la Administración (así lo hace el artículo 11 PRPE). También parecería muy conveniente incluir en la ley de procedimiento administrativo una regulación mínima y común de las *inspecciones* administrativas, especialmente importantes tras la reducción del ámbito de la autorización administrativa propiciada por la transposición de la Directiva de Servicios y el consiguiente auge de los instrumentos de control *ex post* de la actuación de los particulares. El Libro III del CReNEUAL dedica seis largos artículos a las inspecciones (III-16 a III-21), mientras que el artículo 12 PRPE contiene una buena síntesis de los aspectos básicos que podría incluir una regulación general de las mismas, que vaya más allá del tan discutible y discutido deber general de soportar inspecciones introducido por el artículo 18 de la Ley 39/2015.

Una regulación moderna del procedimiento administrativo debería también actualizar el abanico de *mecanismos participativos*, complementando la audiencia e información pública escritas tradicionales con otros instrumentos, como la audiencia oral, las audiencias públicas o las consultas a través de internet (v. p. ej. artículos III-23.5 y III-25 CReNEUAL).

Sería también necesario regular con mayor detenimiento el *derecho de los interesados de acceso al expediente*, cuya parca regulación es propia de otra época y no se encuentra en consonancia con el extraordinario desarrollo del derecho general de acceso a la información pública de los ciudadanos propiciado por la reciente legislación de transparencia y los mecanismos de garantía que esta reconoce a este último[8].

Un aspecto en el que la necesidad de innovación es especialmente clara es el relativo a la *cooperación interadministrativa* durante la tramitación del procedimiento, cooperación que en el complejo sistema multinivel actual no puede articularse ya solo mediante el instrumento tradicional de los informes, preceptivos o facultativos. Los artículos 140 y siguientes de la Ley 40/2015, al regular con mayor detalle e impulsar los instrumentos de colaboración y cooperación interadministrativa, suponen un avance, pero se centran sobre todo en la cooperación orgánica, la que tiene lugar en el marco de estructuras estables (como son las Conferencias Sectoriales, las Comisiones Bilaterales de Cooperación y las Comisiones Territoriales de Coordinación). Junto a ello, es importante contemplar y regular nuevas formas de cooperación procedimental, como son los procedimientos compuestos —tan frecuentes en el Derecho de la Unión—, integrados por fases sucesivas tramitadas por distintas Administraciones, garantizando adecuadamente los derechos de los interesados en cada una de ellas (en particular, su derecho de audiencia, como trata de

8. Esta insuficiencia de mecanismos específicos de garantía de un derecho de acceso en teoría más amplio que el que reconoce la legislación de transparencia a todo ciudadano ha llevado a la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP) a declararse competente para conocer de las reclamaciones que puedan presentarle los interesados a los que la Administración deniegue el acceso al expediente. Así lo ha venido haciendo desde su Resolución de 17 de diciembre de 2015 sobre la Reclamación 17/2015. Recientemente, p. ej., la Resolución 21/2017, de 1 de febrero, en un caso de acceso al expediente por parte de uno de los licitadores durante el procedimiento de adjudicación de un importante contrato público. Todas las resoluciones de la GAIP se encuentran disponibles en su web (www.gaip.cat).

asegurar el artículo III-24 CReNEUAL). Podría explorarse también la posibilidad de importar la figura italiana de la conferencia de servicios, a la que la Ley de procedimiento administrativo y la doctrina de dicho país conceden una gran importancia como mecanismo de coordinación entre Administraciones durante la tramitación de procedimientos administrativos conexos y complejos[9]. La cooperación informativa, también muy potenciada por el Derecho de la Unión, debería ser asimismo objeto de una regulación más detenida que la que le brindan los artículos 141, 142 y 155 de la Ley 40/2015, sobre todo en lo relativo a la asistencia mutua y a la creación, mantenimiento y uso de sistemas integrados de información administrativa —meramente enunciados en el artículo 142.b—. Los Libros V y VI CReNEUAL sobre, respectivamente, la asistencia mutua entre autoridades administrativas y la gestión administrativa de información, podrían constituir un buen punto de partida para una regulación que tratara de lograr un equilibrio adecuado entre las exigencias de eficacia y eficiencia administrativa, de protección de los datos personales de las personas afectadas y de una atribución clara de responsabilidades entre las Administraciones que participan en el intercambio de información.

