

QDL42

**Estudios,  
ponencias,  
crónicas o  
notas sobre  
la Ley 39/2015,  
de 1 de octubre,  
del Procedimiento  
Administrativo  
Común de las  
Administraciones  
Públicas**

# El nuevo marco normativo del procedimiento administrativo común: el paradigma de una reforma endeble

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO  
*Catedrática de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Jaén*

## 1. Introducción

## 2. Iniciación

- 2.1. Las formas de iniciación del procedimiento, con especial referencia a la denuncia
- 2.2. Información y actuaciones previas
- 2.3. Medidas provisionales
- 2.4. La deficiente regulación de la subsanación de las solicitudes
  - 2.4.1. Defectos subsanables y defectos no subsanables
  - 2.4.2. El deber de la Administración de requerir al interesado y de otorgar un plazo de subsanación. Consecuencias de su incumplimiento

## 3. Actos de instrucción

- 3.1. La práctica de la prueba
- 3.2. Los informes

## 4. La terminación del procedimiento

## Resumen

Este trabajo analiza las claves más significativas de la reforma del procedimiento administrativo común que opera la LPAC, aportando un

---

*Artículo recibido el 30/05/2016; aceptado el 12/10/2016.*

criterio de interpretación y valoración de los aspectos procedimentales y sustantivos más relevantes.

Palabras clave: *procedimiento; denuncia; medidas provisionales; subsanación; prueba; informes; desistimiento; renuncia; caducidad.*

### **The new legal framework of the administrative procedure: the paradigm of a weak reform**

#### **Abstract**

*This article analyzes the key points of the reform of the administrative procedure undertaken by Law 39/2015, of 1 October, on administrative procedure of public administrations. The article pursues to provide interpretative criteria for the reform and explores its most significant procedural and substantive aspects.*

*Keywords:* procedure; complaints; precautionary measures; reparation; evidences; reports; waiver; resignation; expiration.

## **1**

### **Introducción**

Las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (LPAC), y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), alumbran un nuevo modelo normativo regulador en uno y en otro sector que ha supuesto en algunos casos un avance significativo y plausible, pero en otros ha representado una oportunidad perdida, al no incorporar mejoras que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reclamando desde la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC), e incluso un retroceso en el sistema de garantías y derechos de los interesados en el procedimiento. Podría decirse en este sentido que la reforma merece por ello ser censurada tanto por lo que dice como por lo que omite. Y, cuando menos, cuestionable en su decisión de distinguir conceptual y ontológicamente entre procedimiento administrativo y régimen jurídico, lo que le ha conducido a separarlos con criterios poco nítidos en dos normas diferenciadas, posiblemente en la bienintencionada creencia de dar así mejor cumplimiento al mandato constitucional del art. 148.1.18. No es, desde luego, momento ni lugar para abordar todas y cada una de las cuestiones que suscita tan jugoso

debate ni el análisis completo de ambas leyes, pues tal empresa desbordaría con creces el objeto de este trabajo. No obstante, sí es preciso dejar puntualizadas dos cuestiones: una, que nos encontramos ante un nuevo marco normativo del procedimiento común, pero no ante un “nuevo” procedimiento, como pudiera pensarse. Parece que se revela como cuestión pacífica en la doctrina que el legislador se ha limitado a introducir algún matiz o algún detalle de escasa trascendencia, y en otras ocasiones ha trasladado al texto en su entera literalidad algunos preceptos de su predecesora LRJPAC. Es más, para ser exactos hay que aclarar que ni lo regulado en la LRJPAC y ahora en la LPAC es verdaderamente un “procedimiento”, si por tal se entiende una sucesión de trámites, y mucho menos un “procedimiento común”, si por él quiere entenderse un denominador común de aplicación transversal a cualquier actuación formalizada de la Administración<sup>1</sup>. Como bien se sabe, la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, la STC 227/1988, de 29 de noviembre) ha dejado dicho que la finalidad institucional de la reserva competencial del art. 149.1.18 CE no consiste en que el Estado regule un único procedimiento, lo que, por otro lado, es absolutamente imposible, sino un marco normativo para los procedimientos que son susceptibles de ser dictados, según el reparto constitucional de materias entre el Estado y las comunidades autónomas, por uno y por otras, consistiendo la competencia del Estado sobre el llamado “procedimiento administrativo común” en establecer un “núcleo de garantías mínimas que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común ante todas las Administraciones Públicas”<sup>2</sup>. Por tanto, no es una sucesión de actos concatenados entre sí, sino un conjunto de principios y garantías mínimas de aplicación a todos los procedimientos administrativos.

La segunda cuestión se refiere al objeto mismo de este estudio, que va a quedar centrado en la valoración de los aspectos que entiendo más destacables afectantes a las distintas fases del procedimiento, dejando al margen para mejor ocasión otros aspectos, tales como los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos, que, según la doctrina constitucional, forman

1. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Procedimiento administrativo local*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2005, págs. 101 y ss.

2. En definitiva, como bien afirma GONZÁLEZ NAVARRO, F., *ibidem*, págs. 113 y 114, “el Estado dicta los principios, las orientaciones, las reglas indeclinables, todo aquello, en fin que es necesario para que cuando las Administraciones Públicas tengan que actuar y, en consecuencia, ajustar esa actuación a un cauce formal, no aparezcan unos ciudadanos discriminados respecto de otros, y esto porque, de lo contrario, se estaría atentando al principio de igualdad de trato ante aquellas. ¿Y las comunidades autónomas? Pueden legislar también en materia de procedimiento administrativo, en relación con sectores o parcelas concretas de su actividad y también, si así lo aconseja el principio de economía normativa, para varios de esos sectores conjuntamente, e incluso con carácter general para cualquier supuesto imaginable de su actuación. Pero, eso sí, ajustándose siempre a la ley básica estatal en materia de procedimiento administrativo”.

parte también de esa idea de procedimiento administrativo común, y que por ello la LPAC ha dejado su regulación incorporada en su texto.

## 2

### Iniciación

#### 2.1

#### **Las formas de iniciación del procedimiento, con especial referencia a la denuncia**

Los arts. 54 y 58 LPAC vuelven a reproducir las mismas modalidades de iniciación del procedimiento que establecía el art. 69 LRJPAC y, por tanto, admiten las tres conocidas posibilidades de la iniciación de oficio: que la iniciativa de iniciación haya partido del mismo órgano que tiene atribuida la competencia, o de su superior –que lo hará mediante orden– o de otros órganos –mediante petición razonada–, o por denuncia. No deja de resultar llamativo el interés del legislador en especificar, de forma extremadamente pormenorizada, en qué consisten todas y cada una de estas formas de iniciación, con un contenido notablemente obvio y sin virtualidad para aportar nada que no estuviera ya implícito en sus propios términos, sin necesidad de tanta exhaustividad. Basta con dar lectura a los arts. 59 a 61 para comprobar su entera inutilidad. Nuevamente, el legislador se afana en una tarea baldía que no requería de tanta atención. Nuevamente, la laguna no está donde el legislador la ha querido colmar. Hubiera sido preferible que tan denodado esfuerzo lo hubiera empleado en avanzar en la naturaleza de la denuncia, y en otorgar mayor consideración a la figura del denunciante, a quien no solo no se reconoce derecho a la intervención en el procedimiento, sino ni tan siquiera a que se le notifique la decisión de iniciarlo o no, salvo que una norma establezca otra cosa (art. 64.1 LPAC) o que la denuncia haya invocado un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas, en cuyo caso solo se reconoce la obligación de motivar y notificar la decisión en caso de no iniciarlo (art. 62.3 LPAC). A mi juicio, no es de fácil comprensión esta pertinaz resistencia del legislador a desoír tantas y tan autorizadas voces que han venido reclamando otorgar un papel más activo a la denuncia y al denunciante. Bien es cierto que, como afirma con acierto GONZÁLEZ NAVARRO<sup>3</sup>, la denuncia carece de potencialidad suficiente para iniciar el procedimiento. Su función procesal es –y debe

---

3. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativo*, Eunsa, Pamplona, 1997, pág. 668.

seguir siendo— más modesta: provocar el acuerdo que lo inicia. Pero de ahí a no incorporar ningún derecho de intervención del denunciante en el diseño del procedimiento administrativo común media un abismo.

