

# UN PUNTO DE VISTA SOBRE LA NUEVA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE 1992

Por  
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo de 26 de noviembre de 1992 es una Ley capital en la construcción del sistema jurídico español entero.

La materia tiene entre nosotros una tradición más que secular. En 1889 don Gumersindo de AZCÁRATE, famoso por otros trabajos, presentó en las Cortes una proposición de Ley, fruto de su gran sentido —AZCÁRATE no fue nunca un iuspublicista estricto—, que iba a convertirse en la primera ley del mundo sobre el procedimiento administrativo, la Ley de 19 de octubre de 1889. Sólo eso singulariza ya a esa Ley, la cual también acertó a establecer una serie de principios significativos, y ya asentados como permanentes, y casi como obvios, sobre ese procedimiento, como la formación de expedientes, el establecimiento de registros para anotar las entradas y salidas documentales en las oficinas públicas, el trámite de audiencia de los interesados en los expedientes, las exigencias formales de las notificaciones, etc. La Ley, sin embargo, falló en algo importante, la remisión de su desarrollo a Reglamentos dictados por cada Ministerio (sin duda por pensar en la dificultad de unificar procedimientos múltiples, muy disímiles, unificación que ni siquiera intentarían tales Reglamentos, por lo demás) y la entrega a esos Reglamentos del régimen de los recursos gubernativos o en vía administrativa, que pasaron a ser singulares en cada dependencia administrativa, lo que, evidentemente, nada justificaba. La ulterior Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 corrigió esas deficiencias y acertó, en un texto simple y dotado a la vez de rigor técnico, a organizar nuestro procedimiento administrativo general sobre principios bien articulados, que han gobernado eficazmente treinta y cinco años de nuestra vida administrativa, entrando así en los hábitos, tanto generales como burocráticos. La Ley ha sido transcrita más o menos literalmente en varios países hispanoamericanos y,

habiéndose significado en el Derecho comparado, ha ejercido, además, alguna influencia en posteriores intentos codificadores que se precipitaron tiempo después en diversos Estados europeos (Alemania, Italia, Portugal, Holanda). Para sustituirla se ha dictado ahora esta nueva Ley de 26 de noviembre de 1992.

En esa secuencia de Leyes de Procedimiento que jalonan más de cien años relevantes de nuestro Derecho Público, la nueva Ley no parece responder inicialmente al prestigio de sus predecesoras. De una manera que cuesta algo comprender, se ha minusvalorado esa tradición y la virtud conformadora que de ella ha venido para nuestra situación social y jurídica, situación relevante, dado que una Ley de Procedimiento Administrativo viene a definir necesariamente el *status* ordinario del ciudadano en su relación cotidiana y común con los múltiples poderes administrativos que hoy coinciden sobre la escena pública (comunitario europeo, estatal, comunitario autonómico, provincial, municipal, las múltiples esferas entrecruzadas de las múltiples Administraciones institucionales y corporativas). Parece haberse entendido que una Ley es un conjunto casuístico de reglas y no el intento de una construcción institucional orgánica, especialmente cuando esa Ley es, como es el caso, uno de los quicios del sistema jurídico institucional general.

No merece la pena insistir ya en que el procedimiento de elaboración que se ha seguido para preparar el texto de la nueva Ley no parece haber sido el adecuado. Profesores, jueces, abogados, funcionarios, integrados en una comisión técnica y responsable, no hubiesen sido aquí los depositarios de ningún saber sacerdotal; son, simplemente, los que conocen cómo el sistema funciona y cuáles son sus aciertos y sus posibles deficiencias, cómo unos preceptos se interrelacionan con otros y entre todos construyen un sistema. Ello sin perjuicio, naturalmente, de que los políticos, como está justificado en su titularidad pública, marquen las grandes líneas de desarrollo convenientes y acepten o no las indicaciones de los técnicos. Una vez más, por una triste singularidad del Derecho Administrativo, se ha prescindido también de la intervención de la Comisión General del Codificación, Sección de Derecho Público, lo que no hubiese sido admitido en el caso de modificación de cualquiera de los Códigos o grandes Leyes de otros sectores del ordenamiento (recuérdese ahora la excelente calidad técnica de Leyes mercantiles y de sociedades salidas no hace mucho de la Comisión General), sin duda de no mayor significación práctica que la que ahora nos ocupa.

