

LAS LEYES 39 Y 40/2015. SU ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LA REGULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

ALEJANDRO HUERGO LORA *

I. LOS INCONVENIENTES DERIVADOS DE LA DIVISIÓN DE LA LEY 30/1992 EN DOS TEXTOS DISTINTOS

Esta división** es una de las principales novedades que depara la sustitución de la LPC por las Leyes 39/2015 (de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo que constituye un desacertado pleonazgo) y 40/2015 (de Régimen Jurídico del Sector Público). Mientras que la LPC desarrollaba en un solo texto legal dos de los títulos competenciales que se enumeran en el art. 149.1.18ª CE (“bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” y “procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”), el legislador de 2015 ha preferido ejercerlos en dos Leyes diferentes.

No es aventurado suponer que se ha producido una especie de retorno “freudiano” a los años 50, con su Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (1957) y su Ley de Procedimiento Administrativo (1958). Probablemente esas dos antiguas Leyes son las que explican que en su día el art. 149.1.18ª CE incluyera los dos títulos competenciales que aca-

ban de citarse, y seguramente la Ley 30/1992 los soldó, habiéndose separado ahora de nuevo.

El criterio de distinción invocado en las respectivas exposiciones de motivos (es decir, la inclusión en la Ley 39/2015 de las cuestiones con repercusión *ad extra* o de relación entre la Administración y los ciudadanos, mientras que las de alcance puramente interno quedarían reservadas a la Ley 40/2015), se incumple manifiestamente en algunas ocasiones importantes, como no puede ser de otro modo. Así, la regulación en la Ley 40/2015 (en su Título Preliminar) de la parte material o sustantiva de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se aparta con claridad del referido criterio de división, al tratarse de instituciones que sin ninguna duda afectan a los ciudadanos (en un caso como posibles infractores, en el otro como titulares del derecho a ser resarcidos de los daños y perjuicios sufridos) y en las que los posibles aspectos organizativos resultan escasamente relevantes.

Por otro lado, dar importancia a ese criterio para la distribución interna del contenido normativo resulta algo rancio y, a la postre, injustificado. Cuando se impugna un acto administrativo éste será anulado siempre que infrinja el ordenamiento jurídico en cualquiera de sus preceptos (artículo 70.1 LJ), tanto si el precepto está dirigido a regular las relaciones con el ciudadano recurrente (preceptos *ad extra*) como si su objeto directo de regulación es organizativo (preceptos *ad intra*). Así, por ejemplo, la infracción de las normas sobre competencia, contenidas en la Ley 40/2015 por su evidente relación con la organización administrativa, puede ser

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Oviedo

**El trabajo se enmarca en los proyectos de investigación “Nuevas perspectivas en la tutela de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas” (referencia MINECO-15-DER2014-59595-P), y “Derecho Público: Administrativo-Financiero” (referencia FC-15-GRUPIN14-039)”



invocada por los particulares al impugnar un acto administrativo a pesar de su caracterización predominantemente organizativa y por supuesto de su inclusión en esa Ley 40/2015¹.

En todo caso, la división en dos Leyes no sólo despista al aplicador y plantea innecesarios problemas formales sobre la mejor ubicación de unas u otras materias, sino que ha conducido a algunas contradicciones o equívocos, como por ejemplo los siguientes:

- La regulación casi idéntica del ámbito de aplicación en el artículo 2 de las dos Leyes (la única diferencia es el apartado relativo a las “Corporaciones de Derecho Público” en la Ley 39/2015, innecesaria en la Ley 40/2015 al no referirse a las mismas) es perturbadora, porque la Ley 39/2015 sólo se refiere, en realidad, a una parte de los entes que forman el sector público, la que puede dictar actos administrativos. El ámbito de aplicación no es, de hecho, el mismo, aunque lo afirmen los respectivos artículos 2. Sobre ello volveremos más adelante.
- En la regulación de la potestad sancionadora, el art. 28 de la Ley 40/2015 da a entender que ahora, frente al

criterio de la legislación anterior, el acto administrativo sancionador también puede decidir sobre la responsabilidad civil derivada de la infracción, mientras que el art. 90.4 de la Ley 39/2015 –precepto que eleva de rango el 22 del derogado Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RD 1398/1993)– más bien presupone lo contrario².

II. UNA SISTEMÁTICA QUE SIGUE SIENDO PARCIAL Y EQUÍVOCA

El apego a las categorías recibidas impide a los nuevos textos legales hacerse eco de los avances que en las últimas décadas han permitido una comprensión más adecuada de las distintas formas de actuación administrativa.

Las dos Leyes (en particular, en este caso, la 39/2015) siguen partiendo del presupuesto de que toda actividad administrativa está dirigida al dictado de un acto administrativo (con la única excepción de la potestad reglamentaria). El acto administrativo sería el idioma de la Administración y el procedimiento admi-

¹ No es ocioso recordar que aquí se encuentra una importante diferencia con el Derecho alemán, que el TJUE acaba de declarar, en una importante sentencia (de 15 de octubre de 2015, asunto C 137/14, *Comisión contra Alemania*) y en contra del criterio del Abogado General, que no infringe el Derecho de la UE (concretamente las Directivas sobre evaluación ambiental y sobre autorización ambiental integrada). Aunque no es éste el lugar para analizar en detalle dicha norma, el criterio del TJ se presta a consideraciones críticas y a mi juicio resulta más fundado el del Abogado General.

² A esta cuestión me he referido en el trabajo “Sanciones administrativas y responsabilidad civil: ¿puede declarar la Administración la responsabilidad civil del infractor frente al perjudicado por la infracción?”, de próxima aparición en el *Libro-Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, editado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, y antes en la entrada “Sanciones administrativas y responsabilidad civil” (<http://almacendederecho.org/sanciones-administrativas-y-responsabilidad-civil/>).

nistrativo (en general) estaría dirigido a la producción de actos administrativos. Sólo quedarían al margen los procedimientos no dirigidos a esa finalidad, reducidos en realidad al procedimiento reglamentario (o al de aprobación de Proyectos de Ley).

Ello supone olvidar que, junto a los actos administrativos y los reglamentos (incluyendo entre los actos administrativos, lógicamente, a los que se dictan en el procedimiento de preparación y adjudicación de contratos públicos, o en su ejecución o modificación, que no dejan de ser actos administrativos aunque tengan una regulación propia en la LCSP), también existe un amplio campo de actividad administrativa que no va dirigida a la producción de actos administrativos.³ A esta actividad podemos calificarla en muchos casos de informal y desde luego no constituye ejercicio de poder público, ni de potestades administrativas ni ejercicio de autoridad.⁴ Esta actividad administrativa, que va más allá de la actividad material o técnica y que incluye campos tan importantes como la actividad informativa o la de promoción informal o *lobby* es una actividad sometida a Derecho pero que no constituye ejercicio de poder público, de modo que ni da lugar a la producción de actos administrativos ni está obligada a respetar todos los rigores del procedimiento administrativo, entendiéndose por éste el procedimiento administrativo para la producción de actos administrativos⁵.