La concepción de que parte el art. 62.1 no ofrece novedad alguna, pues recoge casi de forma literal la definición propuesta por GONZÁLEZ PÉREZ<sup>4</sup>, quien entiende la denuncia como “un acto del particular por el que se ponen en conocimiento del órgano administrativo hechos que determinarán la incoación de un procedimiento administrativo”. Al margen del juicio crítico que puede merecer tal marco regulatorio, de él pueden extraerse las siguientes características:

En primer lugar, que la denuncia es un acto del particular que resulta encuadrable dentro de los supuestos de colaboración de los administrados con la función administrativa. Y quien participa, como LLISSET BORRELL<sup>5</sup>, actúa como ciudadano, preocupado por el interés general, y no como interesado personal y directo, careciendo, en principio, de interés personal para depurar las responsabilidades. Por ello, no puede tener interés en que determinadas conductas encuentren castigo, ya que la protección y el amparo de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos que pudieran haber resultado lesionados por la actuación constitutiva del hecho denunciado tienen otras vías abiertas en nuestro ordenamiento jurídico, como puede ser la exigencia de la responsabilidad civil de la Administración o del funcionario con la correlativa indemnización, para lo cual sí estaría legitimado el perjudicado. De estas premisas parte la LPAC, y de ahí que, correlativamente, el denunciante no sea más que un tercero simple, que carece de la cualidad de parte legítima y para el que, en consecuencia, resulta inviable procesalmente su pretensión de impugnar el archivo del expediente y los acuerdos que traen causa de tal decisión. En síntesis: a diferencia de lo que ocurre con la instancia, que pone efectivamente en marcha el procedimiento, la denuncia, como los demás actos de excitación del actuar administrativo, no inicia el procedimiento; y al no otorgar la condición de interesado a quien la formula, sino la de mero testigo cualificado, el denunciante no tiene *derecho al procedimiento*, por lo que mal puede impugnar la decisión de archivar las actuaciones ni recurrir el acto terminal, sea este sancionador o absolutorio (STS de 23 de junio de 1987 y STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 1997, RJ 1987\6524 y RJ 1997\584, respectivamente).

4. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1989, págs. 523 y 524.

5. LLISSET BORRELL, F., *Manual de Derecho local*, Abella, Madrid, 1984, págs. 321 y 322.

En definitiva, ni la denuncia obliga a la Administración a incoar el procedimiento, sino que lo hace posible siempre por decisión del órgano administrativo correspondiente, previa valoración de su legalidad y oportunidad, ni convierte al autor de la misma en interesado. La actividad del denunciante cesa en el justo instante de formalización de la denuncia. Y, por supuesto, el denunciante no tiene derecho a que el denunciado sea castigado por la comisión de la conducta objeto de la denuncia.

Cuestión distinta es la que contempla el art. 62.4 LPAC, en el que se regula un tipo especial de denunciante: aquel que no se limita a colaborar de forma desinteresada con la Administración y que tampoco es un sujeto observador ajeno a los hechos que comunica, sino que habiendo participado, junto con otros, en la comisión de una infracción, decide ponerlo en conocimiento de la Administración, y por ello obtiene de ella la exoneración o, en su caso, reducción de la sanción (pecuniaria o no) que le correspondería, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: que sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción; que la Administración no dispusiera en ese momento de elementos suficientes para ordenar la iniciación del procedimiento; que se repare el perjuicio causado; que el denunciante haya cesado en la participación de la infracción, y que no haya destruido elementos de prueba. Como puede apreciarse, la LPAC generaliza la clemencia del denunciante delator como incentivo para la ruptura de prácticas infractoras colusorias. Una técnica que puede resultar favorecedora a la eficacia administrativa, pero que no está exenta de algunos riesgos. Dejando al margen su escasa adherencia a criterios de justicia y de igualdad –lo que no es una cuestión menor–, coincido con RIVERO ORTEGA<sup>6</sup> en que son múltiples los usos torticeros que pudiera encubrir esta vía de inmunidad, y aun reconociendo su posible contribución como desincentivo a las prácticas colusorias contrarias al interés público, debe advertirse el considerable margen de apreciación a instancia de la Administración para reducir o eliminar por completo la sanción a un eventual infractor.

Y, por último, dos cuestiones que no dejan de resultar llamativas desde un punto de vista de técnica jurídica: una, que no se vincule la clemencia al denunciante delator solo a los procedimientos de naturaleza sancionadora, pues de haberlo querido hacer así esta figura estaría prevista en el art. 63 –regulador de las especialidades en el inicio de los procedimientos de na-

---

6. RIVERO ORTEGA, R., “La estructura del procedimiento administrativo: principales novedades en la Ley 39/2015, de 1 de octubre”, en GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J. (dir.), *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: Reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, Granada, 2016.

turalidad sancionadora—; y dos, que para mayor confusión, introduce una expresión un tanto inespecífica pero que parece circunscribir su ámbito de aplicación a “la comisión de una infracción *de esta naturaleza*” (sic), sin explicitar cuál. Pudiera parecer que pretende referirse a ámbitos relativos a “perjuicios en el patrimonio de las Administraciones Públicas”, por ser ese el referente inmediatamente anterior (véase el apartado 62.3 LPAC), pero si esto es así, tampoco es de fácil entendimiento que la Ley haya decidido generalizar la cláusula de clemencia, al preverla para el procedimiento administrativo común —y no solo para el sancionador—, para luego, sin una razón aparente, constreñir su ámbito de aplicación a las situaciones afectantes al patrimonio público.

## 2.2

### Información y actuaciones previas

El art. 55 LPAC articula la posibilidad de que el órgano competente acuerde abrir un periodo de información y actuaciones previas, con carácter discrecional y facultativo (el precepto utiliza el término “podrá”), en función de si las circunstancias del caso así lo requieren o si se tiene o no la convicción previa de iniciar o no el procedimiento. En palabras de MONTROYA MARTÍN<sup>7</sup>, estas actuaciones constituyen una actuación administrativa preliminar y de carácter contingente, que trata de comprobar si *prima facie* puede considerarse que hay una base seria para acordar el inicio de un procedimiento propiamente dicho. Unas actuaciones que hasta ahora quedaban circunscritas al procedimiento sancionador<sup>8</sup> y que la LPAC ha decidido generalizar, al incluirlas como actuación propia del procedimiento administrativo común. No obstante, consciente el legislador de que su ámbito natural es el procedimiento sancionador, tras extender su ámbito de aplicación en los términos en que lo hace el apartado 1.º, dedica el 2.º al resto de procedimientos y

7. MONTROYA MARTÍN, E., “Consideraciones sobre las actuaciones previas y su incidencia en el procedimiento administrativo sancionador y en las garantías del administrado”, en *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, T. I, 2008, págs. 197 y 198.

8. Así, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS), las define en su art. 12.1 como aquellas realizadas por los órganos con atribuciones para “la investigación, averiguación e inspección, dirigidas a determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación, señalándose, en especial, las que tengan por objeto determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros”.



determina su finalidad, que no es otra que fijar los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento, las personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros. La STSJ de Madrid de 17 de abril de 2008 (JUR 2008\304111) les atribuye la finalidad de “evitar la incoación de expedientes sancionadores por el simple rumor o la vaga sospecha de la comisión de un hecho sancionable”. En otros términos: se trata de reforzar la seriedad de la incoación del expediente en trance de iniciarse, debiendo no proseguirse con la pretensión de perseguir la infracción en caso de que se concluya la inexistencia de elementos suficientes para fundamentarlo.

Partiendo de esta base, es de toda lógica considerar ya no solo que estas actuaciones previas no forman parte del procedimiento, sino que tampoco tienen virtualidad para iniciarlo, lo que ha determinado que exista cierto debate acerca de si son extensibles las garantías propias del procedimiento sancionador. La STC 142/2009 y la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 26 de septiembre de 2005 (RJCA 2005\928), entienden que lo son, especialmente el derecho a no declarar contra sí mismo, ya que estas actuaciones pueden ser valoradas por el órgano decisor y servir de fundamento en el procedimiento administrativo propiamente dicho. El Voto Particular del Magistrado Rodríguez-Zapata, en la citada STC, resulta, sin embargo, discrepante, al considerar que los derechos de defensa y de no autoinculpación rigen en el procedimiento penal y sancionador, y, por ende, no son de aplicación a las actuaciones previas, puesto que estas no forman parte del mismo.

