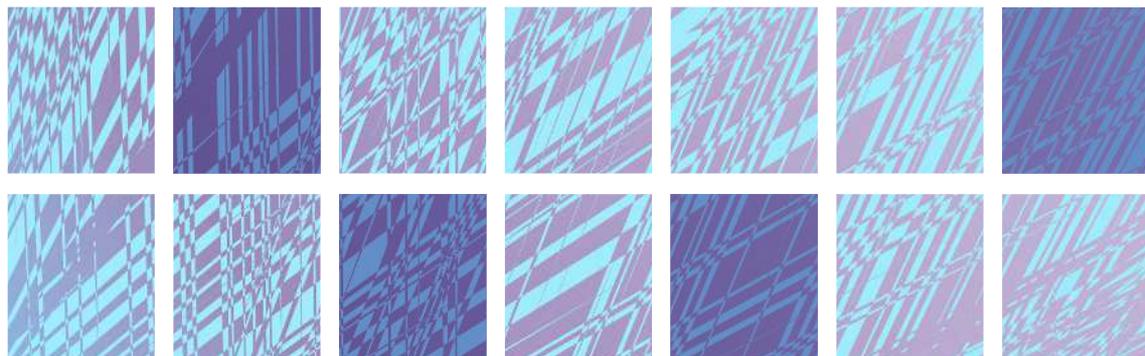


# Derecho administrativo vivo

Una mirada original al laberinto de lo público

José Ramón Chaves García

■ BOSCH





■ BOSCH

# Derecho administrativo vivo

Una mirada original al laberinto de lo público

José Ramón Chaves García

© José Ramón Chaves García, 2021

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**

**Wolters Kluwer Legal & Regulatory España**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** 91 602 01 82

**e-mail:** [clienteslaley@wolterskluwer.es](mailto:clienteslaley@wolterskluwer.es)

<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** noviembre 2021

**Depósito Legal:** M-32014-2021

**ISBN versión impresa:** 978-84-9090-564-7

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9090-565-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

**347. El Estado sospechoso.** El Estado se ofrece sobre la letra de la Constitución como un ecosistema feliz, una utopía jurídica, donde todo el aparato público nos garantiza el mejor servicio a la mayor parte de las personas y respetando las leyes de todos. Sin embargo, las leyes y reglamentos, los presupuestos y los actos administrativos desdibujan el modelo, hasta el punto de que hoy día muchos compartirían actualmente la ácida queja de Miguel de Unamuno:

«¿Qué es el Estado?, ¿es la sociedad?, ¿es la comunidad?, ¿es el pueblo? El Estado, dejándonos de camelos jurídicos, ha venido a significar la facción, el fajo de los que usufructúan, o usurpan el poder público. El Estado ni siembra ni siega; entroja lo que recaudan sus listeros de segadores. Lo entroja y devora luego lo que le dejan las mermas y los gorgojos» (Ahora-Madrid, 12 de julio de 1933).

El Estado es necesario, pero necesario es controlarlo porque si no hace lo que debe, todos salimos perjudicados; al decir del periodista español Ramón Pi «El estado es necesario. Debe mantenerse. Pero debe mantenerse a raya».

**348. Todos vigilamos.** La misión de la Administración es servir a la eficacia por el camino de la legalidad, pero la ciudadanía es corresponsable de la lucha por el interés general. Reviste acierto y actualidad la afirmación de Tucídides que pone en boca de Pericles el modelo de gobierno griego en el que:

«todos cuidan de igual modo de las cosas de la república que tocan al bien común, como de las suyas propias; y ocupados en sus negocios particulares, procuran estar enterados de los del común».

Hoy día impera un Estado social, que ha aumentado su intervención pública, el número de bienes públicos y los servicios públicos que se quiere garantizar a todos. Sin embargo, quizá porque somos todos hijos de Caín, cuando vemos dañado o en peligro los bienes comunes miramos hacia otro lado y pensamos aquello de «¿acaso soy el guardián de mi hermano?».

Solo mediante la implicación de todos en lo que nos atañe a todos, podemos afrontar debates y efectuar la crítica abierta y fundada a la mala política. El ciudadano que se desentiende del interés común, que no protege bienes y servicios públicos, que no

respetar a los servidores públicos, malamente tiene legitimidad para censurar las políticas administrativas.

No se precisan conocimientos jurídicos en el común de los ciudadanos para valorar el servicio o la gestión pública. Lo normal es que la Administración funcione con un mínimo de dignidad institucional, pues está diseñada para el éxito, de igual modo que es natural que la sinfonía n.º 9 de Beethoven deleite a quienes la escuchan. Sin embargo, si el servicio público está torpemente prestado, la valoración ciudadana será negativa igual que la que merecería una sinfonía pésimamente interpretada por la orquesta, sin que sea necesario que el crítico conozca qué instrumentos la forman, ni tenga mínima idea de solfeo, ni se informe de como el maestro gestó la obra. El ciudadano sabe cuándo recibe un buen servicio público y cuando falta, se presta tarde o mal.