En este sentido, se echa de menos una regulación de esa actividad administrativa -aunque no constituya ejercicio de poder público-, del mismo modo que faltan mecanismos procesales adecuados para la tutela judicial frente a la misma⁶.

³ Al tema se ha referido J. M^a. BANO LEÓN, "La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados", *Documentación Administrativa*, nueva época, 2 (2015), págs. 6 y sigs.

⁴ Estas últimas son expresiones no completamente sinónimas, como pone de manifiesto el artículo 113 de la Ley 40/2015, que, en una de las escasas novedades del texto (a mi juicio escasamente positiva), admite que las sociedades mercantiles estatales (incluso con participación accionarial privada) puedan ejercer potestades administrativas que no impliquen el ejercicio de autoridad pública, en lo que constituye una distinción no fácil y relevante, por ejemplo, a la hora de interpretar la reserva de funcionario del art. 9.2 del EBEP (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre). Sobre esta última, *vid.* el reciente trabajo de J. JORDANO FRAGA, "Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios", *REDA*, 174 (2015), págs. 133-168.

⁵ A esta relación entre la gravedad de los efectos de las distintas formas de actuación administrativa y rigor del procedimiento exigido para su producción se refería ya J. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 1991, pág. 216: "Una Administración no dotada de excesivas potestades y privilegios puede permitirse el lujo de actuar ágil y expeditivamente, sin sujeción a formalidades rigurosas; en la situación actual, la Administración española es una máquina poderosa, armada hasta los dientes de todo tipo de poderes, pero extraordinariamente lenta y torpe". En Alemania es ya un lugar común el estudio de esas formas o instrumentos de la actuación administrativa distintos del reglamento, el contrato y el acto administrativo, y que no se reducen a la actividad material o técnica (*Realakte*), sino que incluyen también actos jurídicos, no dotados -eso sí- de los efectos propios de los actos administrativos. Pueden verse exposiciones generales muy precisas en H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 2011 (18ª ed.), § 15, números 1 y sigs., y en B. REMMERT, en ERICHSEN/EHLERS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, Berlin, 2006 (13ª ed.), § 15, o los capítulos 38 y 39 del vol. II de W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ASSMANN/A. VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Beck, München, 2012 (2ª ed.). En la doctrina española puede mencionarse el trabajo de F. VELASCO CABALLERO, *La información administrativa al público*, Montecorvo, Madrid, 1998. Dentro de los manuales, y sin ánimo de exhaustividad, recoge esta clase de actividad, por ejemplo, L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant, Valencia, 2014 (7ª ed.), pág. 312.

⁶ A esta cuestión me he referido en los artículos "Del recurso contra la vía de hecho al recurso contra la actividad material de la Administración", *Revista General de Derecho Administrativo*, 28 (2011), págs. 6-9, y "Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada", *RAP*, 189 (2012), págs. 41-73 (págs. 60-62).

III. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE APLICAR A LA LEY 39/2015 EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 40/2015

La Ley 40/2015 es una Ley de contenido heterogéneo, al incorporar la regulación material o sustantiva de la potestad sancionadora y de la responsabilidad patrimonial, junto al régimen de la organización administrativa. Sin embargo, en su parte más "organizativa" (la que incorpora casi todo el contenido de la LOFAGE), regula las características jurídicas de los distintos tipos de entes del sector público, con independencia del tipo de actividad que desarrollen (que es distinta en cada caso). Desde este punto de vista, tiene sentido que el concepto que delimita el ámbito de aplicación de la Ley sea el de "sector público" (concepto utilizado en el art. 136.2 CE), que hace referencia, del modo más amplio posible, al conjunto formado por las Administraciones Públicas y sus entes instrumentales, porque de lo que se trata es de evitar que haya entes que escapen a las normas del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Otra cosa sucede con la Ley 39/2015, que en su mayor parte sólo regula el ejercicio del poder público a través de actos administrativos. De ahí la mención, en su art. 2, al ejercicio de potestades administrativas como límite de su ámbito de aplicación, por ejemplo en el caso de los entes instrumentales jurídico-privados y de las Corporaciones de Derecho Público.

Delimitar el ámbito de aplicación de la Ley 39/2015 debería ser, por ello, mucho más sencillo, porque esa Ley se tendría que aplicar a



cualquier supuesto de ejercicio de poder público (o de potestades administrativas), con independencia de cuál sea el ente que lo ejerce. De ahí que buena parte de la regulación del artículo 2 sea ociosa.

Por la misma razón, la distinción entre los conceptos de “sector público” y “Administraciones Públicas” en el artículo 2 de la Ley 39/2015 está fuera de lugar por la sencilla razón de que, mientras que en la Ley 40/2015 puede haber preceptos que sólo se aplican a las AAPP y no al resto de entes del sector público (y desde luego los hay en la LCSP, de donde se toma la categoría), en la Ley 39/2015 no los hay, pudiendo afirmarse que el legislador, una vez terminado el artículo 2, se olvida literalmente de la distinción que en el mismo acaba de introducir.

IV. LA TENSION ENTRE LA UNIFICACIÓN Y LAS TENDENCIAS DISGREGADORAS: SORPRENDENTES PARADOJAS

1. El Estado incumple el artículo 149.1.18ª CE, al no respetar el mandato de que los ciudadanos reciban un tratamiento común ante todas las Administraciones Públicas

El artículo 149.1.18ª CE, que carece de paralelo en muchas constituciones similares (como la alemana), supone un importante avance hacia la unificación del Derecho administrativo (en su parte general), con el objetivo último de que a los ciudadanos se les apliquen siempre las mismas reglas en sus relaciones con las Administraciones Públicas, facilitando así que puedan conocerlas y defender mejor sus derechos.

Sorprendentemente, en la aplicación práctica de esta regla se ha llegado a la paradoja de que las CCAA respetan escrupulosamente la legislación estatal de procedimiento administrativo y de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, dispensando a los ciudadanos el mismo tratamiento sea cual sea la materia de competencia autonómica en la que éstos se ven sometidos a su intervención, mientras que la Administración del Estado no respeta su propia legislación común, sino que introduce continuas excepciones a la misma, al establecer, en la legislación sectorial de muchas materias, la cláusula de que a los procedimientos administrativos que se tramiten en ese sector se les aplicará preferentemente la normativa sectorial y sólo supletoriamente la legislación general (antes la LPC, ahora la Ley 39/2015). Así, ya la Ley 30/1992 reconoció la “especialidad” de la materia tributaria y la de seguridad social, añadiéndose después otras como las de extranjería, tráfico, contratos del sector público, defensa de la competencia o infracciones y sanciones en el orden social.