Lo que sí está claro es que la decisión de llevarlas a cabo no requiere que sea viabilizada documentalmente –al menos el precepto no lo exige–, ni tampoco está prevista la audiencia al interesado; y además, carecen de virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción, ya que tal efecto solo lo produce el acuerdo iniciador del procedimiento<sup>9</sup>. Y por igual razón, a la caducidad tampoco parecen afectarle, pese a lo cual la superación del plazo normativamente establecido –que no siempre lo está– para ultimarlas puede no estar desprovista de importantes consecuencias en orden a la caducidad del procedimiento con efectos acumulativos, en tanto que pueden determinar el archivo de las actuaciones previas y, con ello, la finalización del procedimiento. Es lo que la doctrina denomina “caducidad intermedia” o,

9. Contrariamente se expresan las SSTS de 30 de octubre de 1993 y 26 de noviembre de 1996 (RJ 1993\8018 y RJ 1996\8700), que han considerado que si dichas actuaciones se realizan con conocimiento del interesado, y si se reflejan documentalmente en el expediente, ha de entenderse que interrumpen el plazo de prescripción.

si se quiere, una especie de caducidad-perención interprocedimental, cuyo fundamento no es otro que servir de medida incentivadora para que la Administración actúe diligentemente y evite retrasos y demoras injustificadas. En este sentido, la Jurisprudencia se ha mostrado especialmente severa. Así, por ejemplo, la STSJ de Galicia de 5 de mayo de 2005 (RJCA 2006\33) afirma:

“Según doctrina de esta Sala, una tardanza tan prolongada e injustificada en la iniciación del expediente atenta contra los principios más elementales que informan el procedimiento sancionador e *invalida, en consecuencia, las sanciones que, en estas circunstancias hayan podido ser impuestas*. [...] Es inaceptable que esa primera fase de investigación y comprobación de lo ocurrido tarde tanto tiempo en comenzarse y haya una demora tan anormal en la investigación de datos tan esenciales, que podían haberse conocido casi de inmediato o en un plazo notablemente inferior al de autos, por lo que, *ante esa indudable dejación y manifiesto descuido en su normal tramitación, procede considerar que el procedimiento ha caducado ya en esa fase preliminar con carácter definitivo e insubsanable, sin posibilidad de recobrar virtualidad con esa actividad posterior, ya tan injustificadamente tardía y extemporánea, incompatible con el mínimo de seguridad jurídica exigible en una materia de esta clase*” (la cursiva es mía).

En igual sentido se expresa la STS de 6 de noviembre de 2012 (RJ 2012\10598):

“deben aplicarse con todo su rigor las consecuencias previstas por la norma *para el caso de superarse el plazo máximo de duración o paralización de las actuaciones previas*, de la misma manera que se aplicarían esas consecuencias en caso de producirse esa paralización en la fase de instrucción del procedimiento sancionador general. [...] Todos los razonamientos anteriores obligan a entender que *la paralización de las actuaciones de comprobación por más de tres meses da lugar a la caducidad del expediente*, con todas las consecuencias propias de este instituto [...]:

a) La Administración *debe declarar la caducidad* de las actuaciones previas.

b) Y debe proceder también a *acordar el archivo* de las mismas.

*Lo que no debe admitirse es que, a pesar de la superación de aquel plazo, la Administración actúe como si nada hubiera ocurrido y prosiga con la tramitación de las mismas actuaciones de comprobación, sin solución de continuidad. Porque ello supone desconocer los efectos propios de la caducidad*” (la cursiva es mía).

En parecido sentido se expresan las SSTSJ del País Vasco de 28 de julio de 2008 y de Madrid de 17 de septiembre de 2004, que afirman que, al encontrarse caducadas las actuaciones probatorias que sirvieron de base al procedimiento sancionador, ha de entenderse decaído el derecho de la Administración a perseguir la infracción. Sin embargo, como puede comprobarse, la LPAC ha decidido omitir referencia alguna a un plazo máximo para su realización, y, en consecuencia, nada sucede a efectos de invalidez por su eventual superación.

## 2.3

### Medidas provisionales

Con carácter general y de forma bastante indeterminada, la LPAC establece la posibilidad de que el órgano competente para resolver el procedimiento adopte las medidas provisionales que estime oportunas “para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer” (art. 56.1) y “para la protección provisional de los intereses implicados” (art. 56.2). Las razones que justifican el precepto no son otras que, por una parte, el hecho insoslayable de la duración, a veces larga, de los procedimientos administrativos, sobre todo si estos llevan aparejados complejos trámites, y, por otra, la necesidad de garantizar que esta tardanza no ponga en peligro los intereses públicos en juego. Ello hace a veces necesaria la adopción de medidas que eviten que la declaración de derechos que se realice en el procedimiento devenga inútil o baldía, por consecuencia de la previsible conducta del interesado de burlar el contenido obligacional de la resolución administrativa, o que, prescindiendo de esta conducta maliciosa, el simple paso del tiempo dificulte o imposibilite el cumplimiento de la resolución que se dicte. Tal es la finalidad de las medidas provisionales –y de la tutela cautelar en general–: evitar ese perjuicio a los derechos que se constituyan o declaren con ocasión del transcurso del tiempo, e intentar que no resulte carente de contenidos la declaración de la resolución final. Es decir, asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el procedimiento administrativo y preservar los derechos en juego. Por ello, el primer fundamento que justifica la adopción de la medida es el temor fundado de un daño jurídico, es decir, de ineffectividad del derecho, o, cuando menos, la sospecha razonable de que sin su adopción la resolución que pueda dictarse devenga inútil o muy mermada en sus efectos. Es el llamado *periculum in mora*, cuya concurrencia ha de analizarse respecto de la medida interesada, teniendo en cuenta todas las circunstancias de

cada caso concreto y, sobre todo, en contemplación de los intereses públicos concretos puestos en juego. Intereses generales que se resisten, una vez más, a ser definidos apriorísticamente con criterios de general aplicación que resulten válidos en cualquier caso. En definitiva, ponderación, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados son los criterios de mayor utilidad de que se sirve la LPAC para regular su presupuesto de hecho, y también el juzgador para sopesar la procedencia o no de la medida. El legislador parece ser consciente de la dificultad o imposibilidad de fijar en qué casos y bajo qué condiciones resulta prioritario el interés del particular, y cuándo lo son los intereses públicos, siempre presentes en toda actuación administrativa. La casuística es variadísima y ni siquiera dogmáticamente cabe hacer mayores precisiones. Lo que sí está claro es que la cuestión puede calificarse de cualquier forma menos de sencilla. Y precisamente la labor de ponderación que ha de llevar a cabo el juzgador es la cuestión de fondo de mayor envergadura a la hora de determinar si procede o no la medida, y cuál es la más adecuada. Quizá sea esta la razón por la que, como novedad, el art. 56.3 realiza una enumeración ejemplificativa de medidas provisionales susceptibles de ser acordadas por la Administración, y que en ningún caso es exclusiva ni excluyente. No en vano el listado termina con la clásica cláusula que admite “aquellas otras que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o *que se estimen necesarias* para asegurar la efectividad de la resolución”. Más cuestionables, sin embargo, resultan la omisión del plazo de duración, la obligación de la Administración de notificar al interesado el acuerdo de adopción de la medida, su modificación o alzamiento, así como su posible recurribilidad.

## 2.4

### La deficiente regulación de la subsanación de las solicitudes

El art. 68 LPAC reproduce casi literalmente la regulación que su predecesora LRJPAC contenía en su art. 71, dejando así marginada la oportunidad que este momento representaba para introducir determinadas mejoras que venían apuntándose por reiterada jurisprudencia y que, sin duda, hubieran contribuido a la recta interpretación del precepto, tanto más cuando la cuestión no es baladí ni se encuentra desprovista de importantes efectos prácticos.

## 2.4.1

### Defectos subsanables y defectos no subsanables

Uno de los errores más comunes es considerar que todos los defectos de que adolece una solicitud son susceptibles de ser subsanados. Sin embargo, siguiendo la literalidad del precepto, son dos los supuestos en que la Administración actuante viene obligada a articular un requerimiento de subsanación al interesado:

1.º– Cuando la solicitud de iniciación “no reúne los requisitos” que se señalan en el art. 66 LPAC de forma pormenorizada. A *sensu contrario*, no lo serán los defectos sustantivos, tal y como vamos a analizar con mayor detenimiento a continuación.

2.º– Cuando con la solicitud de iniciación no se acompañan “los documentos preceptivos”. En principio, una interpretación a *sensu contrario* del precepto nos lleva a considerar que no habrá de subsanarse, por no constituir defecto alguno, la falta de presentación de documentos que no tengan este carácter de preceptivos, debiendo tenerse en cuenta –y aquí se encuentra una de las causas de confusión más frecuentes– que no debe identificarse el término “preceptivos” con aquellos documentos en los cuales la parte o partes interesadas funden su derecho, esto es, los que sean constitutivos de la pretensión deducida<sup>10</sup>.

Pues bien, la concurrencia de alguno de estos dos supuestos expuestos habilita y obliga a la Administración actuante para, imperativamente para ella, facilitar al administrado el trámite de subsanación, el cual, en consecuencia, se configura conforme a la jurisprudencia como una obligación de la Administración y, consecuentemente, un derecho inderogable de todo particular en relación con cualquier procedimiento administrativo.

Ahora bien, la posibilidad de subsanación, hay que insistir una vez más, no procede sino en los supuestos de que estos escritos o documentos adolezcan de defectos subsanables. Y no todos los son:

- a) En primer lugar, la ausencia de capacidad podrá ser o no subsanable, según los casos. Ahora bien, el defecto de acreditación lo es siempre.
- b) Cuando lo que falta es el acto de apoderamiento, es decir, la representación otorgada de forma fidedigna en los casos en que esta se requiere, el acto efectuado por el representante en nombre del representado no deja por ese motivo de serlo. Lo que falta en ese caso no

10. En este sentido, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de enero de 2000 (RJCA 2000\15).

es el carácter del acto, sino la posibilidad jurídica de que el acto valga directa y exclusivamente como acto de aquel. Simplemente que, al ser presupuesto de validez de las actuaciones realizadas en nombre del representado, se requerirá la subsanación del defecto. No obstante, no resultaría subsanable si lo que falta es la capacidad de obrar del propio representado, puesto que esta es un presupuesto que condiciona la intervención misma del interesado en el procedimiento, y, por ende, la validez misma de todas las actuaciones realizadas en él, incluido el acto de apoderamiento a favor del representante.

- c) Mayor problema es el determinar cuándo nos encontramos en presencia de un defecto formal o de un defecto sustantivo a los efectos de considerarlo o no subsanable, tanto más cuando es la normativa específica reguladora de la actividad la que establece imperativamente “un plazo máximo” para la presentación de determinados documentos justificativos. Cuando estas prescripciones normativas son manifestación de la potestad de autorregulación de la Administración, considera la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de septiembre de 2008 (RJCA 2009\153), que a los órganos inferiores les está vedada la posibilidad de conceder mayor plazo por vía de subsanación para aportación de documentos justificativos, más allá del marco temporal previsto en las órdenes de convocatoria o en las resoluciones que concedieron las ayudas públicas, pues está vinculada por ellas. El *quid* de la cuestión se encuentra en la naturaleza que se concede al “plazo”. La sentencia consideraba que este formaba parte del carácter de carga, lo que determina su carácter esencial, y siendo así es un elemento que, junto con los demás, contribuye necesariamente a definir el contenido formal de las cargas que pesan sobre el beneficiario de la subvención, y así lo demuestran tanto el carácter imperativo de las normas legales que sancionan su existencia como las importantes consecuencias que derivan de su incumplimiento. Paralelamente, el citado elemento formal y su observancia contribuyen indudablemente a un cumplimiento jurídicamente correcto de la justificación, del cual, a su vez, pende el ejercicio en tiempo adecuado y de la forma más acertada posible de la potestad administrativa de control, y, en su caso, el de la acción de reintegro<sup>11</sup>.

11. No comparte igual criterio el magistrado que suscribió el Voto Particular, quien dejó afirmado que la revocación de las subvenciones ha de quedar reservada a los supuestos de incumplimientos esenciales de condiciones, ya que se trata de un supuesto de invalidez sobrevinida en cuanto que los elementos esenciales que presidieron el otorgamiento de la subvención han dejado de cumplirse por causas imputables al obligado. La mera trasgresión del plazo de presentación de documentos no puede entenderse que pueda acarrear la consecuen-

- d) No resultan subsanables los defectos documentales de que adolece una solicitud con la presentación de dicha documentación en el ulterior recurso, sobre todo si la Administración cursó en debida forma requerimiento previo para que el particular adjuntara los documentos acreditativos de estar en posesión de los determinados requisitos (SAN de 10 de mayo de 2006, JUR 2006\158557). En consecuencia, el plazo que se concede para subsanar es único, preclusivo y no fungible.

### 2.4.2

#### **El deber de la Administración de requerir al interesado y de otorgar un plazo de subsanación. Consecuencias de su incumplimiento**

Configurado como antecedente el *deber* de la Administración de efectuar el requerimiento de subsanación –“se requerirá”, dice el precepto–, pese a que no lo especifica el art. 68 LPAC, las consecuencias de su incumplimiento no pueden ser otras que *la imposibilidad de inadmitir la solicitud* –que, de producirse, sería un acto de trámite cualificado, recurrible autónomamente por impedir la continuación del procedimiento (STS de 11 de julio de 2002, RJ 2002\7083)–, así como *la imposibilidad de desestimarla en cuanto al fondo* (STS de 11 de abril de 1997, RJ 1997\2859). Es más, a este requerimiento habrá de añadirse la advertencia de que, de no proceder en este sentido, se le tendrá por desistido de su petición. No obstante, en puridad debe entenderse que no se trata propiamente de un desistimiento, sino de la caducidad del procedimiento. En cualquier caso, y con entera independencia de la terminología que se adopte, de incumplirse este nuevo deber de conceder un plazo para la subsanación, así como la referida advertencia de desistimiento y correspondiente archivo, la consecuencia, a su vez, no puede ser otra que la anulación de los actos que así lo acuerdan<sup>12</sup>, sin que constituya óbice ni impedimento para ello la circunstancia de que sea posible una reiteración de la misma solicitud, dado que, como bien afirma la STSJ de Madrid de 4 de mayo de

---

cia revocatoria acordada por la Administración, pues “no se cuestiona la efectividad de la realización de las inversiones para que se otorgó la subvención”, que constituiría el aspecto sustantivo, cuya concurrencia al caso es lo que haría aplicable la solución de la revocación de la subvención y la obligatoriedad de devolución de las cantidades obtenidas.

12. En este sentido se expresan la STS de 12 de julio de 2004 (RJ 2004\4239), la STSJ País Vasco de 4 de febrero de 1999 (RJCA 1999\844), la STSJ Castilla y León de 23 de mayo de 2003 (RJCA 2003\1022), y la STSJ Navarra de 7 de febrero de 2004 (JUR 2004\34011).

2006 (JUR 2006\230785), lo que determina la declaración de nulidad es la ausencia misma del trámite de subsanación, que concluiría y conduciría (como ahora señala *in fine* el art. 68.1) a una “declaración de desistimiento”, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el art. 21 LPAC.

Obvio es decir que una vez hecho uso del trámite de subsanación y, por tanto, enmendado el defecto de que adolecía la solicitud o la documentación preceptiva, surge en la Administración un nuevo deber: el de tomar en consideración tal actuación del particular, no solo ya por congruencia con la propia actuación administrativa y porque, de no hacerlo así, la Administración iría en contra de sus propios actos –al ofrecer inicialmente la posibilidad de subsanación para, posteriormente, resolver ignorando los documentos presentados dentro del plazo por ella habilitado, y sin dejar siquiera que este haya transcurrido (STSJ del País Vasco de 13 de enero de 1997, RJCA 1997\256)–, sino también porque van de suyo los efectos retroactivos de dicha subsanación, por lo que, a todos los efectos y con todas las consecuencias, ha de entenderse producida con la misma fecha en que fue formulada la propia solicitud que se subsana. De no hacerlo así, la consecuencia no puede ser otra que la anulación de la resolución administrativa que se dicta con fecha anterior a la propia subsanación, o de aquella que, dictada con fecha posterior, no la toma en consideración (SAN de 21 de octubre de 1999, RJCA 1999\3545).