En cuanto a la finalización del procedimiento, debería prescindirse de una vez de la técnica tradicional del *silencio administrativo* como forma peculiar y típicamente española de «resolver» el problema tan generalizado del incumplimiento del plazo máximo establecido. Han sido muchos los autores que, a lo largo de los últimos años, han cuestionado con razón esta institución, que parece alentar y validar el incumplimiento de la obligación de dictar una resolución expresa y motivada, y que —en el caso del silencio positivo— puede suponer un grave riesgo para el interés general y para los terceros afectados, sin conferir la necesaria seguridad jurídica a sus supuestos beneficiarios. Tras el debate doctrinal producido, se está en condiciones de superar la regulación tradicional, que solo se explica por el carácter meramente revisor de actos administrativos que ha tenido durante mucho tiempo la jurisdicción contencioso-administrativa española, y explorar mecanismos alternativos para tratar de facilitar el cumplimiento de los plazos de resolución —mecanismos que, en todo caso, nunca compensarán una deficiente dotación de medios humanos y materiales en las distintas Administraciones y un diseño inadecuado de los procedimientos sectoriales que deben tramitar, dos requisitos básicos previos—. Desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva es suficiente con indicar que el transcurso del plazo máximo establecido faculta para la interposición de los recursos correspondientes. Como mucho, podrían preverse algunos supuestos concretos de silencio positivo, para el ejercicio de determinadas actividades (como sucede en la Ley federal alemana de procedimiento administrativo), aunque en tales casos lo que habitualmente procederá será, en realidad, directamente, un régimen de comunicación o declaración responsable y no ya de autorización administrativa[10]. El artículo III-9

9. V. al respecto D. D'Orsogna, «El procedimiento administrativo en Italia», en L. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (coords.), *Los procedimientos administrativos en el Derecho comparado*, en prensa.

10. El régimen de la declaración responsable y de la comunicación (ya no calificada como «previa») sigue siendo, por cierto, manifiestamente mejorable en el artículo 69 de la Ley 39/2015, y no resulta acorde con la importancia que han adquirido en los últimos años. Los artículos 6 y 7 de la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica regulan

:ReNEUAL omite deliberadamente una referencia genérica al silencio administrativo n caso de incumplimiento del plazo máximo de resolución del procedimiento.

Dada la importancia que ha adquirido la obligación de *motivación* de los actos dministrativos, parecería conveniente exigir que dicha motivación tuviera lugar en ɔda resolución, y no solo en las que se incluyen en una lista, como sigue haciendo ɔdavía el artículo 35 de la Ley 39/2015. El artículo III-29 CReNEUAL impone esta bligación de forma genérica, con un enfoque más sustantivo que orienta sobre el lcance y las finalidades de la motivación, y contemplando también las especialidaes de los procedimientos compuestos. Al igual que el artículo III-6.3 CReNEUAL, odría preverse una motivación meramente sucinta para la inadmisión de solicitudes arentes de sentido o manifiestamente infundadas, y eximir incluso de toda obligaión de resolución y acuse de recibo cuando un mismo solicitante presente solicitues repetitivas de forma abusiva, yéndose así más allá de lo dispuesto por el artículo 8.5 de la Ley 39/2015.

Debería, en fin, estudiarse la posibilidad de introducir en la regulación básica de rocedimiento administrativo, sin menoscabar las competencias autonómicas, alguas normas generales sobre *tipos procedimentales específicos*, como podrían ser, . ej., los procedimientos competitivos de adjudicación de recursos escasos, los rocedimientos de gestión de riesgos o los procedimientos de aprobación del emlazamiento de infraestructuras de alto impacto (carreteras, aeropuertos, líneas de 'en, vertederos, almacenes nucleares, líneas de alta tensión, etc.). En relación con ɔs primeros, p. ej., el artículo III-6.4 CReNEUAL remite *mutatis mutandis* al proceimiento competitivo de adjudicación de contratos regulado de forma general en el ibro IV de dicho Código cuando el número de solicitudes que puedan estimarse ɜa limitado y se emplee un procedimiento de otorgamiento competitivo. En relación ɔn los últimos podría tomarse como referencia, p. ej., la regulación específica del *lanfeststellungsverfahren* contenida en los §§ 72 y siguientes de la Ley federal aleıana de procedimiento administrativo.