En todo caso, esta paradoja (los ciudadanos se ven sometidos siempre a las mismas reglas... salvo cuando entran en relación con la Administración del Estado, que les obliga a aprenderse unas reglas diferentes para cada ámbito material) plantea un problema de constitucionalidad, de posible infracción del artículo 149.1.18ª⁷.

⁷ Como ha dicho J. M. BAÑO LEÓN (“La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados”, cit., pág. 2 del artículo), “[e]l Estado que impone lo común a las demás Administraciones se desvincula a sí mismo de lo que considera básico”.

Me parece posible interpretar el artículo 149.1.18ª CE y su cláusula de garantía de un tratamiento común de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas, en el sentido de que este precepto tiene una *doble función*. Por un lado, y como ocurre con todos los demás apartados del artículo 149.1, obliga a que la legislación reguladora de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sea estatal. Pero, además, impone que sea *una sola legislación*, puesto que en otro caso difícilmente se podría garantizar ese tratamiento común. No olvidemos que el constituyente ha querido que el tratamiento único se consiga con la atribución de la potestad legislativa a un solo actor, por lo que considera que sólo la unificación legislativa garantiza un tratamiento común.

Desde este punto de vista, el artículo 149.1.18ª estaría apelando al concepto de “función constitucional” como un tercer criterio de ordenación dentro del sistema de fuentes junto a los de jerarquía y distribución de competencias (R. GÓMEZ-FERRER)⁸ Del mismo modo que determinadas materias están reservadas no a cualquier Ley estatal (ni a cualquier Ley Orgánica), sino precisamente a la LOPJ (art. 122.1 CE) o a la Ley de Presupuestos (art. 134), la regulación del procedimiento administrativo y de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas también debería estar contenida en legislación estatal y *ser única*. La situación actual sería, por tanto, contraria a la Constitución.

2. Nuevo avance de las tendencias disgregadoras con la Ley 39/2015: aplicación preferente de la normativa específica de las Universidades públicas y las Corporaciones de Derecho Público

Pero la Ley 39/2015 va más allá, abriendo nuevos espacios de particularismo y de disgregación normativa, seguramente contra la voluntad de sus redactores (y, por supuesto, de quienes la aprobaron en las Cortes). El artículo 2 establece, en efecto, que dicha Ley se aplicará a las Universidades públicas y a las Corporaciones de Derecho Público de forma únicamente supletoria, en defecto de lo que disponga “su normativa específica”.

El resultado práctico de esta previsión es que la “normativa específica” (concepto amplio que incluye a normas de rango legal y reglamentario, incluidas las aprobadas por esos mismos entes) de las Universidades públicas y las Corporaciones de Derecho Público va a aprobarse con preferencia sobre la Ley 39/2015, lo que reviste una extraordinaria importancia, pues la Ley 39/2015 regula nada menos que el procedimiento administrativo y el régimen de los actos administrativos, de modo que la normativa universitaria o la de los Colegios profesionales podrían, por ejemplo, establecer reglas específicas y distintas de las generales en aspectos como, por ejemplo, el régimen de los recursos administrativos, la notificación de los actos administrativos o el régimen de la nulidad de éstos.⁹ Esta norma no

⁸ La cita es al clásico artículo “Relaciones entre Leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”, *RAP*, 113 (1987), págs. 7-38, especialmente págs. 22-27.

⁹ La cuestión no es meramente teórica. En materia de recursos administrativos, la LOU prevé (artículo 66) una reclamación administrativa en los procedimientos de acreditación y en los concursos de acceso, en ambos casos en relación con los cuerpos docentes universitarios (es decir, profesorado fun-

sólo es criticable por razones de fondo, sino incluso meramente prácticas, puesto que en no pocos casos la normativa reglamentaria autónoma de todos estos entes (e incluso las normas sectoriales que los regulan, de procedencia estatal o autonómica) reproduce el tenor literal de preceptos de la legislación de procedimiento administrativo común y simplemente se queda desfasada por no incorporar sus modificaciones, sin que ello suponga voluntad alguna de adoptar una solución diferente a la general. Este fenómeno, hasta ahora inocuo como consecuencia de la preferente aplicación de la legislación común (la LPC), pasa a ser relevante, en la medida en que esa normativa particular se aplica con carácter preferente sobre la legislación de procedimiento administrativo común.

Puede ser contrario al artículo 149.1.18ª CE que el legislador estatal rompa la unidad del procedimiento administrativo común, al habilitar a entes como las Universidades públicas o las Corporaciones de Derecho Público para introducir peculiaridades sin ningún tipo de límite o criterio de orientación. Del mismo modo que las reservas de Ley establecidas en la Constitución se vulneran no sólo cuando se aprueba un reglamento que regula una materia reservada a la Ley, sino también cuando una Ley contiene una habilitación genérica e indeterminada en favor del reglamento, el mandato de tratamiento común de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas se vulnera cuando la Ley que debe establecerlo renuncia a hacerlo, declarándose a sí misma meramente supletoria frente al ordenamiento aplicable a determinados entes.

3. El contraste entre el particularismo y la generalización de experiencias sectoriales

La mencionada concesión de la Ley 39/2015 en favor del particularismo, contrasta con el hecho de que esta Ley se caracteriza por generalizar determinadas experiencias sectoriales, extendiendo a todos los campos, sin demasiada justificación, reglas muy particulares.

cionario). Aunque esta vía de recurso (que es necesario agotar para acudir al contencioso-administrativo) no se ajusta a las previsiones del artículo 107 LPC (no es un recurso de alzada ni de reposición), se entiende aplicable en virtud del principio de especialidad: la LOU es una Ley estatal que prevalece sobre la LPC. Pero en el caso de otras plazas (profesorado contratado) son simples reglamentos universitarios los que crean vías de recurso similares a la contemplada por la LOU, pudiendo citarse como ejemplo el Reglamento de la Universidad de Oviedo para los concursos de provisión de plazas de Cuerpos docentes universitarios en régimen de interinidad y de personal docente e investigador contratado en régimen de derecho laboral, publicado en el BOPA de 1 de julio de 2008. La jurisprudencia ha dicho que el recurso contencioso-administrativo es admisible aunque no se haya agotado esa vía de recurso, al no ser conforme con la legislación de procedimiento administrativo común. Así lo reconoce la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (recurso contencioso-administrativo 697/2008) del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo (de la que fue ponente el actual Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, Sr. Chaves): "(...) por lo que se refiere al motivo de inadmisibilidad, (...) no puede aceptarse ya que el art. 107.2 de la ley 30/1992 es muy claro cuando impone la reserva de ley formal para establecer procedimientos de reclamaciones o recursos que sustituyan los recursos típicos (reposición y alzada). De ahí que un simple acuerdo normativo adoptado por la Universidad, que está dotada de autonomía pero sin potestad legislativa, no presta amparo jurídico suficiente para la implantación de una suerte de "recurso especial", bajo el ropaje de reclamación administrativa, que además incluye plazos fugaces e inferiores a los propios de un recurso de alzada, sin que pueda aceptarse una modificación reglamentaria del régimen sustantivo y básico de garantías de los recursos administrativos". Ahora mismo sería ya difícil hacer esta afirmación, ante el "desarme" de la legislación de procedimiento administrativo común.