### 3

#### Actos de instrucción

Los actos de instrucción se definen en el art. 75.1 LPAC como los actos necesarios o adecuados para la “determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”. Sin embargo, en puridad, los actos a los que se refiere el precepto son los *actos de trámite*, que resultan diferenciables de aquellas otras actuaciones previas a la iniciación de determinados procedimientos, tanto los regulados por su correspondiente normativa específica como los establecidos con carácter general en el art. 55 LPAC. Los que aquí nos interesan son estos últimos, los denominados propiamente “actos de instrucción”, de los que, además, suele afirmarse que se realizarán de oficio por el órgano encargado de tramitar el procedimiento. Sin embargo, esta afirmación no puede ser aceptada sin cautelas, pues inmediatamente aparece desmentida tanto en la LPAC como en su predecesora LRJPAC cuando se permite la continua interven-



ción del interesado a lo largo del procedimiento, no solo con la posibilidad de formular alegaciones y presentar documentación en cualquier momento, sino también con la participación al practicarse la prueba, con el trámite de audiencia al interesado, etc. Cuestión distinta es la reserva de exclusiva competencia de la Administración en cuanto a la declaración y selección de los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos relevantes para decidir el procedimiento, pues estos sí son de averiguación obligada para la Administración.

### 3.1

#### La práctica de la prueba

La LPAC es escasamente novedosa por lo que se refiere a la regulación de la prueba, en donde vuelve a reproducirse casi en su literalidad lo que al respecto quedó establecido en los arts. 80 y 81 LRJPAC, si bien ahora el art. 77.1 LPAC, consciente de la excesiva brevedad con que regula esta materia, establece una remisión expresa a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para proceder conforme a los criterios de valoración en ella establecidos. El problema radica en que, como reitera el Tribunal Supremo y recuerda el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto, dicha Ley no contiene un sistema de valoración de la prueba legal o tasado, sino que establece las reglas que determinan la eficacia probatoria de determinados medios de prueba, bajo el criterio general de la valoración conjunta de la prueba, por lo que en poco o nada contribuye esta remisión a la LEC. Por lo demás, el precepto regula de forma expresa dos cuestiones que afectan en exclusiva a los procedimientos sancionadores: una, la vinculación de los hechos probados por resoluciones judiciales penales firmes, y dos, el valor probatorio de las actas de inspección.

En relación con la primera cuestión, el art. 77.4 LPAC vuelve a reproducir casi en su tenor literal el art. 137.2 LRJPAC, declarando, como no podía ser de otro modo, que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien. Es lo que se ha venido denominando “la doctrina de la erradicación de las dos verdades”, es decir, que lo declarado por la sentencia firme constituye verdad jurídica, en tanto que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, ya sean jurisdiccionales o administrativos (SSTC 107/1989, de 8 de junio, y 77/1983, de 3 de octubre; STS de 23 de julio de 1998 –RJ 1998\6422–; SSTSJ de Cantabria de 3 de julio de 1997 y de 24 de febrero de 1999 –RJCA 1997\1479 y RJCA 1999\185–,

entre otras muchas). De ello deriva la prohibición absoluta de imposición de la sanción administrativa, si el juez penal ha declarado expresamente los hechos como no probados o la no intervención del sujeto en ellos. La finalidad es evidente: se trata de evitar contradicciones entre distintas resoluciones, las contenidas en la sentencia penal y en la resolución administrativa.

Ahora bien, con ser plausibles este principio y su fundamento, no dejan de plantear serios problemas. Así, como ha puesto de manifiesto QUINTERO OLIVARES<sup>13</sup>, siendo cierto que el relato fáctico de la sentencia judicial ha de ser respetado por los tribunales y por la Administración, es posible que determinados aspectos de ese hecho, *relevantes para el derecho sancionador administrativo*, carezcan de significación para el derecho penal, de tal forma que puede ocurrir que la ausencia de determinados componentes subjetivos de algunos delitos deje subsistente la infracción administrativa<sup>14</sup>, o bien que la Administración se encuentre en la necesidad de tener que analizar las sentencias penales para decidir si el fundamento de la absolución deja abierto o no el campo sancionador.

Por lo que se refiere al valor probatorio de los “documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad”, lo primero que debe advertirse es que con esta locución el art. 77.5 LPAC no quiere significar que los mismos pertenezcan a la categoría de documentos públicos propiamente dichos (en el sentido procesal del término), ni, obviamente, tampoco a la de documentos privados. Aunque no lo diga expresamente, ha de partirse de su consideración como categoría de documentos “oficiales”, que gozan de una llamada “presunción de verdad”, lo que determina que gocen de fuerza probatoria sobre los hechos, actos o estados de cosas que en ellos consten, salvo que tales extremos se desvirtúen mediante otros medios de prueba, incluida la indiciaria. La LRJPAC les atribuía en su art. 137.4 “valor probatorio”, y ahora el art. 77.5 LPAC afirma que “harán prueba”. Se trata, en mi opinión, de un mero cambio semántico que no supone en este caso una modificación sustantiva de relevantes consecuencias, como sí hubiera ocurrido si el legislador hubiera recuperado la expresión “hacer fe” del acto o del hecho consignado. En consecuencia,

13. QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del derecho penal”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 126, 1991, págs. 281 y ss.

14. Aun en estos casos, la posibilidad de sancionar el mismo hecho por parte de la Administración no está del todo clara, pues el elemento culpabilístico que en ocasiones se requiere para entender producida una infracción administrativa no concurre en aquellas absoluciones en que se excluye el dolo, la culpa, o bien se entiende que se ha producido por error excluyente de culpabilidad.

ya sea afirmando que tienen “valor probatorio” o que “hacen prueba”, la LPAC, como no podía ser de otro modo, incorpora a la letra de la Ley la doctrina ya consolidada de la jurisprudencia por cuya virtud no se establece a favor de estos documentos (y más señaladamente, de las actas y los atestados policiales) una presunción legal que dispense a la Administración de toda prueba respecto de los hechos sancionables, y mucho menos una presunción *iuris et de iure* de certeza, puesto que admiten prueba en contrario (STC 169/1998, de 21 de julio). Según el Tribunal Constitucional, se trata de medios de prueba de carácter documental que pueden valorarse en vía contencioso-administrativa junto con los demás elementos probatorios, pues son “un medio de prueba más”, cuya eficacia debe ponderarse a la luz del principio de libre valoración de la prueba, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los funcionarios consignen en las actas y diligencias. Por tanto, frente a ellos puede prevalecer otro medio debidamente valorado por los tribunales, incumbiendo al órgano sancionador la realización de pruebas dirigidas a determinar los hechos y las consiguientes responsabilidades, y ello pese a tener constancia de los medios en las correspondientes actas de inspección.

Por tanto, a todos estos documentos, aunque con matizaciones, les son de aplicación las reglas aplicables al proceso penal, y, salvo en los casos en que los particulares afectados muestren su conformidad con las aseveraciones contenidas en ellos, nunca deben constituir una prueba irrefutable o irrefutable de los hechos que pretenden acreditar. La presunción de la que gozan es *iuris tantum*, y el grado de credibilidad que pueden merecer no debe rebasar este límite, porque ni parten de unos hechos preconstituidos, ni quienes intervienen en ellos actúan como jueces imparciales, sino que es la Administración la que investiga y denuncia, por lo que debe respetar el sistema de garantías del procedimiento administrativo y, en lo aplicable a él, las propias del proceso penal, en el que, no debe olvidarse, las actas de inspección solo gozan del valor de mera denuncia.

Resulta en este sentido oportuna la cita de la STC 169/1998, de 21 de julio, en que se dejaba afirmado que la presunción de inocencia no excluye el valor probatorio que las actas de infracción pueden tener; actas en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones, con la posibilidad de destruir la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano. Así se hizo constar en la ya citada STC 76/1990, de 26 de abril, y se repite en la STC 14/1997, de 28 de enero, que modularon el contenido del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE. Según esta jurisprudencia constitucional, las actas de inspección tienen un valor que va más allá de la denuncia, y gozan de valor probatorio. Sin

embargo, esto no quiere decir “que las actas gocen [...] de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia. En vía judicial, las actas [...] incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho, y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas”. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990\4984), afirmaba que la actividad desplegada para comprobar los hechos tiene necesariamente naturaleza administrativa, de la que participan los atestados policiales, a los que no se puede negar la calidad de ser una de las posibles pruebas a valorar libremente por el órgano que debe resolver, que puede apoyarse en ellos para formar su convicción de que proceda sancionar, siempre, naturalmente, que se haya ofrecido al interesado la posibilidad de contradecir su contenido.

Es más, la STSJ de Madrid de 10 de febrero de 2000 (JUR 2000\187840) ha dejado afirmado que “a lo consignado en las denuncias o en las actas administrativas no ha de otorgársele una fuerza de convicción privilegiada que las haga prevalecer a todo trance, aunque sí debe atribuírsele eficacia probatoria en el procedimiento administrativo sancionador en relación a la apreciación racional de los hechos y de la culpabilidad del expedientado, en la medida en que los datos objetivos reflejados en la denuncia o en el acta no hayan sido conocidos de referencia por los denunciados, ni fueren producto de su enjuiciamiento o deducción, sino percibidos real, objetiva y directamente por los agentes, que no han de ser considerados, en esos casos, como simples particulares, sino como funcionarios públicos actuando objetivamente en el cumplimiento de las funciones de su cargo. Estas circunstancias son las que dotan de un carácter de imparcialidad y de la condición de prueba directa al contenido de la denuncia –que no solo determina la incoación del procedimiento sino que también es, a la vez, medio de prueba, con lo que se logra la sumariedad que es lógica a esta clase de procedimientos sancionadores–, que puede ser muy relevante en la valoración de la prueba practicada, pero esto no quiere decir que en todos los casos la denuncia del agente constituya prueba plena”.

En consecuencia, ninguno de estos documentos goza de virtualidad para desplazar la carga de la prueba al imputado<sup>15</sup>, sino solo la carga de recurrir la resolución sancionadora. Es más, como determina la STSJ del País Vasco

15. *Vid.*, por todos, BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Madrid, 2003, págs. 185 a 216.

de 20 de mayo de 1999 (RJCA 1999\2248), el carácter de prueba documental dotada de la fuerza probatoria de este tipo de documentos se extiende solo a aquellos hechos consignados en el acta con el grado de pormenorización suficiente para garantizar el ejercicio del derecho de defensa. En el proceso en causa no había sucedido así, puesto que omitía “un dato trascendental cual es el consignar la fecha en que se cometió la infracción, sin que tal defecto pueda entenderse subsanado por la ratificación efectuada por persona distinta que el inspector denunciante; de tal suerte que, no habiéndose llegado a documentar en el expediente administrativo el acta de inspección observando los requisitos legales pertinentes, es claro que la misma carece del valor y fuerza probatoria dispuesta en el artículo 137.3 LRJPAC”.

En consecuencia, el valor probatorio de las actas de inspección viene determinado por su “presunción de veracidad” –que no de certeza–, por lo que la misma no alcanza a todo el contenido del acta, sino a determinados datos que la jurisprudencia se ha encargado de perfilar, y bajo los siguientes requisitos que pueden deducirse de abundante jurisprudencia:

- Que los hechos hayan sido objeto de comprobación en el mismo acto de la visita, cuando se levanta con ocasión de ella.
- Lo anterior exige, a su vez, que los hechos, por su realidad objetiva y visible, sean susceptibles de apreciación directa en dicho acto, o bien que resulten acreditados “in situ” documentalmente.
- Que los hechos han de ser comprobados personal y directamente por el inspector y no por apreciaciones realizadas por terceros, aunque tengan la consideración de funcionarios públicos.

Por tanto, las actas de inspección gozan de presunción de certeza siempre que el acto refleje la convicción personal del inspector y directa comprobación *in situ* de los hechos, y que se trate de verdaderos actos de inspección. Si no es así, tendrán el valor de mera denuncia.

### 3.2 Los informes

Tampoco ofrece en este punto novedades significativas la LPAC. Y nuevamente en este caso el legislador ha omitido alguna consideración que, a mi juicio, hubiera servido para terciar y resolver definitivamente la discrepancia que existe en la jurisprudencia en relación con las consecuencias invalidatorias de la falta de solicitud de los informes preceptivos. Como bien es sabido, la petición del informe cuando este es preceptivo según la normativa aplicable es de obligado cumplimiento. Estamos, por tanto, en presencia de un trámite

esencial. Aun así, si el mismo se ha solicitado pero el órgano consultivo no lo ha emitido en plazo, la resolución podrá dictarse sin él. Así puede deducirse del art. 80.3 LPAC en relación con el art. 22.1.d), que prevén que se suspenderá el procedimiento durante tres meses como máximo, pudiendo proseguirse en caso de no recibirse en ese plazo. Ahora bien, la omisión de la solicitud (no de la emisión) de estos informes preceptivos, ¿qué virtualidad invalidante tiene respecto de la resolución definitiva que se haya dictado prescindiendo de ellos? En este caso la respuesta no puede ser unívoca, porque no lo es la jurisprudencia dictada hasta el momento; una jurisprudencia pendular a más no poder, que va desde el máximo rigor hasta la flexibilidad más absoluta. En este sentido existen sentencias para todos los gustos: desde las que sancionan con la nulidad de pleno derecho al acto resolutorio dictado prescindiendo de aquellos, hasta las que, sin negar la existencia de ilegalidad, sin embargo afirman que esta solo es calificable de irregularidad no invalidante, pasando por las que determinan que se trata de un supuesto de anulabilidad.

Así, la STS de 18 de noviembre de 2002 (RJ 2003\397) calificaba el Informe del Secretario del Ayuntamiento como “documento importante”, por lo que no cabe adoptar un acuerdo prescindiendo de él, y la STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000\10360) llega a la misma conclusión, sancionando con la nulidad absoluta al acuerdo adoptado; y lo hace en aplicación de abundante jurisprudencia, entre la que cabe destacar la STS de 18 de mayo de 1987 (RJ 1987\5525), que calificaba el informe preceptivo como un trámite de naturaleza esencial, que incluso afecta al orden público, por lo que su omisión determina la anulación del procedimiento administrativo y su reposición al momento oportuno para que pueda suplirse la falta emitiendo el informe. Mucho más contundente aún se expresaba la STS de 6 de marzo de 1989 (RJ 1989\2594), que justificaba la máxima sanción para el acto dictado prescindiendo del informe preceptivo con las siguientes consideraciones:

- Que la omisión del informe no es convalidable ni subsanable.
- Que tampoco cabe admitir un acto tácito de apreciación de la legalidad de los acuerdos adoptados por la intervención del Secretario a lo largo del expediente.
- Que es un presupuesto formal establecido por una norma postconstitucional, y que ha de ser valorado como requisito esencial.
- Que “esa infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa y acertada de la solución adoptada por la Administración, dado que la finalidad del informe es ilustrar al órgano decisor”, siendo esta “la importante función en orden a propiciar la legalidad”.

- En consecuencia, en tales casos invalidar el procedimiento administrativo a partir de dicha omisión no se opone a la racionalidad jurídica y a la realidad social en que se debe mover el Ordenamiento Jurídico.

Por su parte, la STS de 30 de marzo de 1990 (RJ 1990\1836) añade que esta omisión es una irregularidad formal que entraña una “auténtica disminución real, efectiva y trascendente de las garantías procedimentales, dando lugar con ello a la indefensión”, por lo que es necesaria la previa subsanación de dichos defectos formales para que, una vez subsanados, el acto administrativo procedente se pueda dictar con todas las garantías de acierto. Sin embargo, esta posibilidad de subsanación se niega en la STS de 31 de marzo de 1993 (RJ 1993\1608), cuando se trata de informes preceptivos, lo que no constituye óbice para negar que se trate de un vicio de nulidad radical sino de anulabilidad.

La STS de 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8124), por el contrario, le niega categoría de vicio esencial del procedimiento, y considera que, aun tratándose de un informe preceptivo, su omisión constituye una vulneración del ordenamiento jurídico que no solo no ha producido indefensión, sino que “no es presumible que la opinión del Secretario hiciese variar el voto de los concejales” –afirmación esta que entiendo hartamente arriesgada–, por lo que considera que se trata de un mero vicio no invalidante<sup>16</sup>.

No encontramos esa misma flexibilidad de criterio en la mayoría de los tribunales superiores de justicia que han tenido ocasión de pronunciarse, en los correspondientes procesos en causa en que se había producido esta omisión. Destaca por su abierta disconformidad con la línea jurisprudencial que salva de la anulación al acto dictado prescindiendo de este requisito la STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2002 (RJCA 2002\369), ya que en este supuesto el acto –que en este caso era de desafectación– se habría dictado sin la debida justificación de la legalidad y oportunidad exigibles, y sin el pertinente conocimiento de si la tramitación del procedimiento fue o no insuficiente<sup>17</sup>. Esta misma consecuencia se extrae de la STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2001 (JUR 2001\306883), en este caso por considerar que dicha omisión “privó a la Corporación y al propio recurrente de un conocimiento más completo de la naturaleza y consecuencias del acto sometido a la aprobación del Pleno de la Corporación”.

Y quizá la que manifiesta mayor rigor en la exigencia de este trámite sea la STSJ de Andalucía, Granada, de 8 de junio de 1998 (RJCA 1998\2314), que

16. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 29 de septiembre de 2001 (JUR 2001\283152).

17. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 31 de enero de 2001 (RJ 2001\443; recurso 2061/1996).

llega a la conclusión de que el acto merece la anulación de pleno derecho, no solo por las razones apuntadas, sino por una razón que ha sido obviada en todas las anteriores resoluciones, como es la vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. La singularidad de esta Sentencia radica en que parece otorgar a este vicio un sentido funcional, que es el que la jurisprudencia otorga al concepto de “esencial” que se exige a las reglas de colegialidad, “lo que implica la necesidad de que la infracción haya tenido trascendencia bastante como para poder alterar el resultado final en que cristaliza la voluntad del órgano colegiado”.

#### 4

### La terminación del procedimiento

De entre todas las posibles formas de terminación del procedimiento, merecen especial atención, por las razones que se explicitarán, la terminación convencional, el desistimiento y la caducidad.

Por lo que se refiere a la terminación convencional, la LPAC ha desconsiderado las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial, que reclamaba al legislador mayor clarificación de esta figura y, más concretamente, que determinara si para que la Administración pueda celebrar los convenios a que en ella se hace referencia (alternativos a la resolución que pone fin al procedimiento o vinculante de su contenido) es necesaria una autorización expresa, o si, por el contrario, basta la autorización genérica que de la misma se desprende, esto es, el apoderamiento general que de ella resulta.

En cuanto al desistimiento, bien es sabido que el art. 90 LRJPAC hacía referencia solo a los interesados como únicos sujetos que podían solicitarlo respecto a las solicitudes por ellos presentadas. Pero la falta de previsión normativa para admitir a la Administración como sujeto activo del desistimiento, nunca constituyó óbice ni impedimento para que esta pudiera también utilizar dicha figura como modo de finalizar un procedimiento por ella iniciado. Así lo han afirmado las SSTs de 18 de octubre de 1986 (RJ 1986\5355) y de 11 de julio de 1990 (RJ 1990\6032), afirmando esta última que:

“La jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento iniciado de oficio por ella, pero aunque ciertamente la LPA contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, ello no impide que pueda darse válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración cuando



llegue al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate”.

En similar sentido se expresaba la STS de 23 de junio de 1987 (RJ 1987\6524):

“Por lo que hace a la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento de oficio hay que admitir tal posibilidad, y así lo tiene ya declarado este Tribunal Supremo en sentencias de 6 de febrero de 1985 (RJ 1985\724) y 18 de octubre de 1986 (RJ 1986\5355), de la Sala 5.<sup>a</sup> con referencia al procedimiento expropiatorio. Ciertamente la Ley de Procedimiento Administrativo contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, pero ello no impide que pueda darse también válidamente un desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración. De una parte, porque el desistimiento del particular previsto en los artículos 96 a 98 no puede tener lugar sin la decisión de la Administración, de manera que el desistimiento exige siempre un acto administrativo de aceptación, siquiera sea un ‘acto debido’ normalmente, pero que puede no serlo; tal ocurre cuando hay terceros interesados que se oponen. Y de otra parte, porque si la Administración puede a la vista de la información reservada acordar la no iniciación del procedimiento sancionador, tanto más podrá acordar el archivo de las actuaciones sin llegar al acto terminal de fondo, cuando –como aquí ha ocurrido– se haya obtenido el convencimiento racional de la falta de base de la denuncia formulada”.

Aunque también en este sentido es parca en palabras la LPAC y en su art. 93 se remite a “los supuestos y requisitos previstos en las leyes”, parecen obvias dos cuestiones: una, que los procedimientos en que tal desistimiento puede acontecer han de ser necesariamente los iniciados de oficio, pues resulta del todo imposible que sea respecto de los iniciados a solicitud de persona interesada; y dos, que los requisitos formales han de ser los mismos que se establecen, con mayor pormenorización, en el art. 94, para el desistimiento de los interesados.

Especialmente desafortunado es el art. 95 LPAC, regulador de la caducidad. Una regulación que ha dado lugar a una profusa jurisprudencia que colmató las lagunas con que tradicionalmente ha estado regulada esta figura y que ahora, nuevamente, el legislador ha decidido desoír. Y en este sentido, deja incólume desde su propia denominación, que no deja de ser equívoca por lo que luego se dirá, hasta la regulación desagregada de los supuestos en los que procede, que, según se trate de procedimientos iniciados de oficio o a instancia de interesado, se regulan en preceptos distintos y distantes (arts. 25.1.b y 95, respectivamente).

Como ya afirmé en otro lugar<sup>18</sup>, la regulación dista de ser satisfactoria por tres razones que saltan a la vista con solo leer sus preceptos reguladores: una, su delimitación conceptual, pues, dadas las grandes diferencias que las separan, sería conveniente distinguir las también nominalmente. De ahí que la doctrina haya mostrado su preferencia por denominar “perención” a la caducidad producida en los procedimientos iniciados de oficio –lo que acontece cuando su resolución tiene efectos sancionadores o, en general, restrictivos para los derechos individuales (art. 25.1 LPAC)–, y “caducidad” cuando se trata de la producida en procedimientos iniciados a instancia de interesado. Y, por último, “decadencia” para referirse a la que afecta a los derechos, aunque se venga a confundir con la perención –porque su ámbito se circunscribe también al cauce formal que se sigue para ejercitarlos y tampoco prejuzga el fondo objeto del debate–; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que esta última produce su decadencia por no haberlos ejercitado en el lapso temporal previsto en la ley, lo que hace que, por esta razón, no puedan ejercerse<sup>19</sup>.

En segundo lugar, las consecuencias invalidatorias, si es que las tiene, de la resolución definitiva con que se pone fin a un procedimiento, si la misma se dicta una vez concluido el plazo máximo para resolverlo. Sí prevé *expressis verbis* el art. 95.3 LPAC la posibilidad de reiniciar un procedimiento sancionador caducado cuando aún no se ha agotado el plazo de prescripción, determinando incluso los “actos y trámites” que pueden ser reutilizados en el mismo provenientes del anterior caducado, así como aquellos que habrán de realizarse de nuevo, siendo el criterio distintivo que se deduce la necesidad o no de intervención de los interesados en el trámite, así como su posible afeción a su derecho de defensa.

Y en tercer lugar, resulta reprochable que la LPAC haya abandonado la metodología que venía empleando para otras cuestiones del procedimiento sancionador, de tal forma que directamente ha dejado huérfana de regulación la caducidad entre sus especialidades.

El legislador, como digo, incurre, desde mi parecer, en dos errores de indudable trascendencia práctica: por un lado, relaciona de modo inadecuado

18. GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J., *Principios de la potestad sancionadora. Teoría y Práctica*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 272 y ss.

19. Como afirma GONZÁLEZ NAVARRO, “el problema de la naturaleza jurídica de la llamada caducidad del procedimiento se resuelve en una perogrullada: la caducidad del procedimiento es... la caducidad del procedimiento. Ni caducidad de derechos, ni prescripción de acciones. Extinción del procedimiento y nada más”. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “La llamada caducidad del procedimiento administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 45, 1964, pág. 201.

la caducidad-perención del art. 25.1.b con la caducidad del procedimiento del art. 95, dando continuidad así a la equivocidad que padecían los arts. 44 y 92 LRJPAC, y poniendo de manifiesto el error de base del que parte; y, como consecuencia de lo anterior, parece dejar incomunicada la prescripción de las infracciones y sanciones con la caducidad del procedimiento, con la exclusiva finalidad de dejar incólume la posibilidad de perseguir la infracción o la sanción pese a haber transcurrido el tiempo máximo de duración del procedimiento<sup>20</sup>, algo que ha acabado por admitir en el párrafo 3.º del art. 95.

Efectivamente, el art. 95.3 LPAC establece que la caducidad de un expediente sancionador no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración. El art. 25.1.b LPAC ha obviado pronunciarse en semejantes términos, pero se remite al art. 95. Y es ahí donde surge el primer problema, en tanto que no se ha molestado en expresar si lo hace globalmente a todo el precepto –incluida, por tanto, la declaración que acaba de expresarse– o solo a parte de él –con posibilidades de excluirla–. Pero, si bien se mira, lo que establece el art. 95.3 es que la caducidad no presupone la prescripción<sup>21</sup>, pero, en realidad, tampoco la niega, con lo que da la impresión de que al precepto le falta algo. Y si resulta que, como dice la mencionada STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2000, los plazos de caducidad no son disponibles para la Administración, y han de configurarse en la doble vertiente de constituir un mandato dirigido a las autoridades administrativas (para responder de forma eficaz) y un derecho del administrado (a la no continuación del procedimiento), ¿cómo puede, a renglón seguido, sostenerse, como hace la sentencia, que puede reabrirse otro nuevo y distinto procedimiento con el mismo objeto?<sup>22</sup> ¿No se le estaría quitando con una mano lo que se le concedió con la otra?

Pero no es esta la única objeción que cabe formular frente a una solución semejante. Argumentos de peso han ofrecido la doctrina<sup>23</sup> y alguna que

20. Con independencia de lo que con mayor abundamiento se dirá, la jurisprudencia se ha encargado de delimitar ambas instituciones. Puede consultarse en este sentido la STS de 9 de marzo de 1988 (RJ 1988\1825): “el transcurso de tiempo entre un trámite y otro de un procedimiento administrativo, esto es, el hecho de su paralización durante cierto tiempo, lo que podría originar no es la prescripción de la infracción, mejor dicho, del derecho de la Administración a perseguirla, sino la caducidad del expediente [...]”.

21. No la presupone en ningún sentido: ni para interrumpirla, ni para dar lugar a ella, ni tampoco para iniciar un procedimiento que tenga por objeto reparar los daños que se hayan causado. Así lo determina la SAN de 22 de noviembre de 2002 (RJCA 2003\20).

22. Y así lo sostienen también la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 1998 (RJCA 1998\2821) y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de abril de 2002 (RJCA 2002\943).

23. CABALLERO SÁNCHEZ, R., *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw Hill, Madrid, 1999; y LÓPEZ PELLICER, J. A., “La caducidad del procedimiento sancionador: ¿puede reabrirse y tramitarse otro si la infracción no ha prescrito?”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 42, 1999, págs. 1171 a 1199.

otra resolución judicial. De todas ellas destacan las SSTSJ de Murcia de 9 de noviembre de 1999 (RJCA 1999\3862), de 28 de marzo de 2001 (RJCA 2001\352) y de 24 de octubre de 2002 (RJCA 2002\49). En apretada síntesis, pueden concretarse sus fundamentos en los siguientes:

- 1) El ejercicio concreto de la potestad sancionadora ha de efectuarse bajo las exigencias que el propio ordenamiento establece, y entre las que se halla precisamente el requisito de tiempo, es decir, que la actuación administrativa se lleve a cabo dentro del plazo legalmente fijado, con entera independencia de que aún reste o no plazo de prescripción.
- 2) La paralización del procedimiento y que esta sea imputable a la Administración son presupuestos de hecho para que proceda la declaración de caducidad, “por lo que no parece justo ni adecuado que las consecuencias de la pasividad administrativa se atribuyan al imputado en lugar de a la propia Administración responsable de la inactividad”. En estas circunstancias, la poderosa razón de seguridad jurídica de evitar la situación de incertidumbre en el ciudadano es la que impide justamente que esta situación se prolongue más allá de los plazos y términos legalmente establecidos, amén de la legítima confianza que el ciudadano tiene en que las normas vigentes sean debidamente observadas y cumplidas por la Administración. Ítem más, a la Administración, cuando ejercita esa potestad punitiva, se le exige “una actuación especialmente diligente y eficaz, que ponga fin a la situación de incertidumbre en el tiempo estricta y legalmente prefijado”.
- 3) En otro orden de cosas, una de las diferencias más notables que distingue la prescripción y la caducidad-perención nos ofrece otra razón de no menor importancia que las anteriores: “En el régimen administrativo sancionador la prescripción se refiere no a un derecho o situación jurídica individualizada del presunto infractor, sino a la existencia de responsabilidad administrativa en que este haya podido incurrir, mientras que en la caducidad-perención del procedimiento sancionador lo que se extingue es la posibilidad de ejercicio e imposición en el caso concreto de una sanción administrativa, por causa –la paralización de aquel– que sea imputable a la propia Administración. Se trata, pues, de supuestos y situaciones distintas, que no cabe forzar para asimilarlas hasta el punto de hacer extensivo el precepto del artículo 92.3 de la Ley 30/1992 –sobre caducidad de los procedimientos iniciados ‘a solicitud del interesado’– a la caducidad del procedimiento

sancionador, en una interpretación analógica no favorable para el interesado, que además y por si no fuera bastante, sería contraria a la lógica de la propia institución de este tipo de caducidad y a la normativa que la establece como efecto-sanción para la Administración, por inactividad a ella achacable. No parece razonable, en efecto, entender que, a pesar de la caducidad producida y declarada del procedimiento sancionador, la Administración pueda repetirlo, como si aquella caducidad no existiera legalmente, esto es, como si fuera una especie de técnica indiferente en el terreno jurídico, sin función alguna que cumplir, ni trascendencia o efecto jurídico, de la que pudiera prescindirse por ello, o ignorarse, a pesar de venir como viene establecido por el ordenamiento, con unas determinadas consecuencias, y haber sido declarada además específicamente por la propia Administración en este caso. Si existe en ambos planos, el normativo y el concreto, la caducidad del procedimiento sancionador, algún sentido tiene que tener: el que impone para la Administración la exigencia –constitucional– de actuar de manera eficaz (art. 103.1 de la Constitución) y, por ende, asimismo, temporánea, exigencia cuyo incumplimiento, por inactividad de la Administración, la Ley por ello sanciona; y para el administrado –aquí presunto infractor– el derecho correlativo, y vinculado al citado principio de seguridad jurídica, a que la Administración actúe enjuiciando y resolviendo el asunto estrictamente dentro de plazo, para que la situación de afflictividad e incertidumbre generada con la incoación del procedimiento sancionador, e imputación de posible responsabilidad al presunto infractor, no se prolongue más allá del tiempo legalmente establecido y que condiciona el ejercicio concreto de la potestad sancionadora”.

Sin embargo, la STS de 12 de junio de 2003 (RJ 2003\4602) no se mostró precisamente proclive a otorgar favorable acogida a estos argumentos, y, con cita de las SSTs de 5 de diciembre de 2001 y de 17 de abril de 2002, sentó la siguiente doctrina legal: “La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, art. 44.2 LRJPAC, no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el art. 92.3 de la misma Ley”.