De forma más general, convendría, a mi juicio, efectuar una relectura global de Ley 39/2015 e introducir precisiones finalistas en muchos de sus preceptos, que ɔncreten su sentido funcional y orienten la aplicación e interpretación que de los ıismos deban hacer las Administraciones y los tribunales, para evitar que las distins actuaciones procedimentales se conviertan, en la práctica, en «meros trámites», ı la significativa expresión española. De nuevo puede resultar de utilidad el ejemlo del CReNEUAL, que se caracteriza por una *concepción funcional-sustantiva* del rocedimiento administrativo, heredada de la jurisprudencia y el Derecho de la nión, y que contrasta con el formalismo ciego con que tan a menudo se tramita y ıjuicia el procedimiento en España. Tales precisiones finalistas pueden encontrarse, ıtre muchos otros preceptos, en los artículos III-3.3 (conflicto de intereses), III-22.3 lerecho de acceso al expediente), III-23.3 (derecho de audiencia) o el ya citado I-29 (obligación de motivación)[11].

ejor el control *ex post* que puede ejercer la Administración sobre las actividades sujetas a comunicaón y declaración responsable, y contemplan un procedimiento administrativo específico supletorio enmienda de defectos o carencias de requisitos legales en el ejercicio de dichas actividades.

11. Artículo III-3.3: «El agente responsable comunicará cualquier otro posible conflicto de intereés a su superior, quien deberá excluir a dicho agente de la participación en la adopción de la deci-

2.2. Acto administrativo

El Título III de la Ley 39/2015 apenas presenta cambios de relieve en la regulación de los actos administrativos, más allá de la exigencia de que se produzcan por medios electrónicos (artículo 36.1, en coherencia con la obligada tramitación electrónica del procedimiento administrativo, la novedad más importante de la ley), de la nueva regulación de las notificaciones y de la nueva causa general de nulidad por vulneración de reglamentos introducida en el artículo 37.2, una causa absurda y poco meditada que no tiene ningún sentido y que ha merecido con razón una amplia crítica doctrinal.

Una reforma ambiciosa, sin embargo, debería considerar el debate suscitado en la doctrina española en los últimos años sobre la conveniencia (o no) de introducir en la ley una *definición* del concepto de acto administrativo que precise dicha noción y evite las dudas existentes sobre su alcance, habida cuenta de los importantes efectos jurídicos que el legislador le otorga (presunción de validez, obligación de cumplimiento con posibilidad de ejecución forzosa —artículos 38, 39, 97 y siguientes de la Ley 39/2015, que dan continuidad a lo establecido por la Ley 30/1992—). Se ha sugerido, en particular, adoptar una definición similar a la contenida en el § 35 de la Ley federal alemana de procedimiento administrativo, mucho más acotada que el concepto de acto administrativo que presupone la Ley 39/2015 y que maneja la jurisprudencia española. Si no se quiere perder la versatilidad que ofrece un concepto amplio de acto administrativo, dicha definición estricta podría utilizarse, al menos, para precisar el concepto de «resolución» que también emplea la Ley 39/2015 (en su artículo 88 y muchos otros), y que en realidad constituye el acto administrativo por excelencia también en España. El CReNEUAL ha optado por incluir una definición similar a la alemana del concepto de «decisión», que es la noción central de su Libro III[12].

Una revisión en profundidad obligaría también a mejorar el régimen de la *invalidez* de los actos administrativos y reglamentos, que plantea no pocas dudas. Especialmente problemática es la regulación de los vicios procedimentales y, en particular, la enigmática formulación tradicional del artículo 48.2 («el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin»), que debería clarificarse en el sentido causalista

sión *cuando el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones se vea comprometido*». Artículo III-22.3: «Toda parte tendrá la oportunidad de examinar cualquier documento en su expediente *que pueda ser relevante para su defensa*, incluidas las pruebas incriminatorias y exculpatorias, antes de que se adopte la decisión». Artículo III-23.3: «Toda parte tiene derecho a que se le notifiquen las *cuestiones fundamentales sometidas a la decisión de la autoridad pública y los principales argumentos de su razonamiento, para que la parte pueda dar a conocer su punto de vista de forma efectiva y pueda ejercer sus derechos de defensa*». Artículo III-29.1: «La autoridad pública deberá exponer los motivos que justifiquen sus decisiones *de forma clara, simple y comprensible*. La motivación *deberá adaptarse a la decisión y deberá mostrar de forma clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad pública de la que emane el acto, de manera que las partes puedan conocer las razones de la decisión adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control*».

12. Según el artículo III-2.1 CReNEUAL, se entiende por decisión «la actuación administrativa dirigida a una o más personas individualizadas, públicas o privadas, adoptada unilateralmente por una autoridad de la UE [...] para resolver uno o más casos concretos con efectos jurídicamente vinculantes».

habitual en Derecho comparado. Muy discutida es también la nulidad de pleno derecho de todo reglamento ilegal, ya que son muchos quienes creen que determinados vicios deberían originar únicamente su anulabilidad, y la jurisprudencia de hecho admite solo la invocación de los vicios procedimentales en el recurso directo contra reglamentos. En una reforma amplia deberían debatirse también asuntos como las diferencias realmente existentes entre la nulidad y la anulabilidad (en la actualidad son mucho menores de lo que a menudo se pretende y de las que presentan en otros ordenamientos), la posible regulación de la invalidez sobrevenida o la discutida capacidad de la Administración de inaplicar los reglamentos ilegales o contrarios al Derecho de la Unión[13].

2.3. Revisión de oficio

En estrecha conexión con lo acabado de señalar, debería acometerse una reforma en profundidad del régimen de la revisión de oficio, que resulta muy problemático y apenas ha experimentado cambios en la Ley 39/2015. A mi modo de ver, la reforma debería, como mínimo, emprender una necesaria clarificación conceptual (distinguiéndose la revisión de oficio —por ilegalidad originaria— de la revocación —por otros motivos—), diferenciar mejor ambas potestades de la vía revisora de los recursos administrativos, admitir la revisión de oficio de actos favorables meramente anulables (como era posible hace unos años en España y sigue siéndolo con toda naturalidad en otros países y en Derecho de la Unión), regular la revocación de actos administrativos favorables ajustados a Derecho (que ahora solo se prevé esporádicamente en la legislación sectorial), mencionar expresamente el principio de protección de la confianza legítima (al constituir el límite material más importante a las facultades de revisión y revocación cuando inciden sobre actos favorables) y contemplar los efectos de la revisión en el tiempo y sobre terceros.

La regulación contenida en los artículos III-35 y III-36 CReNEUAL presenta los cuatro grandes supuestos existentes —en función del carácter contrario o ajustado a Derecho de la decisión, y de los efectos favorables o desfavorables que pudiera tener— en un cuadro que resulta, a mi juicio, más claro y ponderado que el contenido en la Ley 39/2015 (y la anterior Ley 30/1992), pudiendo servir como punto de partida de una futura reforma.

2.4. Recursos administrativos

El régimen de los recursos administrativos heredado con pocas novedades por la Ley 39/2015 es también manifiestamente mejorable, como viene sosteniendo una parte muy importante de la doctrina administrativista española. Esta se ha mostrado

13. O. MIR PUIGPELAT, «El Derecho administrativo español en el actual espacio jurídico europeo», en A. VON BOGDANDY y el mismo (coords.), *Ius Publicum Europaeum. El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, margs. 77, 78, 87-90, disponible en http://www.ub.edu/dadmin/OriolMir/Publicacions/Mir_El_Derecho_administrativo_espanol_en_el_espacio_juridico_europeo_Bogdandy_Mir_Coords_2013.pdf.

favorable, en particular, a que se potencie su sustitución por los mecanismos impugnatorios ante comisiones administrativas independientes previstos de forma genérica en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 y, ahora, 112.2 de la Ley 39/2015, después de los buenos resultados cosechados en ámbitos como el contractual o de acceso a información pública.