Un claro ejemplo es el deber de colaboración del artículo 18, que viene a generalizar las obligaciones que hasta ahora se prevenían sólo en determinados ámbitos como el tributario, el de la defensa de la competencia o el del mercado de valores. En la medida en que el TC (a partir de su sentencia 76/1990) ha aceptado la constitucionalidad de estos deberes de colaboración a la vista de las circunstancias cada sector en particular (por ejemplo el tributario), es decir, de que resultaban justificados *en el caso concreto*, parece difícil aceptar que este deber de colaboración pueda establecerse de forma genérica e indiscriminada¹⁰.

Algo parecido sucede con el artículo 62.4, que generaliza a todos los procedimientos sancionadores la denominada "clemencia" hasta ahora prevista en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), en cuya virtud se reconoce, al infractor que aporte a la Administración pruebas de la conducta de otros infractores, el derecho a no ser sancionado –cuando se trate del primer infractor denunciante– o a una reducción de la infracción –cuando la información aportada no sea tan determinante. Parece demasiado brusco el salto desde un sector muy concreto y exhaustivamente analizado (el de la competencia) al anchísimo mundo de la potestad sancionadora en general, en el que existen múltiples casos particulares sobre los que no se ha reflexionado y en los que esta novedad puede acabar siendo contraproducente.

También se inscriben en esta tendencia las "medidas provisionales" (es decir, medidas cautelares) del procedimiento administrativo, reguladas en el artículo 56 (equivalente al 72 de la Ley 30/1992). El nuevo apartado 3 del artículo 56, que enumera –tomando como modelo a la LEC– una larga lista (no exhaustiva) de medidas provisionales que la Administración puede adoptar en todo procedimiento administrativo, sin necesidad de habilitación expresa, no supone en sí mismo una gran novedad, porque la cláusula general (apartado 1 del artículo), que no ha variado, ya permitía al órgano competente "adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, *las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer*, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello". Por tanto, en esa cláusula general ya cabían las medidas que ahora se enumeran en el apartado 3. Si acaso se limita la cláusula general añadiendo su sometimiento a los "principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad"¹¹.

¹⁰ Esta previsión ha recibido críticas severas de 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", *Documentación Administrativa*, nueva época, 2 (2015), págs. 8-9, J. Mª. BAÑO LEÓN, "Súbditos de la Administración", *El País*, 11 de mayo de 2016, o M. SÁNCHEZ MORÓN, "Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas", *El Cronista*, 57 (2016), págs. 18-27, págs. 25-26.

¹¹ El funcionamiento de las medidas provisionales exige, de todos modos, una serie de cautelas en el procedimiento administrativo, que brillan por su ausencia en la Ley. El paralelismo con las medidas cautelares del proceso judicial no puede tomarse al pie de la letra, porque la Administración es juez y parte en el procedimiento administrativo. Además, se corre el riesgo de que la Administración inicie el procedimiento y de ese modo adopte con facilidad una medida provisional que en cierto modo constituye para ella un fin en sí misma, perdiendo a continuación todo interés en impulsarlo. En este sentido, parece claro que la medida no se extinguirá sólo "cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente" (art. 56.5), sino también en caso de caducidad e incluso sería necesario prever



Con todo, sí se han producido cambios que amplían, y además de manera general, la adopción de medidas cautelares que pueden ser gravemente limitativas de los derechos de los interesados. De entrada –aunque puede tratarse de una cuestión relativamente menor– la nueva Ley ya no exige una previsión legal expresa para la adopción de medidas “provisionalísimas”, es decir, anteriores a la iniciación del procedimiento administrativo.¹² Pero, sobre todo, la disolución de la regulación del procedimiento administrativo sancionador dentro de la regu-

otros sucesos de inactividad procedimental. En un supuesto especialmente claro, la sentencia del TSJ de Asturias de 13 de octubre de 2010 (recurso contencioso-administrativo 1485/2008) estima el recurso interpuesto contra una orden de paralización de obras dictada en aplicación del artículo 103 de la Ley de Costas, debido a que la Administración no había incoado procedimiento sancionador por la obra que había sido objeto de suspensión: “la paralización de la obra es una medida cautelar que debe acordarse a la vista de las circunstancias del caso, previas las diligencias oportunas (artículo 102), cuando éstos muestren una apariencia de ilegalidad, que reclama el interés de la adopción tanto por la Ley como del propio administrado, para mantener la situación actual hasta la decisión del expediente sancionador, siendo así que la paralización de la obra, y en su caso el precinto, es una consecuencia necesaria de la incoación del procedimiento sancionador (...) aunque pueda admitirse una apariencia de ilegalidad en las concretas obras que nos ocupan, lo decisivo, en el presente caso, es que no se ha acreditado la incoación de un procedimiento sancionador alguno en cuyo seno se acordase la paralización de la obra, por lo que dicha medida debe ser anulada”.

¹² El art. 72.2 de la LPC decía que esas medidas sólo podrían adoptarse “en los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de Ley”. En cambio, el nuevo artículo 56.2 dice que la Administración podrá adoptar “de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas”. El resto del régimen de las medidas provisionalísimas, incluida la obligación de iniciar el procedimiento y decidir sobre la confirmación, modificación o extinción de las medidas en el plazo de quince días, no varía.

lación general, que es –en mi opinión– uno de los mayores defectos de la nueva Ley, ha conducido a la silenciosa supresión de la exigencia de una habilitación normativa que hasta ahora existía para la adopción de medidas cautelares en los procedimientos sancionadores, en los que a partir de ahora podrán adoptarse medidas provisionales con la misma facilidad que en los demás.¹³ Ello puede causar problemas a la hora de interpretar las normas que prevén medidas provisionales en los procedimientos sancionadores, puesto que se trata de normas que habilitaban a la Administración a hacer algo que no podía llevar a cabo en ausencia de norma, mientras que a partir de ahora serán normas inútiles o limitativas¹⁴.

Este último ejemplo muestra bien a las claras cómo surgen las novedades de las Leyes 39 y 40 de 2015: no de forma expresa y motivada, sino como el fruto, con frecuencia no deseado, de operaciones de mera reescritura o desplazamiento de preceptos que aparentemente no experimentan variación alguna. No es una buena muestra de “regulación inteligente”.