La elaboración prácticamente burocrática del proyecto de Ley se ha traducido, dicho sea con todos los respetos, en una falta de visión orgánica del conjunto. Este aparece como una agregación (que se

refleja en su larguísimo título, tan difícilmente citable con fines identificatorios) de dos Leyes distintas: la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957, y la de Procedimiento Administrativo, de 1958. La Ley ha pretendido, además de esta refundición de dos segmentos legales hasta ahora separados, imponer la observancia de los principios constitucionales nuevos que dominan y presiden la totalidad del ordenamiento. En fin, tercer objetivo: se ha tratado también de especificar el contenido del artículo 149.1.18.º de la Constitución, precepto que, como es sabido, tiene la función de distribuir las competencias en la materia entre las Comunidades Autónomas y el Estado y que define como competencia exclusiva de éste «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas... que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas». Este mandato constitucional (de donde ha recogido la nueva Ley su largo título) es el que se ha pretendido desarrollar y concretar. Esta ha sido la justificación de la nueva Ley, que parece, pues, considerable.

Que haya conseguido alcanzar esas metas es ya otra cuestión. Yo me permito dudar en términos generales de que los principios y valores constitucionales hayan encontrado cabal realización en el nuevo texto, sin perjuicio de que puedan encontrarse algunas novedades del mismo en que tal propósito parece haberse logrado. Quizá los más notorios sean los que proclaman los derechos del administrado (art. 35), la responsabilización del despacho de asuntos en las personas (identificables en cualquier momento según el apartado *b*) del mismo art. 35) de las autoridades y funcionarios (arts. 41 y 42.3); la caducidad específica del artículo 43.4; la extensión del deber de motivación a todos los actos discrecionales (art. 54.1.f), aunque será difícil imponer tal exigencia en los nombramientos y ceses de personal de libre elección; la supresión de la convalidación por mero transcurso de un plazo de las notificaciones defectuosas (art. 58.3); la regulación y la exclusión de efectos de la abusiva práctica del rechazo de notificaciones (art. 59.3); el derecho constitucionalizado de acceso a archivos y registros (art. 59), etc., así como, en general, todo el nuevo Título Primero, aunque éste haya resultado excesivamente enunciativo.

Hay otros temas que, partiendo de una excelente intención, no han sabido ser luego llevados a término en condiciones técnicas razonables. Así, por ejemplo, la admisión general de la avocación (art. 14), invirtiendo la regla actual; la extensión de la técnica de la nulidad de pleno derecho al supuesto *f*) del artículo 62.1; la nueva

regulación del silencio administrativo (aunque la expresión en sí misma se haya desterrado), artículo 43; la admisión genérica de una «terminación convencional», que es en sí misma peligrosa (arts. 88 y 107.2); la omisión de un procedimiento sancionador tipo (Título IX), que era una función que hasta ahora cumplía la Ley anterior y que hace insuficientes los buenos criterios que, en general, ha recogido dicho Título IX.

En fin, me parece una obligación de «lealtad constitucional» y con el Derecho decir que hay otras innovaciones en la Ley cuyo juicio no puede ser ya, con todas las reservas, más que negativo. Arriesgo, naturalmente, mi propio juicio personal, siempre sometido «a cualquier otro mejor fundado», como solemos decir los letrados en trance de dictaminar, según una vieja y excelente tradición.

Resaltaré (además de alguna omisión completamente injustificada, como la del procedimiento de elaboración de disposiciones generales, procedimiento que tiene hoy relevancia constitucional, art. 105.a) —lo que, contra lo que ha podido decir incidentalmente el Tribunal Constitucional, extiende sus reglas a la potestad reglamentaria autonómica y de Entidades Locales— y que deja incomprensiblemente vigente todo un capítulo de la Ley de 1958, o el error deslegalizador de abrir un campo que puede ser capital a los Reglamentos, lo que la antigua Ley evitó, con lo que ello supone también de riesgo descodificador), en particular dos temas, cuya trascendencia no será necesario ponderar: el régimen de los recursos administrativos y el de la revisión de oficio de los actos administrativos.

En cuanto al régimen de los recursos resulta criticable, incluso desde la perspectiva de la constitucionalidad, como acaba de sancionar el Tribunal Constitucional italiano (Sentencia núm. 15/91, de 11 de enero de 1991; vid PEMÁN GAVIN, RAP, n.º 127), el mantenimiento como preceptivo del llamado «recurso ordinario», aplicable en el lugar del antiguo recurso de alzada, que se ha mejorado algo en cuanto al plazo de interposición, pero nada en el mantenimiento del inadmisibles (y preconstitucional) plazo de silencio de tres meses (tres meses adicionados aun con otros veinte días hábiles más para obtener la famosa certificación, incomprensiblemente exigible también en el caso del silencio negativo), lo que dificulta muy gravemente el acceso a los Tribunales, sin que se comprenda qué ventaja de gestión puede obtener a cambio la Administración, como no sea, precisamente, las que deriven de la dificultad del control judicial de su actuación, ventaja ilegítima a la luz de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución. Es hoy posición común en la doctrina, así como está establecido, tras esa Sentencia reciente de 1991 del Tribunal Constitucional italiano antes aludida, en todos los países europeos del