Siendo ello así, una modernización verdadera de la ley de procedimiento habría podido ir más allá de la mera enunciación de dichos mecanismos alternativos y contemplar un régimen mínimo común para todos ellos, que colmara las lagunas con que dichas comisiones, de naturaleza cuasijudicial, se encuentran en el ejercicio de sus funciones (en relación, p. ej., con la tramitación del recurso o reclamación —remisión del expediente, defensa de la Administración recurrida, colaboración de esta en la práctica de notificaciones, posibilidad de reuniones y vistas con las partes, allanamiento y acuerdo extraprocedimental entre las partes, etc.—, la eficacia, la ejecución forzosa y los incidentes surgidos en la ejecución de sus resoluciones, la impugnación de estas en vía contencioso-administrativa por la Administración de la que formen parte —la declaración de lesividad no resulta acorde con su independencia— o la defensa letrada de dichas comisiones en sede judicial —su independencia requiere que no sean defendidas por los servicios jurídicos de la Administración recurrente—).[14]

2.5. Responsabilidad patrimonial y sanciones administrativas

Los apuntados no son los únicos aspectos que habrían debido ser objeto de modernización en una reforma verdaderamente ambiciosa de la Ley 30/1992. Estos alcanzan también a otras materias que no suelen estar incluidas, en Derecho comparado, en la ley de procedimiento, como son la responsabilidad patrimonial de la Administración o el régimen general de las sanciones administrativas, materias en las que las Leyes 39 y 40/2015 han introducido cambios poco sustanciales.

Salvo en lo concerniente a la responsabilidad del Estado legislador, los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015 dan plena continuidad a un sistema de responsabilidad patrimonial que se remonta, en sus elementos y preceptos centrales, a la Ley de expropiación forzosa de 1954. Un sistema que, como muchos autores hemos señalado a lo largo de los últimos años, ha quedado obsoleto y requeriría de una reforma en profundidad, que corrigiera la enorme indeterminación de que adolece[15].

14. V., en este sentido, el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, algunas de cuyas previsiones podrían ser generalizables. V. también la interesante propuesta de sustitución de los órganos unipersonales de resolución de los recursos ordinarios por comisiones independientes formulada por la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2013, §§ 14-30.

15. Remito a las propuestas concretas de reforma que he formulado en O. MIR PUIGPELAT, «Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración», en J. ORTIZ BLASCO y P. MAHILLO GARCÍA (coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Madrid, Fundación Democracia y

Muchas han sido también las propuestas de reforma de un régimen general de sanciones administrativas muy poco desarrollado y que contrasta con la regulación mucho más minuciosa y garantista que le dispensan leyes específicas en otros países, como p. ej. la Ley federal alemana de infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz*).

3. FINAL

En las páginas anteriores se han apuntado, sin ánimo de exhaustividad[16], algunos de los muchos aspectos de la regulación española del procedimiento administrativo y de las demás materias incluidas en la Ley 30/1992 que podrían haber sido objeto de modernización en una reforma legislativa verdaderamente ambiciosa, a tenor de los debates producidos en la doctrina administrativista española y europea a lo largo de los últimos años, debates que han proporcionado materiales muy valiosos para dicha labor de modernización.

Lo peor de la reforma de 2015 no es, sin embargo, que no haya acometido dicha modernización, sino que comportará que se posponga, como mínimo, otros veinte años más, que es el plazo mínimo de vida que suele darse a una nueva ley de procedimiento administrativo. De esta forma, el legislador, con su precipitada reforma, no solo ha desaprovechado una magnífica oportunidad de innovación, sino que se la ha hecho perder a toda una generación. Lamentablemente, no parece que el famoso verso del tango de Gardel siga vigente en la vertiginosa sociedad del siglo XXI.

Gobierno Local, 2009, pp. 33-60, disponible en http://www.ub.edu/dadmin/OriolMir/Publicacions/Mir_Propuestas_reforma_responsabilidad.pdf.

16. Señalan ulteriores aspectos necesitados de reforma J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación»; J. M. BAÑO LEÓN, «La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados» (ambos en *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015); M. SÁNCHEZ MORÓN, «Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 56, 2015, p. 27; F. LÓPEZ MENUDO, «Prólogo», en H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, p. 11; E. GAMERO CASADO, «Introducción. Encuadre de la nueva legislación en el acervo del Derecho Administrativo», en el mismo (dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 134-141.