V. EL CONTINUISMO DE LA REGULACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El régimen de los actos administrativos, que constituye –y así lo reconoce el artículo 1.1 de la Ley– uno los núcleos de su contenido, reproduce sustancialmente el contenido de la LPC.

Así, el artículo 34 es idéntico al antiguo artículo 53. El 35 (sobre la motivación) también es igual al 54, con pequeñas modificaciones que se comentarán a continuación. El artículo 36 (forma de los actos) reproduce el 55, con la única matización de que los actos se producirán “por escrito [como hasta ahora] a través de medios electrónicos”. El artículo 37 (inderogabilidad singular), aunque también reproduce preceptos anteriores, tiene peculiaridades que también se comentarán en el epígrafe siguiente. El artículo 38 (ejecutividad) es idéntico al 56, mientras que el 39 (efectos) reproduce el antiguo artículo 57 en sus tres primeros apartados, mientras que los dos siguientes son nuevos y serán comentados en el epígrafe 6.

Contienen algunas novedades (que se comentarán en el epígrafe 8) los artículos 40-46, relativos a la comunicación de los actos administrativos (notificación y publicación). Por el contrario, no hay cambios en lo relativo a la invalidez: los artículos 47-52 reproducen el contenido de los artículos 62-67 de la LPC. Tampoco hay prácticamente cambio alguno en la regulación de la ejecución de los actos administrativos (artículos 97-105,

¹³ El artículo 136 de la LPC, que disponía que “[c]uando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer”, carece de paralelo en la Ley 39/2015, cuyo artículo 56 se aplicará también a los procedimientos sancionadores.

¹⁴ Un buen ejemplo es el artículo 98.3 del Estatuto Básico del Empleado Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), que no ha sido derogado por la Ley 39/2015 (de hecho, la refundición es posterior a la publicación de la nueva Ley, aunque no a su entrada en vigor) y cuyo apartado 3 reproduce el texto del artículo 136 LPC, partiendo, por tanto, de que sólo pueden aplicarse las medidas provisionales expresamente previstas. Además, a continuación impone un límite máximo a la suspensión provisional.

que reproducen los artículos 93-101 de la LPC, con cambios mínimos y poco significativos)¹⁵.

El artículo 35, relativo a la motivación, mantiene lo fundamental de la regulación anterior, es decir, que sólo es necesario motivar “con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho” los actos incluidos en una lista, así como “los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”. La mayoría de las novedades (no demasiado abundantes) en esa lista son poco relevantes o ya eran objeto de motivación. Así, ahora se exige motivar no sólo los actos que resuelven procedimientos de revisión o recurso administrativo, sino también “los que declaren su inadmisión”. Aunque técnicamente la inadmisión puede ser considerada distinta de la resolución (que quedaría reducida a los supuestos en que se entra al fondo del asunto), entiendo que ordinariamente las resoluciones de inadmisión también se venían motivando, aunque la motivación se limita a razonar la concurrencia de la causa de inadmisión. Siendo nueva (en realidad, tomada literalmente del artículo 20.1 del Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora, aprobado por RD 1398/1993) la previsión de las actuaciones complementarias del artículo 87 (similares a las diligencias finales del proceso judicial), tiene sentido que se exija que se motive su realización [artículo 35.1.e) *in fine*].

Algunas de las supuestas novedades del artículo 35 lo son únicamente desde un punto de vista sistemático, porque la LPC o sus normas de desarrollo ya exigían la motivación, aunque no lo hiciera su artículo 54: así, los “actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados” (que debían motivarse en virtud del artículo 80.3 de la LPC), las resoluciones sancionadoras (artículo 138.1 LPC), las resoluciones de los procedimientos de responsabilidad patrimonial (cuya necesaria motivación se deduce del artículo 13 del Reglamento, aprobado por RD 429/1993) o las propuestas de resolución de los procedimientos sancionadores (artículo 18 del Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora)¹⁶.

Por lo que respecta a “[l]os actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio” [artículo 35.1.g)], parece claramente emparentada con el artículo 21.1, párrafo 2º, es decir, la necesidad de evitar que se eluda la obligación de motivar en aquellos casos en que técnicamente no se dicta una resolución sobre el fondo del asunto,

¹⁵ Esas novedades respecto a los preceptos correspondientes de la LPC consisten en primer lugar en la previsión, en el artículo 98.2 de la Ley 39/2015, de los medios de pago de las obligaciones frente a la Hacienda pública, incluyendo algunos como las tarjetas de crédito y débito, ya usuales, por ejemplo, para el pago de sanciones de tráfico, y ya previstos en el artículo 34.1 del Reglamento General de Recaudación. El artículo 100.3 puntualiza que será precisa autorización judicial para entrar en el domicilio del afectado “o en los restantes lugares que requieran autorización de su titular”, haciéndose eco de la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 18.2 de la Constitución. En el artículo 105 se sustituye “interdictos” por “acciones posesorias”, siguiendo la terminología de la LEC de 2000.

¹⁶ La motivación de la propuesta de resolución de los procedimientos sancionadores tiene un fundamento especial en los principios básicos del procedimiento penal, cuyas garantías han de respetarse también en el procedimiento sancionador (sin que sea admisible posponerlos al posterior contencioso-administrativo). El acusado ha de tener la última palabra y conocer completamente la acusación, lo que exige que se motive la propuesta de resolución.

to, pero tampoco continúa el procedimiento. Sin embargo, tal como está regulado el supuesto, hay que motivar la terminación anormal del procedimiento también en casos en que no sería necesario motivar la resolución de fondo.

VI. LA MENCIÓN DEL PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR: UNA CAUSA DE NULIDAD EXTRAVAGANTE

El artículo 37 de la Ley 39/2015 regula el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Su primer párrafo procede (con ligeras variaciones) del artículo 52.2 de la LPC, mientras que el segundo (“son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, así como aquellas que incurran en alguna de las causas recogidas en el artículo 47”) tiene su origen en el artículo 23.4 de la Ley del Gobierno, aunque en ésta tenía mucha menos visibilidad y relevancia, entre otras cosas porque sólo se aplicaba a los reglamentos del Gobierno (de la nación), no a otros, y no se había integrado en el régimen general de la nulidad de los actos administrativos¹⁷.