sistema administrativo francés, que todos los recursos administrativos deben ser facultativos y no preceptivos, fórmula de la que no deriva la menor indefensión para la Administración y que nuestro legislador adoptó resueltamente en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Con esa onerosísima vía previa el acceso a los Tribunales, que garantiza el artículo 24 de la Constitución, se ve incomprensiblemente demorado cuatro meses, cuando el acto habrá cumplido ya todos sus efectos y cuando el proceso se presentará normalmente como puramente teórico, en desprestigio de la justicia misma.

Otra razón de eventual inconstitucionalidad de esa demora forzosa y excesiva para el acceso a la vía judicial está en la exclusión que tal demora supone de una posibilidad razonable de poder obtener una tutela cautelar eficaz que evite el perecimiento material de muchos derechos ante el privilegio de la autotutela de la Administración mantenido intangible e inatacable durante un plazo tan extenso. Recordaré que hoy *todos los Tribunales Constitucionales europeos*, en una curiosa coincidencia substancial, no explicable por influencias recíprocas, han declarado rotundamente que la posibilidad de paralizar esa autotutela es esencial cuando de no hacerlo, en las situaciones aparentemente bien fundadas, desaparecería toda posibilidad práctica de restaurar eficazmente dichos derechos en la tutela de fondo. Todos los Tribunales Constitucionales Europeos, en efecto, han concluido que esa tutela cautelar es inescindible del concepto constitucional de tutela judicial efectiva y, contra la inclinación tradicional y más que secular de los Tribunales Contencioso-Administrativos, que vendrían a considerar dicha tutela cautelar como ocasional, excepcional y graciosa, han declarado que la misma está incluida en el «bloque de la constitucionalidad», de modo que se impone como obligatoria al mismo legislador. En el núm. 76 de la «REDA», diciembre de 1992, yo mismo he ofrecido una «reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares», a la que ahora me bastará con remitirme. Añadiré sólo que a las Sentencias de nuestro propio Tribunal Constitucional que allí se invocan hay que añadir una más reciente, la núm. 238/1992, de 17 de diciembre («BOE» de 20 de enero de 1993), que declaró inconstitucional un precepto legal que prohibía la suspensión de ciertas medidas administrativas en materia de fincas mejorables. Es la segunda vez, contando con la anterior Sentencia 115/1987, en que nuestro Tribunal Constitucional ha aplicado la grave censura de la inconstitucionalidad a Leyes que excluían la posibilidad de tutela cautelar. He aquí que la Ley que estamos considerando, la de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, viene a excluir de facto esa tutela en

todas las esferas administrativas del país y en todas las materias, además, al prohibir la posible entrada del juez en un plazo de cuatro meses, tan excesivo y tan injustificable, cuando tantos derechos resultarán ya fatalmente irrecuperables. Esta prima de privilegio a los ya numerosos de que disfruta la Administración ni está materialmente justificada en ningún interés general, ni es compatible con un elemental «derecho de defensa» en el procedimiento administrativo, para usar un término constantemente usado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Pero aún más grave que lo ocurrido con esa hipóstasis del recurso de alzada, hoy recurso «ordinario», me parece la incomprensible supresión del recurso de reposición, que se ha excluido de raíz, incluso sin permitir su formulación facultativa, con lo cual se ha impedido la revisión de los actos administrativos más torpes procedentes de la cúspide de la Administración fuera de los cauces restrictivos de la revisión de oficio. ¿Por qué la protección excesiva a los actos de las autoridades inferiores a la cúspide jerárquica, con ese superblindaje excesivo de los cuatro meses de espera forzosa antes de poder arribar a un Tribunal, frente a la falta total de cualquier vía previa, forzosa o facultativa, para las resoluciones procedentes de esa cúspide, precisamente, que podrán ser inmediatamente llevadas a la censura judicial? ¿Con qué idea de la Administración se está operando para justificar esa diferencia? Personalmente debo decir que yo no alcanzo a ver la razón ni el propósito de esa diferencia clamorosa de régimen.

Esa eliminación radical del recurso de reposición me parece especialmente grave en el caso particular de la Administración Local. No se ha pensado, sin duda, que tal supresión, por una parte, remite toda discrepancia de los ciudadanos al único cauce de los recursos contencioso-administrativos, cuyos Tribunales, ya recargados de asuntos en relación con sus efectivos, pueden encontrarse pronto completamente bloqueados y absolutamente inefectivos. Pero quizás tampoco se ha debido parar mientes en que esa única vía de discrepancia, la del «estrépito judicial», en la expresión clásica, no es operativa más que para los asuntos de alguna cuantía económica, que justifique la necesidad de servirse de Procurador y de Abogado, como resulta obligado en el proceso contencioso-administrativo. Ello quiere decir, lamentablemente, que en los asuntos cuyo interés económico no exceda, quizás, de 150.000 pesetas se producirá una indefensión absoluta. El común de los ciudadanos, como se comprende, y no las grandes organizaciones y empresas, quedarán con ello completamente sometidos a los criterios de las oficinas administrativas, por arbitrarios que puedan ser, consecuencia evidentemente no querida,

pero que me parece inevitable. Resulta sorprendente que esa exclusión del recurso de reposición parezca haberse pretendido contrabalancear con la absolutamente inútil «comunicación previa» a la Administración de la interposición contra uno de sus actos de un recurso contencioso-administrativo (art. 110.3), exigencia (por lo demás, elementalmente subsanable, según los criterios establecidos de la jurisprudencia constitucional, incluso, a mi juicio, subsanable por el mero emplazamiento de la Administración como demandada, que la avisa del recurso antes de que tenga que proceder a su defensa) que se ha llevado hasta incluir en la Disposición Adicional 11.<sup>a</sup> de la nueva Ley una modificación expresa de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que lo que requiere con urgencia, con toda evidencia, son revisiones de alguna consistencia superior.

El tema de las reclamaciones económico-administrativas en la esfera local es uno de los enigmas de la Ley. (Que en una Ley de este alcance abunden los enigmas, las trampas, los descubrimientos inesperados, no es, precisamente elogiabile). El texto de la Ley no dice una sola palabra sobre este tema capital, lo que en una primera lectura induce a suponer que no se ha introducido ninguna innovación sobre la desgraciada decisión adoptada por la Ley de las Bases de Régimen Local de 1985, artículo 108, de excluir a la vía económico-administrativa de la esfera local. El lector avisado puede encontrar, incluso, en la cláusula de remisión a Leyes Autonómicas que en materia de recursos formula el artículo 107.2 y a la que luego nos referiremos, una curiosa precaución para evitar cualquier intento de restaurar esa vía tradicional u otra más o menos análoga, a través de este curioso e inadmisibile concepto: esas Leyes Autonómicas que instauren nuevos procedimientos «en el ámbito de la Administración Local no podrá(n) suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley». Si esta prevención se refiriese a medios de «conciliación, mediación y arbitraje», a que se refiere el párrafo 1 del mismo artículo 107, podría comprenderse la reserva. Pero la misma carece de la menor consistencia para poder excluir la instauración de unos órganos técnicos con capacidad de resolver reclamaciones económico-administrativas, del carácter de los (mal) llamados Tribunales Económico-Administrativos o de otro carácter, sobre todo si se tratase de órganos encardinados en las Diputaciones Provinciales (que son agrupaciones de municipios, según el art. 141 de la Constitución) y pueden con ello excluir el reproche de dependencias del Ministerio de Hacienda y de la supuesta incompatibilidad que de ello derivaría con el principio constitucional de autonomía municipal.

Que el argumento de esa reserva del artículo 107.2 no es oponible al eventual restablecimiento de la vía económico-administrativa (actual o transformada, como se ha indicado) en la esfera local deriva de dos razones esenciales. La primera es que el Tribunal Constitucional ha declarado, desde su primera Sentencia de inconstitucionalidad (Sentencia de 2 de febrero de 1981), que el control de legalidad es perfectamente compatible con la autonomía local («el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias»; donde está la incompatibilidad es en «la previsión de controles genéricos e indeterminados», de «un control de oportunidad, de forma tal que la toma de decisión viniera a compartirse con otra Administración»); es evidente que esos órganos económico-administrativos no tienen otra pauta que la legalidad, sin sustituir con ello el ejercicio de los poderes políticos que corresponden a las corporaciones locales. La segunda razón es aun más obvia: no cabe, en modo alguno, contraponer principio democrático con principio de legalidad. La primera aplicación del principio democrático es ser gobernado por las Leyes (obra de la voluntad general) y no por los hombres; es el Preámbulo de la Constitución quien lo dice, no yo: la Constitución se promulga con la «voluntad de... consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad general». Ninguna autoridad puede invocar su origen democrático para infringir la Ley: ésta es la esencia misma del Estado de Derecho. Sería lamentable que hubiese que explicar a los ciudadanos a los que se obtura toda posibilidad de defensa de su derecho (lo que, recordemos, es el caso para todos los actos cuya cuantía no pueda soportar los gastos mínimos de un proceso) que no pueden quejarse porque ya tuvieron la oportunidad de elegir a los concejales. Sería no sólo un sarcasmo, sino el peor servicio que pueda hacerse a la democracia, enfrentarla de esa manera radical a la justicia. Por lo demás, si esa alternativa tuviese algún fundamento no se ve por qué no había de llevarse hasta excluir también la intervención de la justicia (lo que, aunque pueda sorprender, alguna corporación o algún Alcalde creen firmemente, por cierto; en el análisis de causas de incumplimiento de la ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas que hizo en 1989 la Sección de la Memoria y de Estudios del Consejo de Estado francés ese argumento figura también registrado; y entre nosotros su conciencia, más o menos expresa, subyace en muchos incumplimientos de Sentencias del mismo tenor).

Y, en último término, ¿por qué sólo en la Administración Local regiría el principio de que las resoluciones han de ser exclusivas de los órganos electivos? ¿Es que son más democráticas las Administra-



ciones locales que las autonómicas o la del Estado? Al Gobierno del Estado, investido y mantenido por la representación del pueblo español, «no se le caen los anillos» —en la expresión consagrada— por remitir al Tribunal Administrativo Central, o al Tribunal de Defensa de la Competencia, o a tantas «autoridades independientes», resolver recursos contra sus decisiones; no se comprende que deba ser de otra manera cuando entra en juego una Administración Local. Sólo al entusiasmo de algún Alcalde puede deberse un concepto legal tan insostenible.

Pero he aquí que, de pronto, surge la inesperada sorpresa, sorpresa probablemente para los propios redactores de la Ley. Hemos razonado hasta ahora sobre la hipótesis de que la Ley que estudiamos no habría corregido la exclusión de la vía económico-administrativa para la Administración Local que había consagrado la Ley de Bases de Regimen Local de 1985. Pero hay una «lectura» de la Ley en su conjunto que permite extraer otra conclusión, la que proporciona el texto de la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup>, párrafo 2. Este precepto dice, en efecto: «La revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma». La materia no se identifica ya con la llamada «económico-administrativa», que podía entenderse que no incluye desde 1985 a los actos locales, sino con la «materia tributaria», inespecíficamente, sin acepción de Administraciones. La remisión a los artículos 153 a 171 incluye (además del atípico y perturbador, aunque potestativo, recurso de reposición, arts. 160-162 inclusive), la reclamación económico-administrativa, artículos 163 y siguientes. A su vez, nada en estos preceptos se refiere a la organización de los llamados Tribunales Económico-Administrativos del Estado (hoy regulados por el Texto articulado de la Ley de Bases de 1980, aprobado por Real Decreto Legislativo de 12 de diciembre de 1980, modificada, a su vez, por la Ley de Presupuestos de 23 de diciembre de 1987; Reglamentos de 20 de agosto de 1981 y 16 de diciembre de 1988), de modo que podrían perfectamente tras esa remisión general organizarse tipos específicos de los mismos para la materia tributaria local que salvaguarde la sensibilidad hacia el principio de autonomía local, que fue la que condenó los anteriores (puras dependencias del Ministerio de Hacienda) ante los legisladores de 1985, así como, por supuesto, para la materia tributaria autonómica. Es, pues, imaginable, y yo diría con toda la claridad que deseable, que, al amparo de ese precepto, previa una regulación general que se dicte al amparo de la cláusula delegativa de la Disposición Final, las autoridades autonómicas organicen un sistema propio (o integrados en las Dipu-

taciones para el caso municipal, como se ha dicho) de Tribunales Económico-Administrativos, con ese nombre o no, distintos de los del Estado. Estas regulaciones habrían de limitarse a lo puramente orgánico, para no interferir la competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.18.º en cuanto al «procedimiento administrativo común».

Es evidente que no podrá oponerse a medidas de ese carácter la invocación de la famosa frase del «Alcalde entusiasta» del artículo 107.3. La reserva seguirá jugando, y aquí sí tendrá alguna mayor justificación, para impedir que medios «de conciliación, mediación y arbitraje» puedan ser impuestos a las Administraciones locales de manera coactiva, sin el asentimiento expreso de sus órganos representativos. Pero el precepto no podrá invocarse, como es natural, para impedir la aplicación de otro precepto, nada confuso en su redacción, sino bastante claro de la propia Ley. Los preceptos varios de una Ley se cohesionan entre sí, se armonizan, en cuanto sea menester, pero uno de ellos no puede nunca condenar a otro a la total inaplicación.

Convendrá recordar que en la Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988, que tantos importantes recursos ha atribuido a los municipios, se ha previsto de manera expresa, y de la manera más directa («Tribunales Económico Administrativos *del Estado*», expresión que, por cierto parece admitir que puedan existir órganos de ese carácter no estatales, según lo que hemos apuntado), la intervención de estos órganos en las dos figuras tributarias punteras que se transfirieron a la Hacienda Municipal, el Impuesto sobre Inmuebles (art. 78.1, tercer párrafo) y el Impuesto sobre Actividades Económicas (art. 92.1). Si ya esos dos pilares del sistema hacendístico local han retornado a la vía económico-administrativa, no se ve por qué no ha de ocurrir lo mismo con el sistema entero. En mi entender, como más arriba ha quedado justificado, la vía debería de ser simplemente facultativa, con lo que cumplirá la función de medio de defensa de que en otro caso carecerían los ciudadanos y, a la vez, no obstruiría el acceso a los Tribunales Contencioso-Administrativos una vez que ha quedado claro para el propio legislador al suprimir la reposición preceptiva que ese acceso a la justicia no precisa necesariamente de esa vía previa.

Otra posibilidad, que tengo noticias que se está ya considerando en alguna Comunidad Autónoma, es la que parece abrir el ya aludido artículo 107.2 de la propia Ley. La apertura del campo a ulteriores «leyes», con inclusión de «otros procedimientos de impugnación o reclamación», parece que intenta referirse a leyes autonómicas, pues el legislador del Estado no puede nunca condicionar ulteriores leyes

del propio legislativo. Con todos los respetos, entiendo que la solución que parece apuntarse no se adecua a la distribución de competencias entre la normativa estatal y la autonómica que prescribe el artículo 149.1.18.º de la Constitución, precepto que confesadamente ha inspirado y pretende hacer valer la nueva Ley. El «procedimiento administrativo común» (que recoge como título la propia Ley) es una competencia estatal porque se ha querido preservar la unidad del sistema de garantías; así lo subraya aún la precisión de que las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas... garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas». Si se siguiera la invitación de ese artículo 107.3 de la Ley ese sistema de garantías quedará definitivamente fragmentado en tantos regímenes de impugnación como Comunidades Autónomas. De nuevo se repetiría el error de la vieja Ley de 1889 de admitir desarrollos contradictorios en materia de recursos, quizás ahora más graves, tanto por el citado artículo 149.1.18.º de la Constitución como por otros preceptos de ésta no menos explícitos, artículo 149.1.1.º y artículo 139.1. Resulta paradójico que esta amenaza surja en el momento mismo en que se intenta desarrollar ese artículo 149.1.18.º, precisamente.

Queda aún por aludir el régimen de revisión de oficio de los actos administrativos. Aunque ya se había llamado la atención sobre el tema cuando la Ley estaba en fase de proyecto, se ha mantenido algo inadmisiblemente: que la Administración pueda revocar libremente sus actos administrativos declarativos de derechos en favor de los particulares cuando tales actos «infrinjan gravemente (las) normas» sin más que oír al Consejo de Estado o al órgano consultivo correlativo de la Comunidad Autónoma (art. 103), sin que la opinión expresada en esa consulta vincule en nada a la Administración activa, como sí, sin embargo, la vincula en el caso de actos nulos (art. 102). Esta regla contrasta con toda nuestra tradición (recurso de lesividad desde los orígenes del contencioso) y con el régimen común en los Estados de nuestro área cultural, incluyendo a las Comunidades Europeas, donde el Tribunal de Justicia ha impuesto el principio antirrevocatorio, sin que sobre ello dijeran nada los Tratados, en nombre de «principios generales del Derecho» comunes a todos los Estados miembros (parece que, a partir de ahora, no del nuestro) o impuestos por cualquier ordenamiento jurídico digno de ese nombre. La nueva regla carece, además, de cualquier justificación práctica e infringe, a mi juicio, principios constitucionales de fondo.

Creo que, tras dar vueltas a este importantísimo cambio legislativo, he encontrado quizá, al fin, alguna explicación, y es que el artículo 102 admite la «revisión de oficio» de los actos anulables tanto «a iniciativa propia» como «a solicitud del interesado» (igualmente en

el caso de los actos nulos, art. 102.1). Esta regla, que sí es correcta en el caso de las nulidades plenas, en tanto que éstas operan «de pleno derecho» y se trata de explicitar lo que ya existe, me parece completamente injustificada en el caso de los actos anulables en cuanto que deja en una total incertidumbre durante cuatro años el inmenso mundo de las situaciones subjetivas creadas por actos administrativos (títulos escolares, profesionales, pensiones, subvenciones, autorizaciones, licencias, calificaciones de viviendas, oposiciones y concursos, actos liquidatorios de tributos, etc.), sin que, a primera vista, se aprecie en ventaja de quién o de qué. Se me ocurre que es este exorbitante recurso con plazo de cuatro años, equiparado a la revisión de oficio y siguiendo sus trámites, lo que ha llevado al legislador a no querer vincular la resolución de tal recurso al dictamen del Consejo de Estado (u órgano autonómico correlativo) —aunque sí lo haya aceptado en el caso de los actos nulos de pleno derecho—. Pero el error técnico está, como ya notamos, en equiparar la revisión de oficio con los recursos (ello sólo podría explicar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, ya admitida en la situación anterior por la jurisprudencia), cuando una y otra vía de revisión responden a principios distintos. No es admisible, ya lo notábamos, mantener las situaciones jurídicas individuales creadas por actos administrativos en absoluta incertidumbre e indeterminación durante un plazo tan extenso, en detrimento del principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3), y aún con el principio de certeza que exige el simple desenvolvimiento pacífico de la vida social.

Hay aún otro matiz importante. El Consejo de Estado, cuyo dictamen conforme se requería para las revisiones de oficio en la vieja Ley de 1958, es un órgano que, aunque administrativo puro, está dotado por una historia multiseccular y por una organización certera (apoyada, sobre todo, en la solvencia técnica de un cuerpo propio de Letrados del Consejo de Estado, milagrosamente salvado por la Sentencia Constitucional de 11 de junio de 1987 de la furia unificadora de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984), de una gran autoridad y de una virtual independencia, especialmente en cuestiones de técnica jurídica. Como quiera que con la Ley que comentamos (que se adelantó aquí a la reciente Sentencia Constitucional de 26 de noviembre de 1992, aunque ésta haga referencias a la Ley que sólo el mismo día se aprobaba y que no se publicó en el «BOE» hasta el día siguiente) todas las entidades territoriales distintas del Estado podrán suplir la intervención del Consejo de Estado por la de un «órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere», el cambio sustancial que se opera resulta notorio. Esos «órganos consultivos», a los que sólo se exige justa-

mente esa nota de ser «consultivos», sin otra garantía (la Ley, ejerciendo su competencia le «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», podía y debía haber incluido alguna garantía más exigente en cuanto a su estructura y contenido), no ofrecen frente al ciudadano, al menos *a priori*, ninguna garantía lejanamente comparable a la que el Consejo de Estado ha venido representando. Es cierto que en el caso catalán se ha conseguido configurar un órgano de alguna consistencia (Comissió Jurídica Assessora, aparte del Consell Consultiu, éste centrado en temas constitucionales), pero la experiencia común sobre el partidismo generalizado en todas las Comunidades Autónomas no permite ser demasiado optimista sobre cualquier mínima independencia de esos órganos de nueva planta respecto de los respectivos Ejecutivos, órganos con los que se ha consumado una sustitución tan espectacular del papel del Consejo de Estado.

En estas condiciones hay que decir con rotundidad que el sistema de la consagración de la facultad revocatoria de la Administración de los actos declarativos de derechos instaurado por la Ley de 1958, sólo que condicionada al informe del Consejo de Estado, ese sistema ha dejado de estar justificado en todos los casos en que el Consejo de Estado no va a intervenir, sino esos disminuidos «órganos consultivos» sin la menor consistencia de objetividad, al margen ya de que el carácter vinculante de ese dictamen se haya eliminado en el caso de los actos anulables. Lo procedente hubiese sido, pues, establecer la alternativa: o intervención del Consejo de Estado, precisamente, y con carácter vinculante, o recurso contencioso-administrativo de lesividad. Carece de todo sentido que en una materia en que lo substancial es precisamente la seguridad jurídica de las situaciones adquiridas por los ciudadanos de actos administrativos previos se discrimine gravemente en esa seguridad por una simple razón de simetría formal entre órganos. No discuto, bien entendido, los criterios generales de la Sentencia Constitucional de 26 de noviembre de 1992, pero sí que sobre su base se produzca esa discriminación en lo que respecta a los ciudadanos, que resulta patente; los ciudadanos son terceros en el enfrentamiento estructural entre el Estado central y las Comunidades Autónomas y, justamente en este punto, la Constitución, artículo 149.1.18.<sup>a</sup>, prescribe que ha de garantizarse a los mismos «un tratamiento común ante» todas las Administraciones públicas. Me permitiré invocar un viejo trabajo, quizá ya olvidado, del primero abogado y luego excelente Magistrado de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, prematuramente desaparecido, Salvador ORTOLÁ, que criticó con viveza el abandono del viejo cauce del recurso de lesividad y su sustitución por la decisión ejecutoria de la Administra-

ción, sólo que precedida por un dictamen del Consejo de Estado, aunque éste fuese vinculante (este trabajo se publicó en el Tomo VI de «Problemas políticos de la Vida Local», 1966, págs. 69 y ss.). ¿Qué pensar entonces cuando esa decisión ejecutoria no será precedida más que de la opinión de un órgano consultivo cualquiera, sin la cualificación técnica y objetiva que la especificidad del Consejo de Estado permitía suponer, y a la que, además, se le priva en los actos anulables de toda fuerza vinculante? Muchos podíamos admitir que la preparación técnica, la independencia virtual y la objetividad del dictamen del Consejo de Estado podía contender, al menos en tablas, con un Tribunal Contencioso-Administrativo en el sistema de la lesividad, pero creo que se encontrarán muy pocos juristas en el país que acepten llanamente la misma paridad entre uno de esos inespecíficos «órganos consultivos» y dicho Tribunal Contencioso-Administrativo; y ésta es, justamente, la cuestión y no otra.

Queda aún en materia de revisión de oficio otra novedad, introducida por la nueva Ley, la que supone el artículo 105.1: «Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos, expresos o presuntos... de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico». Algunos habíamos contrastado ya en materia de revocación la distinción entre actos administrativos favorables y de gravamen para los destinatarios, pero habíamos llamado también la atención de que una libertad revocatoria de los actos de gravamen no podía olvidar la entrada en juego de «otros principios» ordenados a la garantía interna de la Administración, como la prohibición de perdones o condonaciones patrimoniales o tributarias, y aún a derechos fundamentales como el de igualdad ante la Ley y, sobre todo, a una regla consustancial al principio de legalidad de la Administración, la prohibición absoluta de dispensas no previstas en las propias leyes, regla, por cierto, hoy no recogida con carácter general por parte alguna y que la propia Ley que estudiamos también ha olvidado recordar. Tememos ahora que la inespecífica alusión a que la libertad revocatoria de los actos administrativos de gravamen se entiende «siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico» pueda no ser suficiente para evitar una no deseada y grave confusión. Recordemos algunos actos de gravamen típicos: una sanción, una liquidación de deuda tributaria, una expropiación, una revocación de un acto favorable. El nuevo precepto, ¿no permitirá pensar a alguna autoridad o funcionario que una sanción es siempre revocable, o que una expropiación pueda dejarse sin efecto, o una deuda tributaria condonada a voluntad, o que una revocación de un anterior acto favorable resulte también revocable? Las «cláusulas generales», como HEDEMANN notó hace ya

mucho, son siempre peligrosas como posibles fuentes de incertidumbre. Una cosa es inducir de ciertos regímenes casuísticos una tendencia a una regla y otra proclamar ésta preceptivamente. Las reservas inespecíficas pueden acarrear los mismos riesgos. Todo ello valorado en conjunto, entiendo que ninguna necesidad real de funcionamiento administrativo eficaz y desembarazado ha venido a satisfacer ese nuevo precepto del artículo 105 (sin el cual se revocaron sin obstáculo actos de gravamen notorios, como la separación del servicio de ciertos catedráticos por motivos políticos en el último franquismo), y que son bastante mayores, por el contrario, los serios riesgos de arbitrariedad que amenaza con producir.

Como de lo que se trata no es de «tener razón», sino de asegurar a nuestro pueblo un régimen jurídico adecuado a principios constitucionales explícitos, concluiré esta reflexión con una propuesta muy concreta. Pareciendo claro que los defectos observados no responden a ningún criterio técnico o político determinado, sino que son debidos a una falta de atención suficiente, me atreveré a formular una propuesta muy concreta: es urgente comenzar a elaborar ya una «Ley de Modificación Parcial» de la Ley 30/1992; no hay ninguna razón para esperar que sus inevitables efectos negativos en los aspectos concretos que nos hemos permitido señalar se produzcan y se pudran, y es necesario, sin embargo, que esos claros efectos negativos no perjudiquen los efectos positivos que han de derivarse de otras partes estimables de su contenido.

Esa eventual Ley podría también clarificar muchas cuestiones que han quedado en la Ley imprecisas o equívocas. No son pocas las cuestiones de esta índole, a comenzar por la no precisamente baladí de la entrada en vigor de la propia Ley, que hoy han comenzado a ser resueltas de manera contradictoria por unas y otras oficinas. Tampoco parece razonable esperar a los varios años que el Tribunal Supremo necesitará para consolidar una jurisprudencia firme, consolidación que habrá exigido entre tanto el sacrificio de los derechos de miles de ciudadanos, víctimas injustas de errores ajenos.





# JURISPRUDENCIA