**349. Conocer para controlar.** La Administración siempre ha cubierto con el manto de la personalidad jurídica única las personalidades individuales de sus autoridades y funcionarios, y con ello ha disimulado también sus responsabilidades.

Como contrapartida, los empleados públicos viven instalados en el sueño de una Administración mecanicista, objetiva y ajustada a la norma, de cuyos misterios son fieles guardianes, por lo que mantienen un punto ciego sobre cómo se cuecen realmente las decisiones, pese a tratarse de secretos de Polichinela que realmente todos intuyen.

Sin embargo, el secretismo en la Administración ha pasado a la historia por el impacto de una regla de signo contrario, la transparencia. El impulso decisivo lo otorgó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que permitió, por un lado, el conocimiento por cualquier persona, sin justificar interés legítimo, del contenido de expedientes terminados, con salvaguarda de la protección de datos personales. Y de otro lado, contempló medidas para reaccionar frente al rechazo del derecho a conocer. O sea, puertas abiertas de las Administraciones Públicas y expedientes abiertos para universal consulta, aunque la pomposa Ley trae su letra pequeña.

En la práctica, ese derecho a conocer sirve para comprobar si existe o no una decisión arbitraria y para decidir si merece la pena denunciarla o recurrirla. Conocer el expediente no cambia su historia, pero satisface la curiosidad y alma del consultante. En la práctica, la distinción entre los expedientes administrativos opacos y los expedientes transparentes es similar a la existente entre ataúdes y féretros, ya que aquéllos no tienen ventanilla para ver al difunto y éstos sí, pero en ambos casos, es tarde para salvar al finado.

**350. La legalidad fallida.** Pese a la reiterada y firme imposición del sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho, ésta sigue pecando contra la ley positiva.

El funcionario de nuevo ingreso que cree en una Administración benéfica y angelical pronto constata que existen fallos en la Administración, que la ley se incumple y nadie se rasga las vestiduras, que se considera normal lo anormal. El novato sufre algo similar al síndrome de París que aqueja a los turistas japoneses. Estos tienen tan idealizadas las bellezas de París, cargada de bohemia y paz, que cuando las contemplan en persona, con

su carga de bullicio y estrés, sufren ansiedad, neurosis y decepción, ante el contraste entre sus expectativas culturales y la cruel realidad.

Una vez que se asume que el diamante jurídico tiene imperfecciones, es hora de preguntarse por la razón de estos fallos.

El primer culpable es *el diseño del propio ordenamiento jurídico* que presenta inevitables puntos de fragilidad. No es un modelo cerrado, continuo, sin fugas ni grietas, ni los operadores jurídicos son infalibles (parlamentarios, políticos y jueces).

Es un sistema que utiliza conceptos y estos se expresan en palabras. Eso explica la existencia de conceptos discrecionales o abiertos con núcleos inaccesibles a razonamientos unidireccionales (interés público, salud pública, urgencia, estética, valor cultural, sostenible, adecuado, etcétera). Se revaloriza así la fuerza de la semiótica para interpretar el mensaje de la letra de la norma o la sentencia. Aquí entran en juego la pluralidad de criterios de interpretación y la perspectiva adoptada por cada intérprete (ciudadano, jurista, funcionario, juez, etcétera).

El segundo factor crucial para mostrar la riqueza de matices del derecho administrativo radica en *la presencia de los valores, principios generales del derecho y principios técnicos*. En efecto, sobre la actuación administrativa y con expresión en normas y jurisprudencia se sitúan los valores (libertad, justicia, igualdad y seguridad jurídica, significativamente), la incidencia de los principios generales del Derecho (proporcionalidad, objetividad, buena fe, confianza legítima, actos propios, etcétera) y la fuerza de principios técnicos (legalidad, descentralización, eficacia, etcétera). Esa concurrencia de valores y principios, con extensión y fuerza imprecisa, y a veces con direcciones contradictorias, supone la presencia en el derecho administrativo de un serio elemento de incertidumbre.

Junto a estos factores que provocan errores jurídicos estructurales, o aceptables, estarían *los derivados de la torpeza de algunos servidores públicos*, que bien por negligencia o malicia, provocan actuaciones administrativas ilegales.

Este escenario delicado hace preciso el protagonismo de la jurisdicción contencioso-administrativa con su papel de diagnóstico, remiendo y represión de tales errores, pero eso sí, no caigamos en la trampa psicológica de condenar a la administración en su conjunto, pues la actividad administrativa es tan inmensa como el océano, y no se contamina porque algunas gotas estén manchadas por malos usos.

**351. Limitaciones de la justicia administrativa.** No todas las decisiones administrativas pasan al escrutinio jurisdiccional contencioso-administrativo ni las que pasan son objeto de valoración infalible de su regularidad.

Un acto ilegal que no se recurre ni se solicita su revisión es un crimen impune. En efecto, la justicia administrativa no controla la legalidad por iniciativa propia sino en virtud de recursos que pueden plantear otras Administraciones Públicas afectadas por la decisión (normalmente controles de las administraciones territoriales estatal y autonómicas sobre los entes locales), o de los particulares legitimados para ello (ya que recordemos que hay campos abiertos a la legitimación universal —urbanismo— y otros limitados al control por los afectados que si se benefician del acto, no lo recurren —caso de

la contratación o función pública, por ejemplo—). Así, si de las redes de arrastre marino se escapan incluso peligrosos tiburones, de los controles judiciales se libran infinidad de actos legalmente contaminados.

A veces se explica que existan y subsistan actos manifiestamente ilegales por el silencio culpable de la propia administración actuante, que se resiste a revisarlo u opta por la desestimación presunta del recurso administrativo, o incluso no falta la pasividad de la Administración de tutela que mira para otro lado (no quiere por razones de oportunidad política o no debe por razones de su propio interés o por no contar con medios para ello).

Este silencio clamoroso de la Administración ante la posible ilegalidad de los actos, caso de administraciones autonómicas que miran para otro lado cuando tienen noticia de acto local ilegal (especialmente cuando coincide el color político de sus gobiernos respectivos), nos lleva a razonar como Sherlock Holmes en la aventura de Silver Blaze, sobre el robo nocturno de un caballo de carreras, lo que califica de «curioso incidente», centrado en que «el perro no ladró», lo que revelaba que el intruso era conocido por el perro.

**352. Autocontrol.** La Administración sabe que está vigilada por el parlamento y siente que los tribunales la controlan.

Por eso se ha dotado de numerosos mecanismos y órganos de control para asegurar el acierto de la decisión.

El mecanismo más sencillo es *la existencia de un procedimiento* o cauce para forjarse la decisión, jalonado de trámites de instrucción, audiencia e informes.

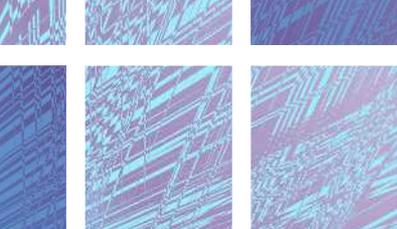
Otro es la existencia de *procedimientos de recurso* administrativo o de revisión de oficio, para rectificar el posible acto ilegal.

También existen *órganos de control permanentes*, constituidos por las unidades de gestión, los órganos técnicos, los responsables de control jurídico y los del control económico-financiero. Una inmensa red de controles vela por la pureza del procedimiento y acierto de la decisión.

El problema es que tal red a veces enreda a la Administración y más frecuentemente a los particulares.

La Administración se ve obligada a caminar sin pisar las minas de lo prohibido por las leyes y siguiendo el sendero marcado por éstas. El problema es que cuantas más leyes se dictan, mucho más difícil es vigilar su cumplimiento por la Administración porque se requiere establecer procedimientos y disponer de personal para gestionarlos o para controlar los abusos. Como normalmente el carro de la Ley, o el reglamento, va por delante de los caballos (o empleados públicos) existen infinidad de procedimientos novedosos, donde acechan las dudas y se cometen errores ¿Quién gana en estos escenarios? Pues como dice el dicho, cuando el gato no está los ratones juegan, y los oportunistas aprovechan cuando la ley no ha salido en el BOE, e incluso cuando se ha publicado, pero saben sacar partido a la holgura de la norma vigente antes de que cambie para solucionar sus defectos técnicos y agujeros.





 Es posible superar la tradicional percepción del Derecho administrativo como disciplina fría y compleja? ¿Pueden exponerse sus claves y secretos de forma clara, amable e incluso divertida?

Ese es el reto que afronta el autor desde su experiencia académica, como abogado y como magistrado, además de reconocido comunicador jurídico.

De forma valiente, racional y práctica, la obra pretende mostrar la administración real, la que respira y se agita en nuestras vidas, la que hace malabarrismos con leyes y reglamentos y que palpita en la burocracia que tira del carro de lo público. Para facilitar el viaje al planeta burocrático la obra expone los fundamentos de los institutos jurídicos con tono didáctico, y el auxilio de casos y cosas reales, imágenes poéticas y gotas de humor.

Con ello, el ciudadano, opositor, abogado o letrado público dispondrán de información de calidad y actualizada, bajo una perspectiva original y refrescante del ecosistema de relaciones de los ciudadanos y las administraciones públicas, cada día más complejas, cambiantes y jurídicamente densas.

ISBN: 978-84-9090-564-7



9

788490

905647



3652K6 1250



ER-0290/2005



GA-2005/0100