Como ha recordado recientemente S. MUÑOZ MACHADO, el principio de inderogabilidad singular “podría deducirse de la aplicación de algunos de los principios generales” sobre la potestad reglamentaria, en particular el de legalidad, aunque “se ha preferido incluir como una limitación expresa”, algo que –añado ahora– no se ha hecho, o al menos no con tanta insistencia, en otras tradiciones jurídico-administrativas como la alemana.¹⁸ De hecho, la propia necesidad de subrayar este principio se debe muy probablemente al inicial oscurecimiento de la distinción entre actos administrativos y reglamentos, producto, como puso de manifiesto el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en un trabajo temprano y fundacional, de la forma equívoca de designar a los reglamentos como “disposiciones generales” y a los actos como “resoluciones de carácter particular”, equívoco que sorprendentemente mantiene la Ley 39/2015 en su artículo 37.1.¹⁹ Parece evidente que si prescindimos de este equívoco y tenemos presente la radical heterogeneidad entre reglamentos y actos (aquéllos son normas mientras que éstos son actos de aplicación), ya no es necesario destacar específicamente el principio de inderogabilidad, que resulta una consecuencia más del principio de legalidad del artículo 103.1 de la Constitución²⁰.

Sea como fuere, el artículo 37.2 irrumpe (con el precedente textual del artículo 23.4 de la Ley del Gobierno, aunque con mucha mayor repercusión por estar incluido en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común) de forma

¹⁷ De hecho, la doctrina no lo tiene en cuenta al estudiar la nulidad de los actos administrativos, ni siquiera al abordar la remisión a causas de nulidad previstas en otras Leyes, que se contiene en el artículo 62.1.g) LPC.

¹⁸ Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, BOE, 2015 (4ª ed.), tomo VII, págs. 323-325.

¹⁹ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, trabajo publicado en la RAP en 1959 pero que aquí se cita por el libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981 (2ª ed.), págs. 238-239.

²⁰ En la doctrina alemana no se tematiza este principio autónomamente. En la doctrina más clásica [por ejemplo, O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1924 (3ª ed.), vol. I, págs. 80-81], se estudia como un desarrollo o caso particular del principio de legalidad (la norma jurídica vincula a la Administración incluso cuando procede de ella misma).

perturbadora en la regulación de la *nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, configurando un supuesto nuevo de nulidad que se añade -y así se dice, expresamente- a los enumerados en el artículo 47 (el equivalente al 62 de la LPC)²¹.

Me parece dogmáticamente erróneo calificar como nulos de pleno derecho a todos los actos administrativos que vulneren un reglamento, porque ello equivale a convertir a la nulidad en el régimen normal de los actos administrativos ilegales, mientras que la Ley 39/2015, al igual que las precedentes, mantiene la posición asumida invariablemente en el Derecho comparado, consistente en que los actos administrativos ilegales son, por regla general, anulables, salvo en aquellos casos concretos en que concurre alguna causa de nulidad de pleno derecho.

Parece evidente que, si los actos que vulneran reglamentos fueran nulos de pleno derecho, con mucha mayor razón deberían serlo también los que vulneren una Ley o, con más razón aún, los que vulneren la Constitución. Por ello, la causa de nulidad del artículo 37.2, tomada en serio, vaciaría de contenido la regla de la anulabilidad de los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico (que se proclama aún en el artículo 47.2), provocando *de facto* la aplicación de una regla de sentido opuesto.

Por esta razón no es difícil vaticinar que no se reconocerá en el artículo 37.2 una auténtica causa de nulidad radical que se sume a las del artículo 47, a pesar de lo que dispone su tenor literal. Seguramente el argumento que permitirá llegar a esa conclusión lo encontramos en el artículo 106. Este precepto, equivalente al 102 de la Ley 30/1992, establece la principal consecuencia práctica de la nulidad de un acto administrativo: la posibilidad de declarar esa nulidad, de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento, aunque el acto haya ganado firmeza. El artículo 106, siguiendo la literalidad del artículo 102 de la Ley derogada, no refiere el cauce de la declaración de nulidad a “los actos nulos de pleno derecho”, sino que habla de “los supuestos previstos en el artículo 47.1”, lo que puede dar pie a sostener que la nulidad de que habla el 37.2 no es una nulidad auténtica porque le falta la principal de sus consecuencias, como es la aplicación de la potestad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho.

VII. UNA DE LAS ESCASAS NOVEDADES VOLUNTARIAS: “OBEDÉZCASE PERO NO SE CUMPLA” EN LOS APARTADOS 4 Y 5 DEL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 39/2015

En el texto de la Ley 39/2015, que en tantos aspectos reproduce fielmente el de la LPC, llaman poderosamente la atención los

²¹ A este problema se refirió, ya en fase de Anteproyecto, y en el mismo sentido crítico, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Una incertidumbre similar produce el artículo 37 del PLPAC, que, tras enunciar correctamente en su apartado 1 el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, incurre en un notorio exceso verbal en su apartado 2, al vaciar -al menos, aparentemente- de contenido la clásica distinción entre actos nulos de pleno derecho y anulables que se conserva en los artículos 47 y 48. No es ni puede ser cierto, evidentemente, que las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria sean en todo caso nulas (además de las que incurran en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho); es seguro que el precepto quiere expresar otra idea; pero ésta no se deduce en absoluto de su texto” [*Documentación Administrativa*, nueva época, 2 (2015), pág. 5], así como M. SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pág. 24.

apartados 4 y 5 del artículo 39, a los que no se hace ninguna referencia aclaratoria en la Exposición de Motivos, ni en el dictamen del Consejo de Estado.

El artículo 39.4 dispone que “[l]as normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas [*sic*] por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración”.

Es difícil no pensar que el redactor de este texto ha pretendido evitar la invocación de la vieja doctrina defendida por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en los años 50 (e incorporada hasta hoy mismo al *Curso de Derecho Administrativo*, escrito con el profesor T.-R. FERNÁNDEZ) según la cual los reglamentos ilegales, al ser nulos, no producen efecto alguno y pueden ser inaplicados no sólo por los jueces, sino también por cualquier otro destinatario de los mismos, de tal modo que su cotidiana aplicación por los funcionarios de la Administración que los ha dictado no desmiente esa regla, sino que se explica por la dependencia jerárquica en que se encuentran esos funcionarios respecto al órgano que ha dictado el reglamento, y no porque éste produzca efectos jurídicos, que no los produce²².

Esta tesis, perfectamente razonada desde el concepto de nulidad radical y especialmente liberadora cuando se puso en circulación en el contexto de un régimen dictatorial (que reconocía un limitado cauce al recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y a la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos), y que a la vez tenía escasa virtualidad práctica en un Estado centralizado en el que casi todos los aplicadores administrativos de los reglamentos dependían jerárquicamente del autor de éstos, podría encontrar mayor acogida en un Estado compuesto en el que las competencias se encuentran repartidas y compartidas entre distintos entes públicos no ordenados jerárquicamente entre sí. Baste pensar en lo que sucede en el ámbito de la enseñanza no universitaria, donde el Estado aprueba las Leyes y los reglamentos y adopta actos administrativos de alcance general que actúan como un parámetro vinculante para la gestión administrativa, que -por su parte- corresponde a las Comunidades Autónomas que en no pocos casos se encuentran enfrentadas a la política ministerial. Por ello todo el precepto -y, en particular, la puntualización de que tampoco pueden dejar de observar los actos o normas de una Administración quienes pertenezcan a otra o no dependen jerárquicamente del órgano que los ha dictado- parece dirigido a rectificar esa tesis sobre los efectos (o la falta de efectos) de los actos o reglamentos nulos, evitando que alguien justifique la eventual inaplicación por las Comunidades Autónomas de un reglamento o un acto administrativo estatales apelando a su nulidad y a la falta de dependencia jerárquica del aplicador frente al órgano autor del reglamento.

²² Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981 (2ª ed., la primera es de 1970), pág. 14 [“cualquier destinatario, por consiguiente, puede rehusar (...) la aplicación del Reglamento ilegal, y no sólo propiamente puede, sino que debe hacerlo, ya que en otro caso desobedecería el mandato de la Ley superior que el Reglamento desatiende o abiertamente infringe”] y 17 [“el cumplimiento de un Reglamento supuestamente ilegal puede, pues, imponerse al funcionario por órdenes o directivas jerárquicas, singulares o generales, pero en modo alguno en ausencia de esas órdenes, o cuando las mismas no le alcanzan por su posición funcional no jerárquica”]. En términos similares en el *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 2015 (17ª ed.), págs. 252-253.

Aunque la nueva disposición carece -hasta donde conozco- de precedentes inmediatos, seguramente supone una concreción del mandato de “respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias”, que es uno de los corolarios del principio de lealtad institucional, proclamado como principio de las relaciones entre las Administraciones Públicas por el artículo 4 LPC.

Con independencia de las cuestiones de principio, el precepto tiene, en mi opinión, otro detalle cuestionable cuando dice que deberán ser observadas en todo caso “[l]as normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones *en el ejercicio de su propia competencia*”. Este inciso vuelve a introducir por la ventana la potestad de examen y de inaplicación que se ha querido expulsar por la puerta, porque quien quiera inobservar una norma o un acto podrá alegar que respeta plenamente el mandato de observar los actos de otra Administración, pero que ese acto concreto supone una extralimitación competencial, una especie de “vía de hecho” que justificaría la inobservancia porque no se encuentra cubierto por el artículo 39.4.

No acaban aquí las sorpresas, porque el artículo 39.5 “compensa” este deber de observar en todo caso los actos dictados por otras Administraciones con el recordatorio de la posibilidad de impugnarlos (que ya existía en todo caso, aunque no lo mencionara el artículo 39.5) y con la novedad de que esa impugnación produce automáticamente la suspensión del procedimiento en el que la Administración discrepante se encontraba obligada a aplicar ese acto, procedente de otra Administración, que considera ilegal.²³ Esta previsión me parece poco coherente con el régimen general de suspensión cautelar de los actos impugnados en vía contencioso-administrativa y, por otro lado, no facilita el objetivo perseguido por la norma, es decir, evitar que la discrepancia de otra Administración sobre la legalidad de un acto administrativo paralice su aplicación práctica.

La suspensión de un procedimiento administrativo en el que resulte determinante un determinado acto que ha sido recurrido, no equivale a la suspensión cautelar de éste, puesto que su eficacia se desarrolla en múltiples direcciones y dicha suspensión sólo afecta a una de ellas. Sin embargo, sí equivale a una suspensión *parcial* del acto impugnado, que queda suspendido *en relación con esa Administración Pública* (aunque no en relación con otras, ni con los particulares). Resulta, en ese sentido, sorprendente que, en un sistema en el que los recursos contencioso-administrativos no tienen *nunca* efecto suspensivo automático, en este caso sí lo tengan, aunque sea parcial. Teniendo en cuenta la larga duración de un proceso contencioso-administrativo, la referida suspensión (que podría tener un efecto imitación en otras Administraciones igualmente discre-

pantes) alterará la aplicación del acto administrativo recurrido, de modo que sí equivale a una inaplicación (aunque sea temporal) del acto²⁴.

Es de destacar que, aunque el artículo 39.4 habla de “actos” y “normas” como posible objeto de esa prohibición de inobservancia, el apartado 5, al regular la impugnación, sólo se acuerda de los actos, no de las normas, lo que no parece demasiado justificado.

Lo dispuesto en el artículo 39.5 plantea, además, la duda de si la impugnación por parte de la Administración discrepante reabre los plazos de recurso del acto administrativo en cuestión. En aquellos casos en que el acto administrativo no haya sido notificado a la Administración que en un momento dado se ve obligada a tenerlo en cuenta al ejercer sus propias potestades, cabe preguntarse si ya no puede impugnarlo o si, como parece dar a entender el 39.5 (así como el 44.2 de la LJ), el plazo de impugnación corre para ella desde que tiene conocimiento del acto (lo que se producirá cuando tenga la necesidad de aplicarlo), lo que permitiría reabrir un plazo de impugnación que para otros interesados ya estará cerrado.

VIII. LOS RETOQUES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

La regulación del silencio administrativo sólo experimenta ligeros cambios con la nueva Ley 39/2015. Se incorporan algunos nuevos supuestos de silencio desestimatorio (la regla general sigue siendo que el silencio administrativo produce efecto estimatorio o positivo).

Así, el silencio será desestimatorio cuando lo establezca una norma “de Derecho internacional aplicable en España” (y no sólo, como hasta ahora, una norma de Derecho de la Unión Europea), tal como dispone el artículo 24.1, párrafo 1º. La novedad es irrelevante, porque dada la superioridad de los tratados internacionales sobre el Derecho interno una vez publicados oficialmente en España (artículo 96.1 de la Constitución), sus normas también prevalecerían sobre la regulación interna del silencio administrativo.

En realidad, no vamos a encontrar muchas normas internacionales o de Derecho europeo que impongan en un caso concreto que el silencio tenga eficacia desestimatoria. Lo que sí sucede (y aquí es donde surge la eventual discrepancia) es que no pocas normas comunitarias son interpretadas por el TJUE en el sentido de que exigen un pronunciamiento expreso de la Administración española, precedido de las fases y garantías procedimentales que en ellas se prevén, sin que sea admisible equiparar a dicho pronunciamiento expreso y con garantías la pura y simple inactividad de la Administración.²⁵ El silencio administrativo puede suponer por ello

²³ En coherencia con este precepto, el artículo 22.2.a) recoge el siguiente supuesto de suspensión del transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la suspensión: “Cuando una Administración Pública requiera a otra para que anule o revise un acto que entienda que es ilegal y que constituya la base para el que la primera haya de dictar en el ámbito de sus competencias, en el supuesto al que se refiere el apartado 5 del artículo 39 de esta Ley, desde que se realiza el requerimiento hasta que se atienda o, en su caso, se resuelva el recurso interpuesto ante la jurisdicción contencioso administrativa. Deberá ser comunicado a los interesados tanto la realización del requerimiento, como su cumplimiento o, en su caso, la resolución del correspondiente recurso contencioso-administrativo”.

²⁴ Además, en estos casos probablemente no se aplicaría el procedimiento previsto en el artículo 127 de la LJ, porque el acto o reglamentos impugnados no están, en sentido estricto, suspendidos.

²⁵ Así, la sentencia de 6 de noviembre de 2008 (asunto C-381/07, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières*) dice, respecto a las autorizaciones de vertidos en el medio acuático reguladas en la Directiva 2006/11, que “una autorización previa en el sentido del artículo 6, apartado 2, de la Direc-

un conflicto con la normativa europea o internacional, que gozan de primacía.

El TJ apunta así a la principal deficiencia del silencio administrativo. Éste “castiga” la negligencia de la Administración, otorgando al solicitante lo que ha pedido y evitando que sufra las consecuencias de aquella negligencia. Pero esa visión, para la que sólo existen dos intereses, el de la Administración y el del solicitante, olvida que la intervención administrativa no está prevista para defender su interés subjetivo, sino intereses públicos y de terceros, que no pueden ser “castigados” mediante el otorgamiento de autorizaciones automáticas a proyectos sin que nadie haya comprobado su inocuidad. El silencio positivo es una reacción muy tosca ante el mal funcionamiento de la Administración, ante el que seguramente se debería reaccionar con una revisión crítica de algunas intervenciones administrativas (optando por su supresión si no son necesarias o si la Administración no dispone de los medios necesarios para aplicarlas y no se la quiere dotar de esos medios) o por la aplicación de remedios serios que pongan fin a ese mal funcionamiento.

Precisamente para evitar ese tipo de conflictos con el Derecho europeo, se introduce como nuevo supuesto de silencio negativo “el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente” (artículo 24.1, párrafo 2º), reguladas en muchos casos por normas comunitarias. Este supuesto ha sido justamente criticado por su ambigüedad e indeterminación,²⁶ siendo clara, en mi opinión, la razón de que haya sido incorporado a la Ley.

Por otro lado, se limita la regla según la cual, aunque el silencio administrativo es desestimatorio en los recursos administrativos, será positivo cuando se interponga recurso de alzada frente a una desestimación presunta (art. 43.1, párrafo 2º, *in fine*, de la LPC). La finalidad es clara: obligar a la Administración a pronunciarse expresamente al menos una vez, pues sabe que si se mantiene inactiva tanto ante la solicitud inicial como ante el recurso de alzada, se producirá la estimación presunta de aquella solicitud. El artículo 24.1, párrafo 3º, de la Ley 39/2015, dice que esa regla no se aplica en las materias enumeradas en el artículo 24.1, párrafo 2º, es decir, aquéllas en las que el silencio es siempre desestimatorio por exigencias de la propia materia, sin necesidad de que una Ley le otorgue ese efecto desestimatorio.²⁷ Este cambio, que ya había sido parcialmente adelantado por la jurisprudencia (sentencia de 8 de enero de 2013, recurso

de casación 3558/2010), tiene sentido, aunque lo cierto es que, tomado literalmente, sí se admite que el recurso de alzada tenga efecto estimatorio en otros casos en que no debería tenerlo, como por ejemplo cuando una norma de Derecho europeo o internacional impone el silencio negativo (si bien ya sabemos que en estos casos la norma europea o internacional prevalece por el principio de primacía o por el artículo 96.1 de la Constitución).

Por último, hay que mencionar, por su incidencia indirecta en el funcionamiento del silencio administrativo, la inclusión de algunos nuevos supuestos de suspensión del plazo para dictar y notificar la resolución (artículo 22), como la existencia de un procedimiento comunitario que “condiciones directamente el contenido de la resolución”, la prejudicialidad, la realización de actuaciones complementarias o la recusación (eliminándose así la posibilidad de recusaciones puramente dilatorias, dirigidas a obtener la caducidad o el silencio estimatorio). El supuesto previsto en el artículo 22.2.a) está directamente relacionado con el mecanismo de impugnación previsto en el artículo 39, analizado en el epígrafe anterior.

IX. LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN)

Dejando a un lado las cuestiones relativas a las notificaciones electrónicas (analizadas en este mismo número por E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN), deben mencionarse algunas novedades en esta importante materia. Así, el artículo 40 reproduce el 58 de la LPC pero precisa que la notificación la llevará a cabo “el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos” y también añade la importante habilitación que dice que “[l]as Administraciones Públicas podrán adoptar las medidas que consideren necesarias para la protección de los datos personales que consten en las resoluciones y actos administrativos, cuando éstos tengan por destinatarios a más de un interesado”.

Son interesantes dos precisiones en relación con la notificación en papel. La primera de ellas, tomada directamente de la LEC (art. 161.3), establece que sólo los mayores de catorce años podrán hacerse cargo de las notificaciones en ausencia del interesado (artículo 42.2 de la Ley 39/2015). En segundo lugar, se mejora la regulación del segundo intento de notificación, que se realizará, igual que decía el art. 59.2 LPC, “por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes”. A fin de que ese concepto de “una hora distinta” (que había sido interpretado literalmente por la jurisprudencia, de modo que sólo exigía esperar 60 minutos) sea más útil y resulte más probable encontrar al interesado, la Ley lo precisa de este modo: “En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación”. ♦

tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”.

tiva 2006/11 implica un examen caso por caso de todas las solicitudes presentadas con este fin y que no puede ser tácita (véase, tratándose en particular del artículo 7 de la Directiva 76/464, sentencia de 14 de junio de 2001, Comisión/Bélgica, C-230/00, Rec. p. I-4591, apartado 16). En su sentencia de 28 de febrero de 1991 (asunto C-360/87, Comisión contra Italia), el TJ declaró que Italia había incumplido la Directiva 80/68/CEE, sobre protección de las aguas subterráneas, al disponer que la autorización previa que esa Directiva exigía para los vertidos, fuera sustituida por una autorización tácita que se entendía concedida si la Administración no respondía en un determinado plazo a la declaración del vertido. En los párrafos 30-31, el Tribunal razona que una autorización tácita no cumple la Directiva porque no es precedida de los controles que la Directiva exige para que pueda otorgarse una autorización. En esta línea se dictó después la sentencia de 14 de junio de 2001 (asunto C-230/00, Comisión contra Bélgica) y la citada al inicio de esta nota.

²⁶ Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, “Los Proyectos”, *op. cit.*, pág. 8.

²⁷ Se trata de “los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación