

IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo
Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Universitat de València

Para la realización de este trabajo me he beneficiado de la cobertura del proyecto de investigación «La codificación del procedimiento administrativo europeo» (DER2011-22754) y de los comentarios que tanto su director, Oriol Mir Puigpelat, como Andrés Boix Palop, Juan Climent Barberá y Juan F. Mestre Delgado han tenido la amabilidad de formularme. De los errores subsistentes sólo yo tengo la culpa

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NI MUY COMPLEJO NI DEMASIADO SIMPLE: LA CANTIDAD JUSTA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
 1. *Costes y beneficios sociales del procedimiento administrativo*
 - A) Beneficios
 - B) Costes
 2. *El punto óptimo*
- III. CAUSAS DE LA EXCESIVA COMPLEJIDAD (O SIMPLICIDAD) DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
 1. *La globalización*
 2. *La disminución del tamaño típico de las empresas en algunos sectores*
 3. *La revolución de las tecnologías de la información*
 4. *Problemas de información*
 5. *Problemas de coordinación*
 6. *Incentivos inadecuados*
 - A) Externalidades negativas del procedimiento administrativo. El caso de las cargas impuestas a los interesados
 - B) Externalidades positivas del procedimiento administrativo
- IV. EL PAPEL DEL DERECHO
 1. *Asegurar que los procedimientos administrativos son rediseñados y configurados equilibradamente*
 2. *Obstáculos*
 - A) No siempre es fácil precisar la cantidad justa de procedimiento administrativo
 - B) No siempre tienen los poderes públicos los alicientes apropiados para configurar justamente el procedimiento
 - C) No siempre tienen los ciudadanos interés suficiente en reclamar contra las violaciones de su derecho al procedimiento debido
 - D) No siempre hay instrumentos jurídicos adecuados para tutelar el derecho al procedimiento debido
 3. *Cómo embridar jurídicamente la actuación del legislador. El papel de los derechos fundamentales*
 4. *Cómo embridar jurídicamente la actuación de la Administración*
 - A) El establecimiento de normas de procedimiento «sustantivas». La regla «una dentro, una fuera»
 - B) La (paradójica) relevancia de las normas de procedimiento
 - a) La evaluación de los procedimientos administrativos
 - b) El análisis coste-beneficio de los procedimientos. El *standard cost model*
 - c) La participación de los afectados
 - d) Juridificación de la revisión de los procedimientos administrativos
 - C) La necesidad de ajustar la organización y los medios personales de la Administración
 5. *La tutela judicial del derecho al procedimiento administrativo debido*
 - A) Una jurisprudencia excesivamente deferente
 - B) La necesidad de mejorar las posibilidades de recabar la tutela judicial del derecho al procedimiento administrativo debido
 - C) Las consecuencias jurídicas de la violación del derecho al procedimiento administrativo debido

I. INTRODUCCIÓN

El título escogido por la Junta Directiva de la Asociación para el segundo de los temas a tratar en este congreso parece sugerir que los procedimientos administrativos son en líneas generales *excesivamente complejos* y, por lo tanto, merecedores de ser simplificados, sometidos a una suerte de cura de adelgazamiento. La complejidad a la que aquí implícitamente se alude se predicaría fundamentalmente de la cantidad de trámites que los integran, del tiempo que lleva realizarlos y de las cargas burocráticas que suponen para los interesados. La simplificación que se postula consistiría, pues, en *reducir* sus trámites, su duración, dichas cargas y, en general, sus costes¹.

Así planteado, este tema suscita cuando menos tres grandes cuestiones. La primera es la de cuándo puede considerarse que un procedimiento administrativo es demasiado complejo –o excesivamente simple, que también puede ocurrir²– y, en consecuencia, merece adelgazar –o lo contrario–. La complejidad no es negativa en sí misma; ni la simplicidad, intrínsecamente valiosa. El veneno está en la dosis. El problema radica en los excesos y las insuficiencias. Resulta por esta razón importante precisar cuándo un procedimiento administrativo es excesivamente complicado, demasiado sencillo o ha sido configurado equilibradamente. De ello depende la conveniencia de reducir su volumen, aumentarlo o dejarlo como está.

Interesa saber, en segundo lugar, por qué los procedimientos administrativos tienden a pecar de una excesiva complejidad, o eventualmente del defecto opuesto. Para acertar con el remedio adecuado hace falta conocer lo mejor posible las causas de la enfermedad.

Finalmente, analizaremos el papel que el Derecho, a la vista de las circunstancias, debería jugar en este ámbito. El objetivo parece claro: habría que establecer las normas jurídicas que propicien que los procedimientos administrativos son configurados equilibradamente, de la manera más ventajosa para el conjunto de la sociedad. Lo que no resulta en absoluto evidente es el cómo. El título de la ponencia acaso pueda dar la impresión de que alcanzar dicha meta constituye una tarea sencilla, o un proceso más o menos lento pero en cualquier caso inexorable. Veremos, sin embargo, que lograr avanzar realmente en esta simplificación es muy complicado, pues para ello hay que salvar formidables obstáculos. La utilización de los instrumentos jurídicos apropiados contribuirá seguramente a mejorar algo el estado actual de las cosas, pero difícilmente asegurará el logro de la situación ideal.

Debemos advertir que nuestro análisis se ceñirá a la simplificación de los procedimientos administrativos, entendida ésta el sentido relativamente estricto al que antes hemos hecho referencia. No vamos a tratar, pues, temas como la racionalización

¹ En sentido similar, H. VILLAREJO GALENDE (2008), «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14, p. 48. Para más detalles sobre las concretas técnicas de simplificación procedimental, *vid.* E. GAMERO CASADO (2013), «La simplificación del procedimiento administrativo: *Better Regulation, Better Administration*», *REDA*, 160.

² No parece, por ejemplo, que los procedimientos sancionadores en materia de tráfico sean en líneas generales excesivamente complejos, sino más bien demasiado expeditivos. *Vid.* V. AGUADO I CUDOLÀ (2009), «El procedimiento administrativo sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial: El debido equilibrio entre especialidades y garantías comunes», *Documentación Administrativa*, 284-285, pp. 61-82; T. CANO CAMPOS (2010), «El nuevo procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico», *REDA*, 147, pp. 537-578.

del ordenamiento jurídico³ y de la organización administrativa⁴, la desregulación de determinados sectores o la sustitución de ciertas técnicas de intervención administrativa –v. gr., la autorización– por otras distintas –v. gr., la comunicación previa–, tendencial pero no necesariamente más simples⁵. Aunque algunas de las consideraciones que aquí efectuemos puedan valer, *mutatis mutandis*, también para tales temas conexos, éstos presentan singularidades y diferencias con el «nuestro» lo suficientemente relevantes como para merecer un estudio específico que aquí no podemos llevar a cabo con la profundidad deseable.

³ Vid., a título ilustrativo, A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2009), *Mejorar la regulación: una guía de razones y medios*, Marcial Pons, Madrid; VV.AA. (2009), *Legislar mejor 2009*, Ministerio de Justicia, Madrid; O. MIR PUIGPELAT (2012), «Procedimiento de elaboración de reglamentos y *Better Regulation*», en J. TORNOS MAS (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, pp. 501-543.

⁴ Vid., por ejemplo, E. MONTROYA MARTÍN (2012), «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», en J. R. FUENTES I GASÓ, J. GIFREU I FONT y L. CASADO CASADO (coords.), *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público*, INAP, Madrid, pp. 15-116; L. COSCULLUELA y L. MEDINA (eds.) (2012), *Crisis Económica y Reforma del Régimen Local*, Civitas, Madrid; J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.) (2013), *La planta del Gobierno local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona; A. BOIX PALOP (2013), *Una nova planta per als valencians*, Fundació Nexe, Valencia.

⁵ Sobre la sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas, *vid.*, entre otros, M^a C. NÚÑEZ LOZANO (2001), *Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid; ídem (2011a), «Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones», *Noticias de la Unión Europea*, 317, pp. 107-123; ídem (2011b), «La transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad autónoma de Andalucía: declaraciones responsables y comunicaciones a la Administración», *RAndAP*, pp. 49-90; A. BOIX PALOP (2002), «La discutible necesidad de la licencia de obras menores», en J. CLIMENT y J. M^a BAÑO (coords.), *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1327-1344; M. RODRÍGUEZ FONT (2003), *Régimen de comunicación e intervención ambiental: entre la simplificación y la autorregulación*, Atelier, Barcelona; ídem (2009), «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», *Anuario del Gobierno Local*, pp. 261-300; A. M^a NIETO-GUERRERO LOZANO (2007), *Licencia urbanística y comunicación previa de obras*, Aranzadi, Cizur Menor; F. LÓPEZ MENUDO (2010), «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Española de la Función Consultiva*, 14, pp. 111-150; J. GONZÁLEZ GARCÍA (2010), «Autorizaciones, comunicaciones previas y declaraciones responsables en la transposición de la Directiva de servicios», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 11, pp. 255-293; J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2010), «El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación», *Revista Jurídica de Navarra*, 49, pp.85-136; J. R. FERNÁNDEZ TORRES (2011), «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *RCatDP*, 42, pp. 85-114; M. MORA RUIZ (2012), «Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local: aproximación a su régimen jurídico», *REDA*, 155, pp. 237-276; V. AGUADO I CUDOLÀ (2012), «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en V. AGUADO y B. NOGUERA (dirs.), *El impacto de la Directiva servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, pp. 67-90; J. I. CUBERO MARCOS (2013), *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor.

II. NI MUY COMPLEJO NI DEMASIADO SIMPLE: LA CANTIDAD JUSTA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo constituye un conjunto de actividades dirigidas a obtener, almacenar, procesar, evaluar y comunicar información a fin de preparar, elaborar o ejecutar una decisión de una Administración pública. La obligación de realizar cada una de esas actividades no se establece –o, mejor dicho, no debería establecerse– de manera gratuita, sino sólo en la medida en que así se obtienen ciertos beneficios para la sociedad, superiores a los costes que dicha realización inevitablemente entraña.

I. *Costes y beneficios sociales del procedimiento administrativo*

A) Beneficios

La realización de esas actividades permite asegurar el mayor acierto posible de las decisiones administrativas que se trata de preparar o ejecutar, es decir, incrementar la probabilidad de que las mismas satisfagan de manera efectiva y óptima los fines establecidos por el ordenamiento jurídico. En la garantía de tal acierto, entendido éste en un sentido amplio, cabe comprender también otras funciones que suelen predicarse del entero procedimiento administrativo o de algunos de los trámites que lo integran, tales como proteger los derechos de los individuos afectados, respetar su dignidad, fortalecer la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos, señalar –a fin de prevenir una eventual anulación judicial– la relevancia y la calidad de las decisiones administrativas adoptadas, mejorar la aceptación que éstas puedan tener entre sus destinatarios, etc.⁶

Es razonable suponer que los beneficios del procedimiento administrativo aumentan según hace lo propio la cantidad del mismo, si bien a una tasa decreciente. Dicho con otras palabras, el beneficio que se obtiene por cada «unidad adicional de procedimiento» empleada es positivo, pero cada vez menor. Imaginemos que una autoridad administrativa, a fin de pronunciarse sobre un controvertido y complejo problema del cual lo desconoce prácticamente todo, recaba la opinión de veinte expertos. El dictamen examinado en primer lugar será, probablemente, el que amplíe en mayor medida sus conocimientos sobre el tema. La lectura de los siguientes documentos le permitirá contrastar opiniones, profundizar sus conocimientos y precisarlos, pero según vaya aumentando el número de dictámenes leídos disminuirá la probabilidad de que ello ocurra. Es complicado que en el vigésimo se diga algo que no se haya dicho ya en alguno de los diecinueve anteriores.

⁶ Vid., por todos, J. ESTEVE PARDO (2013), *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 170 y ss.; y las ponencias de E. GURLIT (2011) y M. FEHLING (2011) tituladas ambas «Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 70, pp. 234 y ss., y 281 y ss. Sobre la teoría según la cual el procedimiento administrativo permite a las Administraciones públicas señalar (*signaling*, en la jerga de la teoría de juegos) la calidad y la importancia de sus decisiones, a los efectos de prevenir una ulterior anulación judicial, vid. M. C. STEPHENSON (2006a), «A Costly Signaling Theory of “Hard Look” Judicial Review», *Administrative Law Review*, 58:4, pp. 753:813; ídem (2006b), «The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations», *Harvard Law Review*, 119, pp. 1035-1070.

B) Costes

A diferencia de lo que ocurre con los fines o beneficios derivados del procedimiento administrativo, la doctrina española no ha resaltado suficientemente sus costes, que pueden ser de varios tipos.

Costes de oportunidad. Al dedicar tiempo, esfuerzo y medios materiales a la realización de las actividades que forman el procedimiento administrativo, se pierden, obviamente, los beneficios que cabría obtener si se emplearan esos recursos escasos en otros usos alternativos. Debe resaltarse que estos costes sociales comprenden no sólo los que soportan directamente las Administraciones públicas que tramitan e intervienen en los procedimientos –costes que en última instancia sufren los contribuyentes–, sino también los que recaen sobre los interesados o incluso sobre terceras personas.

Cabe suponer que todos estos costes se incrementan cuando hace lo propio la cantidad de procedimiento administrativo, y además a una tasa creciente. El coste de oportunidad de cada unidad adicional de procedimiento –su coste marginal– es no sólo positivo, sino también cada vez mayor. Los sacrificios que hay que hacer para seguir aumentando el volumen del procedimiento son cada vez más grandes. Los recursos a los que hay que renunciar para invertirlos aquí son cada vez más valiosos. La utilidad de sus usos alternativos se acrecienta.

Riesgo de corrupción. Hay sólidos argumentos teóricos e incluso evidencias empíricas consistentes que indican que los procedimientos a través de los cuales las Administraciones públicas intervienen en la vida social pueden generar diversas formas de corrupción. Así, por poner algunos ejemplos, condicionar el desarrollo de ciertas actividades a la superación de complejos trámites que implican serios costes para los interesados puede hacer que muchos de ellos decidan llevarlas a cabo en la ilegalidad, sin sujetarse efectivamente a controles que sirven a la protección de los intereses públicos, pero también sin poder disfrutar de los beneficios que proporciona la cobertura del sistema legal⁷. O que sobornen a las autoridades competentes para que éstas hagan «la vista gorda», o para que aligeren o aceleren los correspondientes procedimientos, incumpliendo flagrantemente la ley o aplicándola arbitrariamente⁸. Los efectos de la corrupción así engendrada serán tanto más perniciosos para el bienestar social, obviamente, cuanto más difíciles de salvar sean las barreras burocráticas establecidas, mayor la necesidad de los ciudadanos de atravesarlas y más numerosas las autoridades administrativas capaces de levantarlas⁹. Nótese que una burocracia corrupta puede inflar los procedimientos administrativos, trufándolos «innecesariamente» de cargas para los interesados, a fin de extorsionarlos y extraerles rentas¹⁰. Repárese, igualmente, en que los agentes públicos pueden erigir excesivas trabas burocráticas a fin de «amenazar» al Gobierno con la posibilidad de actuar corruptamente y obtener, a cambio de mantenerse dentro de los márgenes de la legalidad, una remuneración excesivamente elevada¹¹. Cabe afirmar que hay una relación potencialmente simbiótica entre la corrupción y la excesiva complejidad de los procedimientos administrativos.

⁷ Vid. H. DE SOTO (2001), *The Mystery of Capital*, Black Swan, London, cap. 1.

⁸ Vid., por ejemplo, B. SAHA (2001), «Red tape, incentive bribe and the provision of subsidy», *Journal of Development Economics*, 65, pp. 113-133.

⁹ Vid. A. SHLEIFER y R. W. VISHNY (1993), «Corruption», *Quarterly Journal of Economics*, 108:3, pp. 599-617.

¹⁰ Vid., también, A. V. BANERJEE (1997), «A Theory of Misgovernance», *Quarterly Journal of Economics*, 112:4, pp. 1289-1332.

¹¹ Vid. S. GURIEV (2004), «Red tape and corruption», *Journal of Development Economics*, 73, pp. 489-504.

Ésta puede surgir como consecuencia de aquélla, y viceversa¹². De hecho, varios estudios empíricos, en los que se analizan numerosos países, indican la existencia de una correlación directa entre el volumen de los procedimientos administrativos que los ciudadanos deben superar para acceder al desarrollo de actividades empresariales, de una parte, y los niveles de corrupción, el tamaño de la economía sumergida y una menor producción de bienes públicos y privados, de otra¹³.

El procedimiento administrativo puede producir también *efectos discriminatorios y distorsionadores de la libre competencia*. Imaginemos que el Gobierno pretende favorecer a uno o a varios de los empresarios que operan en un determinado sector. Con esa finalidad puede lastrar la actividad de los restantes operadores imponiéndoles sólo a ellos el cumplimiento de gravosas obligaciones burocráticas¹⁴. En ocasiones puede lograr ese mismo resultado sin necesidad de consagrar semejante desigualdad formal. Si los empresarios a los que se quiere favorecer –v. gr. los nacionales– son capaces de soportar ciertas cargas administrativas más eficientemente que sus competidores –v. gr. los extranjeros–, bastará con supeditar el otorgamiento de una ventaja a la tramitación de un procedimiento lo suficientemente costoso como para impedir que éstos lo superen, aunque no tanto como para que a aquéllos les salga rentable la operación¹⁵.

2. *El punto óptimo*

Es evidente que sólo merece la pena invertir en procedimiento administrativo hasta el punto en el que el beneficio social marginal derivado del mismo es igual a su coste social marginal. Si el coste que para el conjunto de los ciudadanos se deriva de realizar una unidad adicional de procedimiento es superior a los beneficios esperados de la misma, parece claro que no resulta deseable llevarla a cabo. En tal caso, habría que reducir o simplificar el procedimiento, hasta llegar al referido punto óptimo de equilibrio. Si, por el contrario, el beneficio social que puede reportar un aumento del procedimiento administrativo excede de su coste para la sociedad, lo conveniente será incrementarlo, hasta alcanzar dicho punto sin rebasarlo.

III. CAUSAS DE LA EXCESIVA COMPLEJIDAD (O SIMPLICIDAD) DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La preocupación por la excesiva complejidad y la simplificación de los procedimientos administrativos no es nueva, sino sorprendentemente antigua¹⁶, si bien

¹² GURIEV (2004, p. 489).

¹³ Vid. S. DJANKOV, R. LA PORTA, F. LÓPEZ-DE-SILANES y A. SHLEIFER (2002), «The regulation of entry», *Quarterly Journal of Economics*, 117:1, pp. 1-37; S. DJANKOV (2009), «The regulation of entry: a survey», *World Bank Research Observer*, 24:2, pp. 183-203.

¹⁴ Vid. la STJUE de 18 de julio de 2007 (*Comisión/Alemania*, C-490/04), que declara contraria a la libertad de prestación de servicios una norma alemana por la que las empresas de trabajo temporal extranjeras estaban obligadas a declarar no sólo la cesión de un trabajador a una empresa cesionaria en Alemania, sino también toda modificación relativa al lugar de afectación de este trabajador, obligación que no se imponía a las empresas de trabajo temporal alemanas.

¹⁵ Vid. R. B. DAVIES (2013), «The silver lining of red tape», *Journal of Public Economics*, 101, pp. 68-76. Vid., también, las SSTJUE citadas *infra*, en la nota al pie 43.

¹⁶ Vid., por ejemplo, el RD de 2 de marzo de 1926 sobre simplificación y reorganización de algunos servicios de Hacienda relativos a las operaciones de liquidación, ingresos directos en el Tesoro, pagos y recaudación (Gaceta de Madrid, núm. 62, de 3 de marzo de 1926, pp. 1187 y ss.), cuyas primeras palabras no pueden ser más reveladoras: «Llegó a constituir tópico la simplificación de servicios de la Hacienda pública, sin que se lograra nunca...». Recordemos que la «simplificación

se ha acentuado notablemente durante las dos últimas décadas¹⁷. ¿A qué se debe esto? ¿Por qué muchos procedimientos administrativos tienden a ser desde prácticamente siempre demasiado complejos? ¿Por qué seguimos sin lograr resolver este crónico problema, pese a los incontables intentos de simplificación habidos durante las últimas décadas?¹⁸ Es más, ¿qué ha ocurrido en tiempos recientes para que el mismo se haya agravado, o al menos así lo percibamos?

1. *La globalización*

Es probable que la globalización haya tenido algo que ver, cuando menos en algunas esferas. La ampliación del espacio territorial en el que se desarrollan ciertas actividades ha multiplicado el número de autoridades que las controlan, así como el número de procedimientos administrativos empleados a estos efectos, en los que se recolecta, procesa y evalúa sustancialmente la misma información, y que terminan con resoluciones cuyo contenido debería ser muy similar. Parece evidente que la sustitución de todos esos procedimientos clónicos por uno solo, cuya resolución produzca efectos jurídicos en cada uno de los territorios correspondientes, tiene más ventajas que desventajas¹⁹. Máxime cuando la creciente integración política de tales territorios facilita esta y otras formas similares de centralización y simplificación procedimental²⁰.

de trámites» era también uno de los grandes objetivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Vid. L. LÓPEZ RODÓ (1958), «Directrices de la Ley de Procedimiento Administrativo», *Documentación Administrativa*, 8-9, pp. 19 y 20; S. ÁLVAREZ GENDÍN (1958), «Estudio de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo», *RAP*, 26, pp. 182 y ss.

¹⁷ En la doctrina española, especialmente a partir de los trabajos de S. MARTÍN-RETORTILLO (1998), «De la simplificación de la Administración pública», *RAP*, 147, pp. 26 y ss.; J. TORNOS MAS (2000), «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», *RAP*, 151, pp. 39 y ss.; y C. CIERCO SEIRA (2000), «La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia», *RAP*, 152, pp. 385 y ss. La atención doctrinal se ha intensificado notablemente a raíz del impulso que la llamada Directiva de servicios ha pretendido dar a la simplificación administrativa. Vid., entre otros, VILLAREJO GALENDE (2008); A. NOGUEIRA LÓPEZ, «Simplificación administrativa y régimen de control previo administrativo de actividades de prestación de servicios: ¿hay espacio para los derechos lingüísticos?», *Revista de Lengua i Dret*, 52, 2009, pp. 205-226; P. NEVADO-BATALLA (2009), «Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio», en R. RIVERO ORTEGA, *Mercado europeo y reformas administrativas*, Civitas, Madrid, pp. 165-187; A. PALOMAR OLMEDA (2010), «Simplificación administrativa», en T. DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.), *La ordenación de las actividades de servicios*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 337-421; D. CANALS AMETLLER (2010a), «Simplificación administrativa y Directiva de servicios: objetivos, medios e incidencias», en E. MOREU (ed.), *El impacto de la Directiva Bolkenstein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XII*, Zaragoza, pp. 297-235; R. RIVERO ORTEGA (2011), «Simplificación administrativa y Administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de servicios», *RCatDP*, 42, pp. 115-138; L. MELLADO RUIZ (2011), «Directiva de Servicios y simplificación administrativa: un paso adelante en la racionalización de la organización y actuación administrativas», *Noticias de la Unión Europea*, 317, pp. 73-86; J. ALDOMÀ I BUIXADÉ (2012), «La simplificación administrativa en la Directiva de servicios», en V. AGUADO y B. NOGUERA (dirs.), *El impacto de la Directiva servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, pp. 147-174.

¹⁸ Vid. L. F. CRESPO MONTES (2003), *Mitos y ritos de la Administración española*, INAP, Madrid, *passim*, esp. pp. 248 y ss.

¹⁹ Vid. el art. 17.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y el art. 20 del Proyecto de Ley de garantía de la unidad de mercado (BOCG, Congreso, X legislatura, A-56-1, 16 de julio de 2013). Esta eficacia extraterritorial de las decisiones administrativas plantea interesantes problemas teóricos y prácticos. Vid., por todos, R. BOCANEGRA SIERRA y J. GARCÍA LUENGO (2008), «Los actos administrativos transnacionales»,

Debe notarse, sin embargo, que no todos los ámbitos de la vida social han experimentado un proceso de globalización similar, que pueda justificar, por las razones expuestas, semejante simplificación de los cauces de actuación de las Administraciones implicadas. No sería el caso, por ejemplo, del urbanismo.

2. *La disminución del tamaño típico de las empresas en algunos sectores*

Se ha sostenido que el hecho de que haya menguado el tamaño de la mayoría de las empresas que operan en determinados sectores económicos –v. gr., los relacionados con las nuevas tecnologías, cuya importancia es realmente crítica en las sociedades contemporáneas– justificaría un aligeramiento de los procedimientos administrativos a los que se supedita la entrada a los mismos²¹. La razón es sencilla. Los trámites que integran esos procedimientos suelen ser iguales para todas las empresas afectadas, a pesar de que las grandes pueden, por regla general, realizarlos mucho más eficientemente que las pequeñas y medianas. Puede ocurrir, pues, que las cargas que dichos procedimientos arrojan sobre las empresas interesadas incurran en una desproporción cuando éstas no alcanzan cierto tamaño.

Adviértase, sin embargo, que no en todos los campos en los que interviene la Administración se ha producido una reducción generalizada y significativa de la capacidad económica de los sujetos afectados. Y no sólo en estos campos se percibe la necesidad de simplificar los procedimientos administrativos.

3. *La revolución de las tecnologías de la información*

Numerosos autores han llamado la atención sobre la necesidad de aprovechar las enormes posibilidades abiertas por las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, TICs) a fin de simplificar los cauces de actuación de las Administraciones públicas y sus relaciones con los ciudadanos²². Indiscutiblemente, el espectacular progreso experimentado por estas tecnologías durante las últimas décadas, que no parece vaya a detenerse en las próximas, ha de repercutir de manera muy relevante sobre la configuración óptima de prácticamente todos los procedimientos administrativos. Dicho progreso ha permitido abaratar exponencialmente el tratamiento

RAP, 177, pp. 9-29; J. GONZÁLEZ GARCÍA (2012), «Directiva de servicios y tráfico jurídico externo», en V. AGUADO y B. NOGUERA (dirs.), *El impacto de la Directiva servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, pp. 271-287. En general, sobre la eficacia extraterritorial del Derecho público, vid. J. MENZEL (2011), *Internationales öffentliches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

²⁰ Sirva como ejemplo la evolución experimentada por los procedimientos de autorización y vigilancia de los medicamentos. Vid. G. DOMÉNECH PASCUAL (2009), *El régimen jurídico de la farmacovigilancia*, Civitas, Madrid, pp. 34 y ss.; ídem (2011), «New European Legislation on Pharmacovigilance», *Pharmaceuticals Policy and Law*, 13:1-2, pp. 24 y ss.

²¹ K. NYSTRÖM (2010), «Business regulation and red tape in the entrepreneurial economy», *CESIS Electronic Working Paper Series*, 225.

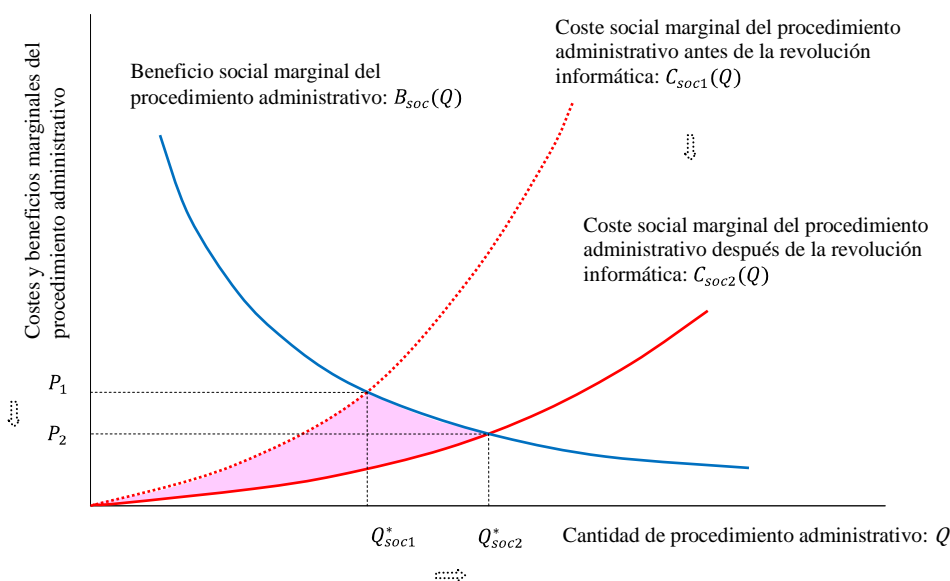
²² Vid., por todos, C. CIERCO SEIRA (2008), «Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica», *Revista General de Derecho Administrativo*, 19; ídem (2011), «La Administración electrónica al servicio de la simplificación administrativa: luces y sombras», *RArAP*, 38, pp. 155-219; R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (2009), *Administración pública electrónica*, Civitas, Madrid, pp. 333 y ss.; RIVERO ORTEGA (2011); J. VALERO TORRIJOS (2013), *Derecho, innovación y Administración electrónica*, Global Law Press, Sevilla, *passim*, esp. pp. 274 y ss., y 324 y ss.; COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (2013), *Reforma de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Madrid, p. 143.

de la información. Y el procedimiento administrativo, como ya sabemos, no es otra cosa que un conjunto de actividades de obtención, almacenamiento, procesamiento, evaluación y comunicación de información. Los adelantos tecnológicos han hecho todas estas actividades mucho más asequibles y productivas. Por el mismo precio de antes podemos obtener cada vez más procedimiento de mayor calidad.

Pero interesa resaltar que lo que este cambio tecnológico justifica, en líneas generales, no es precisamente un adelgazamiento del procedimiento administrativo, sino antes bien un aumento de su volumen. Si los costes sociales del procedimiento disminuyen, permaneciendo igual sus beneficios, valdrá la pena «comprar» una cantidad mayor del mismo. *Deberíamos tener más procedimiento, no menos.* De hecho, eso es lo que ha ocurrido en muchos casos. El advenimiento de internet ha propiciado, por ejemplo, que el número de mensajes que recibimos de la burocracia universitaria se haya multiplicado considerablemente, y que nos veamos envueltos en cada vez más procedimientos de todo tipo tramitados por la misma.

En la figura 1 se ilustra gráficamente este resultado. Antes de que tuviera lugar la revolución de las TICs, la cantidad óptima de procedimiento administrativo era Q_{soc1}^* , punto en el que coincidían sus costes y beneficios sociales marginales [$C_{soc1}(Q) = B_{soc}(Q)$]. El progreso tecnológico ha reducido notablemente esos costes, lo que en el gráfico se representa dibujando la nueva curva $C_{soc2}(Q)$ por debajo de la anterior $C_{soc1}(Q)$. Esa reducción determina que la nueva cantidad óptima de procedimiento Q_{soc2}^* , en la que se igualan los referidos costes y beneficios [$C_{soc2}(Q) = B_{soc}(Q)$], sea más elevada que la prerrevolucionaria Q_{soc1}^* . Obsérvese que el «precio» que la sociedad ha de pagar por la última unidad de procedimiento tramitado es ahora (P_2) más bajo que antes (P_1). El área sombreada representa el incremento de los beneficios sociales netos que reporta aplicar las TICs al procedimiento administrativo, si suponemos que el volumen del mismo que los poderes públicos «compran» es siempre el óptimo.

Figura 1. Cantidad socialmente óptima de procedimiento administrativo, antes de la revolución informática (Q_{soc1}^*) y después de ella (Q_{soc2}^*)



4. Problemas de información

Nuestros legisladores y gobernantes no son omniscientes ni infalibles. Puede suceder que, aun en contra de su voluntad, no consigan determinar cuál es la cantidad justa de procedimiento administrativo y se equivoquen por exceso o por defecto. Varios factores pueden contribuir a ello²³, por ejemplo:

- Dichas autoridades pueden tener una deficiente comprensión de los problemas que tratan de regular y, en especial, de cómo reaccionarán realmente los individuos encargados de aplicar o afectados por las regulaciones que establezcan.

- Cabe suponer que las autoridades y los empleados públicos subestiman la complejidad que la tramitación de los procedimientos administrativos implica para los interesados. Es probable que aquéllos no tengan en cuenta que éstos, por lo general, sólo ocasionalmente intervienen en tales procedimientos. El procedimiento administrativo es el medio natural en el que se desenvuelven habitualmente dichos agentes públicos, a diferencia de los particulares, a los que les resulta mucho más difícil orientarse y moverse por este terreno, con el que están menos familiarizados.

- La circunstancia de que varias autoridades administrativas ostenten competencia para regular o intervenir en un mismo procedimiento o en varios procedimientos conexos puede propiciar que cada una de ellas actúe sin tener debidamente en cuenta la complicación adicional que pueden introducir en tales procedimientos el resto de las autoridades competentes²⁴.

- Los cambios significativos de las circunstancias bajo las cuales dichas regulaciones fueron establecidas pueden provocar que éstas devengan obsoletas, que dejen de ser útiles, necesarias o equilibradas.

5. Problemas de coordinación

Es relativamente frecuente que dos o más Administraciones públicas intervengan en un mismo procedimiento o en varios procedimientos conexos –v. gr., de autorización, en los cuales se verifica la compatibilidad de un proyecto con sendos sectores del ordenamiento jurídico– desde perspectivas distintas, persiguiendo fines públicos diversos y, en no pocas ocasiones, bajo la batuta de Gobiernos de diferente color político. Esta pluralidad es una caudalosa fuente de tensiones y desacuerdos, que muchas veces dificultan considerablemente la tramitación y resolución cabal de los procedimientos en cuestión.

6. Incentivos inadecuados

El principal obstáculo para que los poderes públicos competentes configuren de manera equilibrada los procedimientos administrativos es, probablemente, que no siempre cuentan con los alicientes suficientes para ello. Cuando hablamos de «poderes públicos» nos referimos no sólo a las autoridades que pueden regular legislativa o reglamentariamente los procedimientos administrativos, sino también a todos aquellos

²³ Cfr. B. BOZEMAN (1993), «A Theory of Government “Red Tape”», *Journal of Public Administration Research and Theory*, 3:3, pp. 285 y ss.

²⁴ Vid. CIERCO SEIRA (2011, pp. 175 y 176); ídem (2003) «La tramitación integrada de los procedimientos administrativos conexos», *RVAP*, 65, pp. 11-50; R. RIVERO ORTEGA (2012), *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, Madrid, p. 62.

agentes que disponen *de iure* o *de facto* del poder de configurar tales procedimientos, haciéndolos más o menos complejos. Quedaría comprendido en esta expresión, por ejemplo, el funcionario que instruye un procedimiento y que, a estos efectos, tiene un cierto margen de discrecionalidad o apreciación para decidir qué trámites se realizan o no en su seno, cuándo se realizan o cómo²⁵.

Una autoridad administrativa puede haberse equivocado por falta de información y establecer un procedimiento excesivamente complejo. Pero, al cabo del tiempo, después de que éste haya sido observado miles o incluso millones de veces, tiene la posibilidad de evaluar los resultados y corregir al menos algunos de los errores cometidos. Los problemas de información pueden ser resueltos, en gran medida, aprendiendo de la experiencia. Ahora bien, difícilmente se conseguirá solventarlos cuando las autoridades competentes no tienen, ni inicial ni posteriormente, suficiente interés en prevenirlos y corregirlos. No digamos ya cuando lo que les conviene personalmente es equivocarse en un determinado sentido. Algo similar cabe afirmar respecto de los problemas de coordinación. Si a todas las autoridades que han de intervenir en un procedimiento administrativo les interesa coordinarse, probablemente acabarán coordinándose. Si no les conviene, difícilmente lo harán.

Esa falta de incentivos se origina porque hay una discordancia entre los beneficios netos que para los agentes encargados de configurar los procedimientos administrativos implica su tramitación y los beneficios netos que la misma conlleva para la sociedad. A veces aquéllos son mayores o menores que éstos. Dichos agentes no internalizan perfectamente –no sienten personalmente– todos los costes y beneficios sociales derivados de sus decisiones relativas a dicha configuración. Y como no los soportan personalmente, tienden a no ponderarlos suficientemente al decidir.

Antes de estudiar los dos casos que pueden darse, conviene advertir que el análisis ha de referirse no al procedimiento administrativo en su conjunto, sino a cada uno de los trámites o unidades que lo componen, dado que es perfectamente posible –y corriente– que los servidores públicos tengan excesivo interés en la realización de algunas de estas unidades y demasiado poco en la de otras.

A) Externalidades negativas del procedimiento administrativo. El caso de las cargas impuestas a los interesados

Se produce una externalidad negativa cuando un individuo no sufre personalmente todos los costes que su actividad engendra, cuando el beneficio neto que su actuación conlleva para la sociedad es inferior al beneficio neto que aquélla le reporta a él. La consecuencia natural es que dicho sujeto tenderá a actuar demasiado, por encima de lo que sería deseable desde el punto de vista del interés general.

Algunas decisiones públicas relativas a la configuración de los procedimientos administrativos originan tales externalidades, por cuanto el agente que *de iure* o *de facto* impone la realización de los correspondientes trámites no siente «en sus propias carnes» todos los costes sociales de la imposición²⁶. Hay una discordancia entre la utilidad

²⁵ Como bien advierte F. GONZÁLEZ NAVARRO, por ejemplo en (2009), *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, Iustel, Madrid, pp. 609 y ss., hay procedimientos cuya tramitación está normativamente preestablecida (formalizados) y procedimientos en que se deja libertad al instructor para fijar aquélla (no formalizados).

²⁶ Esta idea ha sido sugerida, en relación con tipos concretos de cargas procedimentales impuestas a los ciudadanos, por algunos economistas. Según T. KEYWORTH (2006), «Measuring and managing the costs of red tape: A review of Recent Policy Developments», *Oxford Review of Economics*

pública y la utilidad privada del procedimiento: la segunda es superior a la primera. El beneficio neto que dicho agente extrae del trámite en cuestión excede del beneficio neto que de aquél se deriva para el conjunto de los ciudadanos. La consecuencia esperable es que el volumen de esas actividades procedimentales sea superior al socialmente óptimo.

El caso típico es el de las actuaciones que los interesados se ven obligados a llevar a cabo con el fin de obtener una ventaja –v. gr., una subvención, una autorización, un puesto de trabajo en la función pública– o de evitar una desventaja –v. gr., una sanción– procedente de una Administración. Pensemos en las cargas de presentación de documentos que suelen pesar sobre los solicitantes²⁷, en las obligaciones de suministrar información que se imponen *ex lege* o mediante una resolución *ad hoc* a determinadas personas²⁸, etc.

Nos parece irrelevante, a estos efectos, que exista o no una obligación formal y explícita de realizar esas actividades. Lo importante es que incurrir en el coste de llevarlas a cabo sea percibido por los afectados como un requisito prácticamente imprescindible, *de iure* o *de facto*, para obtener una ventaja o eludir una desventaja proveniente de una Administración pública. Quienes solicitan la acreditación como profesores de universidad, por ejemplo, suelen cuidarse mucho de presentar ante la ANECA todos los documentos que ésta les recomienda presentar, aun cuando no estén legalmente obligados a seguir tal recomendación, y a pesar del nada desdeñable coste que tanto para ellos como para terceros encierran la búsqueda y la recolección. La ley tampoco requiere, para acceder a determinados cuerpos funcionariales, el haber dedicado miles de horas anuales, durante varios años, a memorizar y cantar cientos de temas –con el tremendo coste de oportunidad que ello implica–, pero cualquiera sabe que el acceso es prácticamente imposible para los que no hagan este esfuerzo.

Conviene advertir, asimismo, que no sólo el establecimiento de un procedimiento administrativo o de un trámite adicional, sino también su supresión puede generar externalidades negativas. Tal supresión puede provocar que los interesados se vean *de facto* en la necesidad de llevar a cabo costosas actuaciones a modo de sustitución, de seguir lo que podríamos denominar un *procedimiento administrativo en la sombra*. Si, por ejemplo, se elimina la «ventanilla única» que permitía a determinados ciudadanos canalizar fácilmente, a través de un único cauce administrativo, sus múltiples comunicaciones con diversas autoridades, es posible que ahora les convenga contratar a una empresa privada –v. gr., una gestoría– para que ésta les preste un servicio similar, haciendo de punto de contacto único con todas aquéllas. Si, por poner otro ejemplo, se

Policy, 22:2, p. 264, en la medida en que los costes de las obligaciones impuestas a los ciudadanos de proporcionar información a la Administración no se tienen plenamente en cuenta al establecerlas normativamente, cabe entender que éstas dan lugar a una externalidad. Según S. EICHFELDER y C. KEGELS (2010), «Shifting of red tape? The impact of authority behavior on tax compliance costs», *Federal Planning Bureau, Brussels*, Working Paper 09-10, los costes que para los contribuyentes entraña la realización de ciertas actuaciones en los procedimientos tramitados por la Administración tributaria pueden ser considerados como externalidades de la actividad de esta última.

²⁷ *Vid.*, por todos, V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (1991), «La exigencia abusiva de documentación complementaria en el actual procedimiento administrativo», *REDA*, 69, pp. 33 y ss.; C. CIERCO SEIRA (2002), «La reducción de la carga de presentación de documentos ante la Administración Pública», *RAndAP*, 48, pp. 389-435; T. D. NÚÑEZ GÓMEZ (2005), *Abuso en la exigencia documental y garantías formales de los administrados*, Atelier, Barcelona.

²⁸ *Vid.*, por ejemplo, J. VIDA FERNÁNDEZ (2006), «El acceso a la información de los operadores en los sectores regulados: el caso de los requerimientos de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», *REDA*, 132, pp. 661-694; DOMÉNECH PASCUAL (2009, pp. 161 y ss., y 239 y ss.); STS de 6 de junio de 2007 (rec. 8171/2004, RJ 5026).

suprime el requisito de obtener una autorización antes de realizar una determinada actividad, reemplazándolo por la obligación de presentar una simple comunicación previa, muchos interesados pueden considerar necesario contratar a una empresa para que ésta verifique y les acredite, antes de presentar la comunicación, que dicha actividad cumple los requisitos legalmente establecidos, a fin de evitar una ulterior paralización o prohibición que eche a perder sus inversiones²⁹ o, quizás, suscribir un contrato de seguro que les ponga a cubierto de ciertos riesgos³⁰. Dado que la Administración ya no les proporciona, mediante el otorgamiento de una autorización, la relativa certeza de que sus proyectos son conformes a Derecho, tratarán de encontrar esa seguridad en el sector privado, aunque tengan que pagarla, tal vez más cara que antes. Por otro lado, la desaparición del procedimiento de autorización supondrá probablemente una disminución de las garantías para los terceros afectados por el desarrollo de la actividad en cuestión, quienes ya no podrán defender sus derechos a través de los trámites de audiencia o información pública, sino que tendrán que acudir para ello a otras vías más gravosas³¹. Es discutible, pues, que la sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas constituya siempre lo que algunos autores dicen que es: una medida de simplificación³² o de reducción de las cargas administrativas que han de arrostrar los particulares³³. Tal vez en algunos casos no lo sea, al menos desde la perspectiva de los interesados³⁴.

²⁹ Vid. RODRÍGUEZ FONT (2003, p. 146).

³⁰ A. NOGUEIRA LÓPEZ (2011), «Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades ¿reactivación económica o pretexto desregulador?», en A. BLASCO (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*, INAP, Madrid, pp. 161 y 162.

³¹ En sentido similar, NÚÑEZ LOZANO (2001, pp. 179 y ss.); RODRÍGUEZ FONT (2009, pp. 299 y 300); RAZQUIN LIZARRAGA (2010, pp. 122 y 123); T. FONT I LLOVET y A. PEÑALVER I CABRÉ (2011), «La incidencia de la Directiva de servicios en los Entes locales», *RCatDP*, 42, p. 18; MORA RUIZ (2012, p. 271); M. GARCÍA PÉREZ (2013), «Comunicación previa e inactividad administrativa: acceso a la Justicia de terceros afectados por actividades con incidencia ambiental en el ámbito local», en F. SANZ LARRUGA, M. GARCÍA PÉREZ y J. J. PERNAS GARCÍA (dirs.), *Libre mercado y protección ambiental*, INAP, Madrid, pp. 193-225.

³² Vid., por ejemplo, RODRÍGUEZ FONT (2009, pp. 283 y ss.); D. CANALS AMETLLER (2010b), «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», en A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO (dirs.), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, pp. 36 y ss.

³³ D. CANALS AMETLLER (2009), «Mejora normativa y reducción de cargas administrativas», *Informe Comunidades autónomas 2009*, p. 54.

³⁴ En sentido similar, vid. T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2013), «Corporaciones locales y defensa del interés general en la intervención en actividades y servicios», *Anuario de Derecho Municipal 2012*, 6, pp. 86 y ss., quien sostiene que los interesados, en determinados casos, deberían tener la posibilidad de optar entre la autorización o la comunicación previa. Eso es lo que viene a establecer el art. 9.5 de la Ley valenciana 14/2010, de 3 de diciembre, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos. LÓPEZ MENUDO (2010, pp. 129 y 130) pone en duda que la sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas conlleve una simplificación si al interesado se le exige siempre que tenga recopilados todos y cada uno de los documentos y pruebas que respalden su derecho a lo que comunica. Algo parecido cabe decir, en general, de la reducción de la intervención administrativa previa al ejercicio de actividades empresariales, propugnada por el Banco Mundial a través de sus informes *Doing Business*. Vid. una lúcida crítica de los mismos en B. ARRUÑADA (2007), «Pitfalls to avoid when measuring institutions: Is *Doing Business* damaging business?», *Journal of Comparative Economics*, 35, pp. 729-747; ídem (2009), «How *Doing Business* Jeopardises Institutional Reform», *European Business Organization Law Review*, 10, pp. 555-574.

Todas estas decisiones públicas suelen crear externalidades negativas. De un lado, porque sus autores no sufren plenamente todos sus costes sociales. De otro, porque a veces éstos obtienen al adoptarlas ventajas espurias, en perjuicio de los intereses generales.

Las autoridades administrativas sí padecen en sus propias carnes los costes –en tiempo y esfuerzo– de las actuaciones que llevan a cabo directamente. Y, aunque disparan con pólvora de rey, también internalizan en gran medida el coste de oportunidad de los trámites realizados por los empleados a su servicio. La razón es obvia: los recursos materiales, personales y temporales invertidos en el procedimiento ya no pueden ser dedicados a otros fines, con frecuencia más rentables electoralmente.

El caso de las actuaciones procedimentales realizadas por los interesados es completamente distinto. A las autoridades no les cuestan esfuerzo ni recursos materiales. Y es perfectamente posible que el daño político que eventualmente les suponga arrojar una carga sobre algunos ciudadanos sea inferior a la rentabilidad política del dinero que así se ahorran –especialmente cuando éstos no pertenecen al círculo de sus potenciales votantes–, dinero que les puede reportar más réditos electorales si lo emplean en proyectos que favorecen principalmente a quienes sí podrían votarles. En fin, es razonable pensar que las autoridades administrativas no padecen ni ponderan suficientemente todos los costes sociales de este tipo de trámites³⁵.

Por otro lado, y como ya sabemos, algunas autoridades pueden caer en la tentación de utilizar dichas cargas con una finalidad desviada, para extraer dinero de los bolsillos de los afectados u obtener ventajas políticas o de otro tipo, favoreciendo a determinados sujetos en perjuicio de otros.

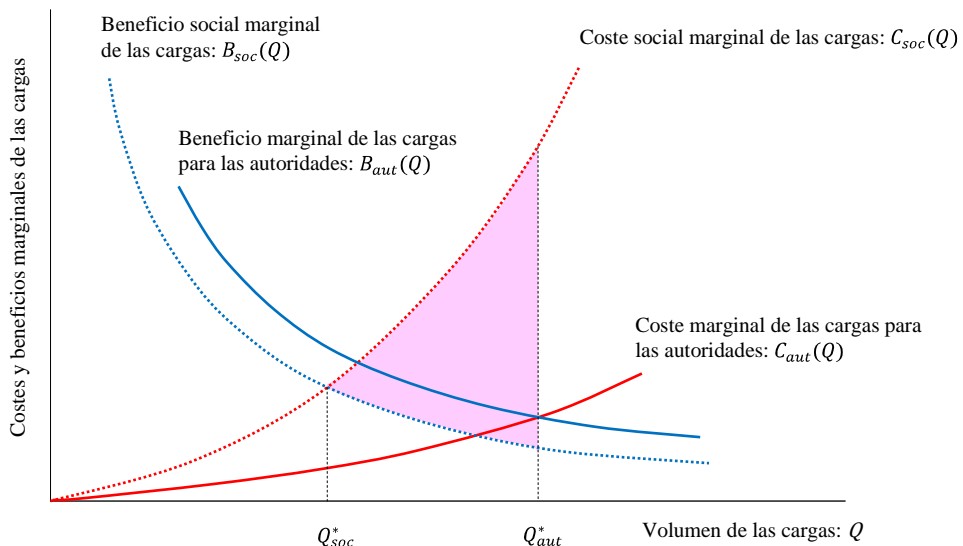
El resultado natural es que la utilidad que estos trámites reportan a las autoridades que imponen su observancia supere su utilidad social y, por lo tanto, que su volumen termine siendo demasiado elevado desde el punto de vista del interés general. Ello explica por qué la percepción de la ciudadanía de estar soportando un nivel excesivo de semejantes cargas burocráticas es un fenómeno universal y tan antiguo como el procedimiento administrativo mismo. Y, mucho nos tememos, explica también por qué éste es un problema estructural difícilmente soluble: en líneas generales, a las autoridades competentes no les interesa lo suficiente que se resuelva.

La figura 2 ilustra este resultado. Desde la perspectiva del interés general, la cantidad óptima de cargas procedimentales impuestas a los interesados (Q_{soc}^*) es aquella

³⁵ Ilustremos esta afirmación con un ejemplo. Hasta el año 2010, las pruebas convocadas por la Generalitat Valenciana para la obtención de certificados oficiales de conocimientos de valenciano constaban de cuatro ejercicios que se celebraban en un mismo día, y había que alcanzar una puntuación mínima en los tres primeros para obtener el correspondiente certificado (*vid.*, por ejemplo, la Resolución de 9 de marzo de 2010, de la Secretaría Autonómica de Educación, por la que se convocan las pruebas para la obtención de los certificados oficiales administrativos de conocimientos de valenciano y se nombran las comisiones examinadoras, DOCV, núm. 6231, de 23 de marzo de 2010). En 2011, en plena crisis económica, la Generalitat decidió cambiar la estructura de las pruebas. Ahora, los aspirantes realizan en un día los dos primeros ejercicios y, si logran la puntuación mínima, quedan convocados para hacer los dos restantes unas semanas después (*vid.* la homónima Resolución de 7 de marzo de 2011 de la citada Secretaría, DOCV, núm. 6483, de 18 de marzo de 2011). La finalidad del cambio es, presumiblemente, que la Generalitat se ahorre unos euros: dado que ahora sólo quienes han aprobado los dos primeros ejercicios realizan el tercero y el cuarto, la Generalitat necesita emplear a menos examinadores en estos últimos. Nótese, sin embargo, que la magnitud de este ahorro es seguramente *muy* inferior al coste adicional que el nuevo sistema supone para los numerosos aspirantes que superan los dos primeros ejercicios, quienes ahora ven cómo se duplican los considerables costes –v. gr., derivados de su desplazamiento o de la pérdida de un día de trabajo– que les ocasionan las pruebas.

en la que su beneficio social marginal y su coste social marginal coinciden [$B_{soc}(Q) = C_{soc}(Q)$]. Pero las autoridades administrativas prefieren establecer y de hecho establecen una cantidad más elevada (Q_{aut}^*), alcanzando el punto en el que los réditos que obtienen con la última carga se igualan con lo que ésta les cuesta [$B_{aut}(Q) = C_{aut}(Q)$]. Este exceso es fruto de dos factores. El primero es que algunas autoridades se aprovechan de estos trámites para extraer rentas espurias, lo que hace que su establecimiento les beneficie más a ellas que a la sociedad [$B_{aut}(Q) > B_{soc}(Q)$]. El segundo factor, seguramente más relevante que el anterior, es que tales actuaciones procedimentales tienen un coste menor para las autoridades que para el conjunto de los ciudadanos [$C_{aut}(Q) < C_{soc}(Q)$]. El área sombreada representa la pérdida de bienestar social provocada por el exceso.

Figura 2. El volumen de cargas procedimentales impuestas a los interesados por las autoridades administrativas (Q_{aut}^*) excede del socialmente óptimo (Q_{soc}^*)



B) Externalidades positivas del procedimiento administrativo

Una actuación engendra una externalidad positiva cuando su autor no puede disfrutar personalmente de todos los beneficios que de ella emanan, cuando el beneficio neto que dicha actuación supone para la sociedad es superior al beneficio neto que la misma le reporta a él. La consecuencia natural es que dicha actividad se realice demasiado poco, por debajo del nivel socialmente óptimo.

También algunas decisiones públicas relativas a la configuración de los procedimientos administrativos originan externalidades positivas. También aquí se produce un desajuste entre la utilidad pública y la utilidad privada del procedimiento, si bien ahora es la primera la que excede de la segunda. Y lo que entonces cabe esperar es que las autoridades competentes no lleguen a realizar la cantidad de este procedimiento que sería la más conveniente para todos, sino que se queden por debajo.

El caso típico es el de los trámites cuya observancia requiere de tales autoridades la inversión de recursos susceptibles de usos alternativos crematística o políticamente más rentables, y que además pueden proporcionar información susceptible de ser empleada en su contra por los interesados o terceros. Piénsese en los trámites de audiencia o de información pública, en la práctica de ciertas pruebas, en la preparación concienzuda y la motivación rigurosa de una decisión, etc.

Cabe razonablemente pensar que la utilidad privada que las correspondientes autoridades administrativas pueden extraer de estos trámites es inferior a la utilidad que su observancia supone para la comunidad. Dicha observancia tiende a garantizar el acierto de la correspondiente decisión, que la misma satisfaga óptimamente los fines establecidos por el ordenamiento jurídico. Pero lo mejor para el conjunto de los ciudadanos no es necesariamente lo mejor para las autoridades administrativas. Aunque éstas deben actuar con arreglo a Derecho y servir con objetividad los intereses generales (arts. 9.1, 103.1 y 106.1 CE), no siempre lo hacen así³⁶. Con relativa frecuencia adoptan decisiones que no satisfacen óptimamente el bienestar del conjunto de todos los ciudadanos, sino el de unos pocos: el suyo, el de sus votantes o el de ciertos grupos de presión. Ésta es justamente la razón por la que la actividad administrativa está sometida sin excepciones a la ley y al control de los Tribunales. Tal sometimiento sobraría si las Administraciones públicas actuaran siempre acertadamente, en el sentido más acorde con las exigencias del interés general.

Por otro lado, la realización de estos trámites conlleva para las autoridades administrativas competentes un coste personal seguramente superior al que representa para la sociedad. En primer lugar, porque deben invertir recursos –tiempo, esfuerzo, dinero, etc.– que no podrán utilizar para otros usos alternativos, personalmente más gratificantes o políticamente más rentables. En segundo lugar, porque la observancia escrupulosa de esos trámites puede generar información socialmente valiosa pero perjudicial para dichas autoridades. Tal información, en efecto, puede ser utilizada por los interesados o por terceros –periodistas, miembros del partido político de la oposición, fiscales, etc.– en perjuicio de las autoridades encargadas de suministrarla. De ahí que éstas tengan pocos alicientes para acometer esta tarea. Piénsese, a título ilustrativo, en la obligación de confeccionar una memoria en la que se analice el impacto que la norma reglamentaria que se trata de aprobar puede tener para sus destinatarios³⁷. Imaginemos que el Gobierno, en cumplimiento de una promesa electoral o de un compromiso contraído con un grupo de presión, tiene la firme e inquebrantable voluntad de establecer un reglamento que menoscaba seriamente los intereses legítimos de los miembros de otro grupo rival, al imponerles diversas obligaciones cuya proporcionalidad es sumamente dudosa. No parece probable, obviamente, que el Gobierno decida invertir muchos recursos en elaborar una rigurosa y exhaustiva memoria en la que se pongan de manifiesto los desproporcionados y discriminatorios perjuicios que el reglamento podría ocasionar a estas últimas personas, pues tal documento podría ser utilizado en su contra por los partidos políticos de la oposición y medios de comunicación afines, para poner de manifiesto la incompetencia o la arbitrariedad gubernamental, o por los afectados, para tratar de impedir la aprobación de la norma o, eventualmente, para impugnarla ante los Tribunales.

³⁶ Como advierte M. JIMÉNEZ DE PARGA en su voto particular a la STC 121/1999, de 28 de junio de 1999, «el interés público o general no se identifica necesariamente con el interés administrativo».

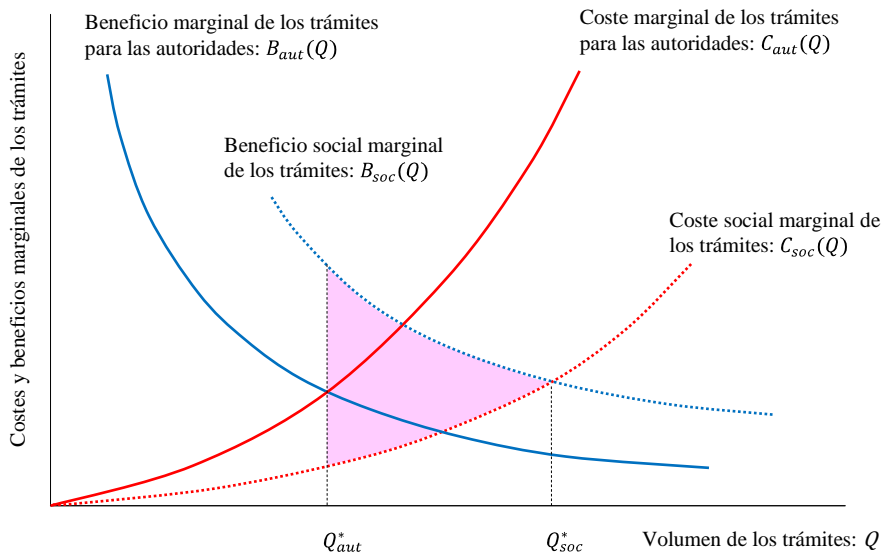
³⁷ *Vid.* el RD 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

Cabe esperar, en definitiva, que el volumen efectivo de semejantes trámites sea muy inferior al que sería socialmente deseable. De hecho, así ocurre en la realidad. Las autoridades competentes no suelen pecar por exceso, sino más bien por defecto, a la hora de dar audiencia a los interesados, practicar las pruebas por ellos propuestas, responder razonadamente a sus alegaciones, abrir trámites de información pública, elaborar exhaustivas y rigurosas memorias económicas, motivar cuidadosamente sus resoluciones, etc. La jibarización e incluso la entera omisión de estos trámites, aun en los casos en los que su cumplimiento ha sido prescrito por la ley, son fenómenos relativamente corrientes. Seguramente ello explica por qué la principal preocupación de los autores españoles en relación con el procedimiento administrativo no ha sido tradicionalmente la de simplificarlo, sino antes bien la de poner de relieve que su valor social es superior al que *de facto* se le ha dado en la praxis de nuestras Administraciones públicas y, eventualmente, en la legislación y la jurisprudencia. El *leitmotiv* de esta nutrida corriente doctrinal ha venido a rezar más –y, por supuesto, mejor– procedimiento, no menos³⁸.

La figura 3 ilustra este déficit. La cantidad socialmente óptima de estos trámites (Q_{soc}^*) es aquella en la que se igualan su beneficio social marginal y su coste social marginal [$B_{soc}(Q) = C_{soc}(Q)$]. Pero las autoridades administrativas prefieren observar y de hecho observan una cantidad inferior (Q_{aut}^*). Sólo llegan hasta el punto en el que el beneficio que pueden extraer de la última unidad de procedimiento coincide con lo que ésta les cuesta [$B_{aut}(Q) = C_{aut}(Q)$]. El desajuste existente entre ambas cantidades se produce por la conjunción de dos causas. La primera es que la realización de esos trámites reporta menos beneficios a las autoridades que al conjunto de los ciudadanos [$B_{aut}(Q) < B_{soc}(Q)$]. La segunda es que dicha realización les sale más costosa a aquéllas que a éstos [$C_{aut}(Q) > C_{soc}(Q)$]. El área sombreada representa la pérdida de bienestar social que ocasiona este déficit de procedimiento administrativo.

³⁸ Vid., entre otros, J. PONCE SOLÉ (2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid; C. CIERCO SEIRA (2002), *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia; E. MELERO ALONSO (2004), «La “democracia orgánica” y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos», *Revista de Estudios Políticos*, 126, pp. 237-264; F. J. RODRÍGUEZ PONTÓN (2005), *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Civitas, Madrid; M. J. GALLARDO CASTILLO (2005), «La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica», *RAndAP*, 57, pp. 161-185; ídem (2006), «Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», *RAP*, 171, pp. 217-247; O. MIR PUIGPELAT (2008), «La codificación del procedimiento administrativo en la Unión administrativa europea», en F. VELASCO y J. P. SCHNEIDER (coords.), *La Unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, pp. 57 y ss.; J. BARNÉS (ed.) (2008), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla; J. L. BERMEJO LATRE y S. CASTEL GAYÁN (eds.) (2013), *Transparencia, participación ciudadana y Administración pública en el siglo XXI. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza. Es más, cabe estimar, con varios de estos autores, que en las últimas décadas se ha producido una notable revalorización del procedimiento administrativo, al menos en el plano doctrinal.

Figura 3. El volumen de los trámites efectivamente realizados por las autoridades administrativas (Q_{aut}^*) es inferior al socialmente óptimo (Q_{soc}^*)



IV. EL PAPEL DEL DERECHO

1. *Asegurar que los procedimientos administrativos son rediseñados y configurados equilibradamente*

Parece claro cuál debería ser el papel del Derecho en este campo: articular las garantías adecuadas para que en la práctica se realice la cantidad óptima de procedimiento administrativo. Habida cuenta de que, por las razones coyunturales y estructurales ya expuestas, podemos suponer que la mayoría de los procedimientos administrativos se apartan en mayor o menor medida de ese óptimo, deberían establecerse las normas legales, reglamentarias y jurisprudenciales que muevan a los poderes públicos competentes a revisarlos y rediseñarlos, a fin de configurarlos de la manera efectivamente más conveniente para todos los intereses legítimos implicados. El problema radica en precisar cómo alcanzar esta meta, pues los caminos que llevan a ella aparecen plagados de obstáculos realmente difíciles de salvar.

2. *Obstáculos*

A) **No siempre es fácil precisar la cantidad justa de procedimiento administrativo**

Como ya sabemos, es realmente complicado precisar cuál es la cantidad óptima de procedimiento administrativo, tanto en el momento de regularlo *ex novo* como a la hora de rediseñarlo y acomodarlo a las nuevas circunstancias. Es razonable pensar: 1º) que dicha cantidad es superior a la que era óptima antes de la revolución de las TICs; 2º) que el volumen de cargas impuestas a los interesados debería reducirse; y 3º) que el de trámites directamente realizados por la Administración debería aumentar. Pero no sabemos a ciencia cierta en qué medida. Para averiguarlo, deberíamos determinar los costes y beneficios marginales de cada uno de los elementos de cada procedimiento. La

pega es que efectuar este análisis respecto de los miles de procedimientos administrativos existentes resultaría prohibitivamente costoso, máxime si tenemos en cuenta que los resultados no pueden ser demasiado fiables, a la vista de la extrema dificultad que entraña calcular exactamente dichos costes y beneficios.

B) No siempre tienen los poderes públicos los alicientes apropiados para configurar justamente el procedimiento

Si, como hemos visto, buena parte de la culpa de que los procedimientos administrativos sean excesivamente complejos o demasiado simples la tiene el hecho de que los poderes públicos suelen carecer de los alicientes necesarios para diseñarlos de la manera más conveniente para el conjunto de los ciudadanos, parece difícil que esos mismos poderes públicos consigan rediseñarlos y darles esa configuración óptima. No es muy razonable esperar que quien tiene interés en el mantenimiento de una determinada situación ponga espontáneamente mucho esfuerzo en cambiarla y lo consiga, en contra de lo que le conviene.

Habría, no obstante, que distinguir entre los diversos agentes públicos implicados. Los incentivos de los miembros del Parlamento, por ejemplo, difieren considerablemente de los de la mayoría de los funcionarios al servicio de las Administraciones públicas. Aquéllos tratan principalmente de maximizar sus votos a fin de conservar, incrementar y robustecer su poder, para lo cual tenderán a tomar decisiones –aparentemente– acordes con las preferencias de un buen número de electores. Los funcionarios, en cambio, no necesitan cuidar tanto a los ciudadanos, porque su puesto de trabajo y su remuneración no dependen sino muy remotamente de ello. Cabe pensar, por esta razón, que cuanto mayor sea la legitimidad democrática del correspondiente poder público, cuanto más directamente dependa su posición de los votantes, más alineados estarán sus intereses con los de éstos, y menor será su querencia a apartarse de la cantidad socialmente óptima de procedimiento administrativo.

C) No siempre tienen los ciudadanos interés suficiente en reclamar contra las violaciones de su derecho al procedimiento debido

Las víctimas de actuaciones ilegales no siempre ponen en marcha los mecanismos legales previstos para proteger y restablecer sus derechos e intereses legítimos antijurídicamente lesionados. A veces les resulta imposible hacerlo, por ejemplo, porque no saben que –o si– se ha cometido una ilegalidad, porque no pueden identificar a su autor o porque éste goza de algún tipo de inmunidad. La razón, sin embargo, suele ser que no les merece la pena, por cuanto el coste de emprender las acciones legales pertinentes es superior al beneficio que de las mismas pueden esperar. Sea como fuere, la falta de reacción de las víctimas hace que resulte demasiado atractivo cometer semejantes ilegalidades, habida cuenta de que su comisión no les cuesta a los infractores lo que debería costarles. Este problema reviste especial gravedad cuando el daño ocasionado por cada infracción es relativamente escaso pero las infracciones son muy numerosas y, en consecuencia, el daño social que resulta de la suma de todas ellas es enorme.

Muchas irregularidades cometidas en la tramitación de los procedimientos administrativos no se corrigen porque a los interesados no les sale a cuenta impugnarlas. Imaginemos, por ejemplo, que la Administración requiere al solicitante de una autorización la presentación de documentos que ya obran en su poder, vulnerando así el artículo 35.f) LRJPAC. Es frecuente que en tales casos el solicitante atienda el

requerimiento sin recurrirlo, ora porque desconoce su ilegalidad ora porque, aun a sabiendas de ella o en la duda, considera que le sale mucho más barato cumplirlo. Los interesados que en un procedimiento sufren la imposición de cargas desproporcionadas tampoco suelen formular recursos o reclamaciones de daños si finalmente sus solicitudes son estimadas. Por lo general, sólo cuando el perjuicio provocado por la irregularidad rebasa cierto umbral o cuando la Administración resuelve sobre el fondo en contra de la posición sostenida por el interesado, acude éste a los Tribunales.

Algunos ordenamientos jurídicos, en otros ámbitos en los que se plantea sustancialmente el mismo problema –v. gr., en el Derecho del consumo–, atribuyen diversas potestades a las Administraciones públicas para tutelar los derechos de los ciudadanos afectados frente a ciertas prácticas irregulares, supliendo así la falta de incentivos que cada uno de ellos tiene para combatirlos. Pero esta solución tropieza con evidentes dificultades en el caso de los procedimientos administrativos. No cabe esperar que dichas Administraciones vayan a proteger efectivamente a los ciudadanos frente a los abusos cometidos por ellas mismas. Para que esa tutela fuese verdaderamente efectiva, la autoridad o autoridades competentes para proporcionarla deberían gozar de un elevado grado de *independencia* respecto de las potencialmente infractoras.

D) No siempre hay instrumentos jurídicos adecuados para tutelar el derecho al procedimiento debido

En el arsenal del ordenamiento jurídico español vigente no se encuentran las armas adecuadas para luchar eficazmente contra todas las irregularidades procedimentales y, especialmente, contra las violaciones del que podríamos denominar «derecho a un procedimiento administrativo razonablemente simple» –v. gr. contra los abusos en la exigencia de documentos a los interesados–.

La responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados al incurrir en irregularidades procedimentales carece prácticamente de virtualidad cuando, como suele suceder, éstos revisten escasa entidad para cada uno de los perjudicados. De un lado, porque entonces a éstos, por lo común, no les saldrá a cuenta reclamar. De otro, porque la Administración, al no resarcir todos los daños ocasionados –pues sólo una minoría de las víctimas reclama su indemnización– carecerá de los incentivos económicos suficientes para prevenirlos como es debido.

Las reglas vigentes relativas a la validez de actos administrativos, reglamentos y contratos públicos tampoco ofrecen una respuesta adecuada para determinadas infracciones procedimentales. Muchas de las violaciones del derecho a un procedimiento razonablemente simple no encajan en ninguno de los supuestos previstos legalmente en los que los vicios de procedimiento determinan la invalidez de los actos jurídicos viciados, pues ni han podido influir en su contenido ni han provocado indefensión³⁹. Nótese que exigir a los interesados que aporten documentos que ya obran en poder de la Administración actuante constituye una ilegalidad, si bien difícilmente puede considerarse invalidante cuando aquéllos han atendido dicha exigencia. Únicamente en el caso de que la Administración se basara en el incumplimiento de esta carga para resolver en contra de lo solicitado por el interesado podría éste impugnar y

³⁹ Vid. el art. 63.2 LRJPAC. Sobre las llamadas irregularidades no invalidantes, vid. M. BELADIEZ ROJO (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, esp. pp. 97 y ss.; G. DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 255 y ss.; GALLARDO CASTILLO (2006).

obtener la anulación de la resolución⁴⁰, pues sólo entonces cabe entender que el mentado defecto procedimental ha podido influir –de hecho, ha ejercido una influencia determinante– sobre ésta. No parece, por ejemplo, que los Tribunales deban anular una denegación de la acreditación como profesor universitario «sólo» porque al solicitante se le haya obligado a presentar una montaña de documentos innecesarios, cuando el interesado ha logrado cumplir esta obligación. No hablemos ya de que los Tribunales le reconozcan por tal motivo su derecho a ser acreditado.

Tampoco parece que existan instrumentos procesales adecuados para hacer cumplir las obligaciones que algunas leyes imponen a las Administraciones públicas de revisar las normas reguladoras de sus procedimientos y simplificarlos⁴¹.

El problema es que si dichas irregularidades no desencadenan consecuencia negativa alguna para las Administraciones que las cometen, pocos incentivos tendrán éstas para evitar su comisión.

3. *Cómo embridar jurídicamente la actuación del legislador. El papel de los derechos fundamentales*

Los Parlamentos son, por lo común, menos peligrosos para la libertad de los ciudadanos que las Administraciones públicas. La elección de sus miembros mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (art. 68.1 CE) tiende a alinear los intereses perseguidos por la ley quizás no con los de todos los ciudadanos –como sería deseable–, pero sí al menos con los de una mayoría de los electores. Este método de elección, además, posibilita que en una cámara parlamentaria estén representados y se escuchen diversos puntos de vista. El procedimiento legislativo, a diferencia de lo que suele ocurrir en el administrativo, asegura que numerosas fuerzas políticas, incluidas las minoritarias, puedan participar y deliberar a través de un debate contradictorio, transparente y capaz de movilizar a la opinión pública, lo que disminuye el riesgo de arbitrariedades y errores.

Pero el legislador también puede equivocarse o abusar de su poder, apartándose por defecto o por exceso de la solución que más conviene al conjunto de los ciudadanos. La Constitución española, por ello, establece explícitamente límites que la ley no puede franquear al regular el procedimiento administrativo. En algunos de sus preceptos se articulan garantías frente a ciertas omisiones del procedimiento que se estima debido. Se trata aquí de combatir el riesgo de que los poderes públicos caigan en la tentación o en el olvido de no realizar sus trámites más esenciales (art. 105 CE). En otras disposiciones, se prevén garantías frente a determinados excesos, contra la imposición a los ciudadanos de cargas u obligaciones procedimentales consideradas inadmisibles (arts. 20.2 y 21.1 CE).

Empero debemos subrayar que ahí no se agota la virtualidad de la Constitución en este campo. De los principios y, muy especialmente, de los derechos fundamentales por ella consagrados pueden extraerse reglas aplicables al procedimiento administrativo que deben ser respetadas por todos los poderes públicos, inclusive el legislador. Así han venido a declararlo, entre otros, el Tribunal Constitucional español y el Tribunal

⁴⁰ *Vid.*, entre otras muchas, la STS de 11 de mayo de 1993 (rec. 1788/1988, RJ 3739); la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2005 (rec. 1713/2002, RJCA 736); y la STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2006 (rec. 574/2003, RJCA 2007\226).

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, la disp. final 7ª de la Ley valenciana 2/2012, de 14 de junio, de Medidas Urgentes de Apoyo a la iniciativa Empresarial y los Emprendedores, Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas de la Comunitat Valenciana.

Europeo de Derechos Humanos. De acuerdo con una muy consolidada jurisprudencia, de estos derechos se derivan para el Estado obligaciones positivas de protegerlos, entre las cuales se encuentra la de observar un procedimiento adecuado antes de adoptar una decisión que pueda afectarlos negativamente, a fin de lograr un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos en juego⁴². El procedimiento administrativo constituye, pues, un instrumento de protección de estos derechos necesario para enervar el riesgo de que las Administraciones públicas los menoscaben. Tan es así que ha de entenderse que tales derechos exigen una configuración adecuada del referido procedimiento. Repárese en que aquí lo que se trata de evitar es que la autoridad competente omita ciertos trámites esenciales para garantizar el acierto de resoluciones administrativas singularmente trascendentes, cuando dicha autoridad no tiene interés suficiente en realizarlos.

Los derechos fundamentales, en segundo lugar, también pueden ser utilizados para combatir la otra gran enfermedad del procedimiento administrativo: la imposición a los interesados de cargas desmesuradas. Condicionar el ejercicio de un derecho constitucional –v. gr., la libertad de empresa– a la realización de trámites que suponen para su titular costes inútiles, innecesarios o excesivos para la consecución de un fin, por muy legítimo que éste sea, constituye una restricción desproporcionada del derecho considerado y, en suma, una violación del mismo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado reiteradamente en este sentido, en relación con las libertades fundamentales consagradas por el Derecho comunitario⁴³. Deberíamos tomar buena nota.

4. *Cómo embridar jurídicamente la actuación de la Administración*

Las autoridades administrativas han de jugar inevitablemente un papel protagonista en la configuración de los procedimientos administrativos. De una parte, han de colaborar con el legislador en la regulación general de los miles de procedimientos administrativos existentes, como consecuencia de la incapacidad de éste para acometer dicha tarea con la agilidad y el detalle requeridos. De otra parte, deben decidir cuál es la «cantidad» de procedimiento que hay que llevar a cabo en cada caso

⁴² Sobre esta dimensión procedimental de los derechos fundamentales, *vid.* G. DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, pp. 181 y ss., y 337 y ss.

⁴³ *Vid.*, entre otras, las SSTJUE de 23 de noviembre de 1999 (*Arblade y otros*, C-369/96 y C-376/96), que declara incompatible con la libertad de prestación de servicios el que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realiza temporalmente obras en el primer Estado a elaborar ciertos documentos previstos en la legislación social o laboral en la forma establecida por la normativa del primer Estado cuando la protección social de los trabajadores que puede justificar dichas exigencias ya está salvaguardada a través de la presentación de los documentos previstos en las legislaciones social y laboral en poder de dicha empresa con arreglo a la normativa del Estado miembro en que está establecida; 15 de julio de 2010 (*Bâtiments et Ponts Construction y WISAG Produktionservice*, C-74/09), que declara, *a sensu contrario*, incompatible con el Derecho de la Unión el que una norma nacional imponga al contratista establecido en otro Estado miembro, para la adjudicación de un contrato en el Estado miembro del poder adjudicador, la obligación de estar registrado en este último Estado como no incurso en causas de exclusión, si dicha obligación obstaculiza o retrasa la participación del contratista en la licitación pública en cuestión, o genera cargas administrativas excesivas; y 7 de junio de 2012 (*VBV - Vorsorgekasse*, C-39/11), que considera contrario a la libre circulación de capitales, por desproporcionado, supeditar la licitud de la adquisición de participaciones de fondos comunes de inversión establecidos en otro Estado miembro a la existencia de una autorización de comercialización en el territorio nacional.

concreto, para lo cual gozan en no pocas ocasiones de un ancho margen de apreciación o discrecionalidad.

El problema es que tales autoridades son considerablemente más peligrosas que las legislativas para el derecho de los ciudadanos al procedimiento debido. Al no haber sido elegidas por sufragio universal, sus intereses no están tan alineados con los de los electores como lo están los de los miembros del Parlamento. A diferencia de éstos, aquéllas sufren personalmente los costes de tiempo y esfuerzo que encierra la tramitación de los procedimientos administrativos, mientras que suelen aprovecharse de sus beneficios en menor medida. Por algo el legislador les ordena muchas veces dicha tramitación. Adicionalmente, sus cauces de actuación son menos transparentes, públicos y participativos que los observados para la elaboración de las leyes⁴⁴. ¿Qué hacer, pues, para asegurar que respetan efectivamente el referido derecho?

A) El establecimiento de normas de procedimiento «sustantivas». La regla «una dentro, una fuera»

Conviene que el legislador obligue explícitamente a las Administraciones públicas a realizar ciertos trámites, así como que les prohíba de manera igualmente expresa imponer a los ciudadanos determinadas cargas.

Ello puede hacerse –de hecho se hace– de dos modos, no excluyentes entre sí. El primero consiste en fijar reglas concretas, especificar legislativamente los trámites que la Administración debe llevar a cabo y las cargas que no le está permitido imponer a los interesados. En segundo término, cabe regular mediante cláusulas generales, empleando conceptos jurídicos indeterminados, cómo debe configurarse el procedimiento, indicando lo que la Administración puede o no puede hacer. La LRJPAC establece, por poner sólo dos ejemplos, que los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte «más cómoda para ellos» y sea «compatible, en la medida de lo posible», con sus obligaciones laborales o profesionales (art. 85.1); y que el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean «manifiestamente improcedentes o innecesarias» (art. 80.3). La legislación estatal básica debería haber explicitado también que las Administraciones públicas han de respetar aquí dos principios que, en verdad, ya se deducen de la Constitución: los de legalidad y proporcionalidad. En la medida en que las cargas y obligaciones procedimentales impuestas a los ciudadanos entrañan una restricción de su libertad, sólo cabe imponerlas en virtud de una habilitación legislativa previa y sólo si no implican costes inútiles, innecesarios o excesivos para los afectados⁴⁵. El hecho de que en la praxis administrativa se desconozcan frecuentemente las exigencias de ambos principios justifica un recordatorio legislativo expreso⁴⁶.

Semejantes cláusulas pueden suscitar dudas interpretativas y generar alguna inseguridad, pero tienen la ventaja de que permiten –en última instancia a los

⁴⁴ Ello explicaría, por ejemplo, por qué el derecho reconocido a los interesados en términos relativamente generosos por los arts. 35.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y 6.2.b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (en adelante, LAE), ha sido regulado, en los correspondientes reglamentos de desarrollo, en unos términos mucho más cicateros, por no decir ilegales. *Vid.* CIERCO SEIRA (2011, pp. 191 y ss.).

⁴⁵ Esta interpretación podría deducirse, también, de los arts. 39.1 y 40.1 de la LRJPAC.

⁴⁶ En sentido similar, GAMERO CASADO (2013).

Tribunales, si realmente se las toman en serio, como sería deseable— disciplinar y dar una solución equilibrada a una gran cantidad de casos diversos, lo que el legislador muy difícilmente es capaz de hacer directamente.

Una consideración especial merece la cláusula «una dentro, una fuera» (*one in, one out*; en adelante, OIOO) recién consagrada, con carácter de legislación básica, por el artículo 37 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: «Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias creen nuevas cargas administrativas para las empresas eliminarán al menos una carga existente de coste equivalente».

Este precepto merece varias críticas. Por de pronto, no se entiende muy bien por qué se aplica únicamente a las empresas y no a otras organizaciones y personas. No acaba de verse la razón por la cual esta regla pudiera ser buena sólo para aquéllas pero no para el resto.

En segundo lugar, suscita no pocas dudas interpretativas, a saber: 1ª) su alcance no queda claro, pues la citada Ley no define lo que hay que entender a estos efectos por empresa y cargas administrativas⁴⁷; 2ª) tampoco está claro si la regla OIOO vincula a los legisladores autonómicos, que en sentido estricto no son Administraciones públicas; 3ª) es muy dudoso que esta regla vincule al legislador estatal⁴⁸; 4ª) es igualmente dudoso que la eliminación proceda cuando la nueva carga ha sido impuesta, directa o indirectamente, por el Derecho de la Unión Europea; y 5ª) no se precisa cómo hay que acreditar que la nueva carga tiene un coste equivalente a la antigua.

Pero lo peor de esta cruda y rígida regla es que, en determinadas circunstancias, menoscaba los intereses públicos. En efecto, su aplicación da lugar a situaciones ineficientes cuando tanto las cargas preexistentes como la carga adicional que ahora se pretende imponer están justificadas, por superar sus beneficios a sus costes sociales⁴⁹. Esta regla obliga entonces a eliminar o no establecer una medida que es netamente ventajosa para el conjunto de los ciudadanos. La cláusula OIOO sólo tiene sentido cuando alguna o varias de esas cargas son inútiles, innecesarias o desmesuradas, lo cual no tiene por qué suceder siempre y en todo caso.

Es más, la regla puede llegar a ser contraproducente. Se corre el riesgo de que las Administraciones reaccionen estratégicamente, prolongando indebidamente la vigencia de cargas desproporcionadas, que hubiesen sido eliminadas antes, de no existir dicha regla. Imaginemos que sobre los empresarios de un sector pesan dos cargas. Tras analizar sus costes y beneficios, las autoridades competentes llegan a la conclusión de que sólo una de ellas (A) está justificada y que la otra (B) debería desaparecer inmediatamente por su desproporción. También prevén que dentro de unos pocos años será necesario introducir una nueva carga (C), a fin de satisfacer adecuadamente un fin público legítimo. En un escenario en el que no rige la regla OIOO, las autoridades suprimirán ahora aquella carga desproporcionada (B). Pero si dicha regla está vigente, es probable que se esperen unos años para llevar a cabo la supresión, haciéndola coincidir con la introducción de la nueva carga (C), para de esta manera no tener que prescindir de una carga (la A o la C) que consideran justificada. La norma OIOO

⁴⁷ Vid. los arts. 3 y 70 de la Ley 14/2013.

⁴⁸ Sobre este tema, *vid.*, *mutatis mutandis*, J. M^a BAÑO LEÓN (2004), «La vinculación del Estado a las normas básicas de contratación: la prohibición de derogación singular de las bases», en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, pp. 1753 y ss.

⁴⁹ En sentido similar, OECD, *Why is Administrative Simplification so complicated?*, cit., p. 54.

propicia que los poderes públicos, en vez de eliminar inmediatamente restricciones de la libertad que incluso ellos estiman inútiles, innecesarias o excesivas, decidan mantenerlas y «guardárselas en la manga» para «canjearlas» en el futuro por otras nuevas sin tener que «renunciar» a ninguna de las que consideran pertinentes.

De hecho, en algún país en el que se ha probado esta regla y se ha evaluado su eficacia real, se ha visto que los resultados han sido insatisfactorios⁵⁰.

B) La (paradójica) relevancia de las normas de procedimiento

Dado que las Administraciones públicas disponen ineluctablemente de un ancho espacio de maniobra para configurar sus procedimientos de actuación, sin que las reglas sustantivas establecidas por el legislador puedan eliminarlo por completo y asegurar un resultado óptimo, conviene establecer reglas de procedimiento que garanticen el acierto de las decisiones adoptadas por las Administraciones sobre el particular. Por paradójico que pueda sonar, éstas deberían observar ciertas reglas de procedimiento a la hora de precisar cómo deben ser sus procedimientos. Para simplificarlos hace falta establecer nuevos y más complejos procedimientos administrativos.

a) La evaluación de los procedimientos administrativos

Con el objeto de asegurar el acierto de los procedimientos administrativos es de fundamental importancia evaluarlos, llevar a cabo diversas actividades tendentes a precisar en qué medida éstos contribuyen a la consecución de sus fines institucionales y con qué costes. Tal evaluación puede adoptar diversas formas:

Evaluación previa. Antes de aprobar una norma reguladora del procedimiento administrativo, habría que tratar de precisar cuáles serán sus efectos reales, cómo reaccionarán los agentes públicos y privados frente a la misma, en qué grado los trámites establecidos garantizarán efectivamente el acierto de las correspondientes decisiones, cuál será el coste para todos los implicados, qué alternativas hay, cuáles son sus ventajas y desventajas.

Evaluación posterior. Una vez aprobada la norma, es de fundamental importancia evaluar sus resultados, averiguar cuáles han sido sus consecuencias, esperadas o inesperadas, sobre el comportamiento de los afectados, en qué medida ha logrado efectivamente alcanzar las metas perseguidas, con qué costes, determinar si se han producido cambios sobrevenidos que aconsejan una modificación de la regulación establecida, etc. Esta evaluación posterior es útil por varias razones. De un lado, siempre existe la posibilidad de que el autor de la norma se equivocara al elaborarla, o de que las circunstancias que se tuvieron en cuenta al aprobarla hayan experimentado alteraciones que hagan necesaria su modificación a fin de acomodarla a la nueva realidad, o que aconsejen su derogación. De otro lado, una vez aprobada y aplicada la norma en la vida real, puede obtenerse de manera relativamente fácil información que

⁵⁰ La OECD, *Why is Administrative Simplification so complicated?*, cit., p. 54, advierte que la evaluación de los tres primeros años de vigencia de la regla en Flandes evidenció «serios problemas de implementación, sin ningún impacto significativo en la práctica». En el Reino Unido se ha articulado, asimismo, un sistema de OIOO, vigente desde otoño de 2010. Vid. el documento *One-In, One-Out (OIOO) Methodology*, de julio de 2011, y los informes semestrales *One-in, One-out: Statement of New Regulation*, publicados por el DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION & SKILLS. También en Italia se ha introducido recientemente la regla, si bien todavía no se conoce con qué resultados. Vid. el art. 8.1 de la *Legge 11 novembre 2011, n. 180 – Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese* (G. U. 14 de noviembre de 2011, n. 265).

permita determinar si la misma es o sigue siendo efectivamente acertada o, por el contrario, conviene cambiarla o suprimirla. La utilidad de la evaluación será tanto mayor cuanto mayor sea el riesgo de equivocaciones o de semejantes cambios, y con mayor facilidad pueda obtenerse la referida información⁵¹.

De ahí que, en la actualidad, pueda afirmarse sin demasiadas dudas la conveniencia de revisar, evaluar y rediseñar prácticamente todos los procedimientos administrativos, cuando menos a fin de ajustarlos a las posibilidades que ofrecen las TICs, en los casos en los que esto no se haya hecho ya⁵². Hemos visto que la aparición de estas nuevas tecnologías ha supuesto una alteración significativa de la cantidad óptima de procedimiento administrativo.

Pero tampoco debemos descartar que, una vez ejecutada esta necesaria revisión generalizada de los procedimientos administrativos, convenga evaluar periódica o puntualmente al menos algunos de ellos, a fin de garantizar en la medida de lo posible que su configuración sigue siendo la mejor. En nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, no se ha dispuesto con carácter general el seguimiento sistemático de las normas vigentes⁵³ y, por lo tanto, tampoco el de las que regulan los procedimientos administrativos. En España hay que evaluar los hipotéticos efectos de las normas futuras, pero no los efectos reales de las normas que están en vigor, a pesar de que ambas evaluaciones son igualmente importantes, y de que éstos pueden ser conocidos con mayor facilidad y fiabilidad que aquéllos.

Una suerte de forma intermedia entre la evaluación previa y la posterior es la *evaluación experimental*. A veces conviene probar mediante «proyectos piloto» las reformas de los procedimientos administrativos, con el fin de obtener valiosa información sobre su acierto y limitar los riesgos que éstas conllevan⁵⁴.

b) El análisis coste-beneficio de los procedimientos. El *standard cost model*

Ésta es seguramente la actividad que más puede contribuir a que la Administración acierte al tomar sus decisiones, pero también la que mayor dificultad encierra. No resulta en absoluto fácil determinar con exactitud y fiabilidad cuáles son los beneficios y costes sociales marginales que para la sociedad entraña configurar cada uno de estos procedimientos de una u otra manera.

En muchos países se ha utilizado, a modo de sucedáneo de ese irrealizable análisis ideal, el método del *standard cost model*, con el que se trata de medir los costes que para las empresas supone el cumplimiento de sus obligaciones de generar, tener disponible o proporcionar información a las Administraciones públicas⁵⁵. A partir de entrevistas efectuadas con una pequeña muestra de empresas, se determina el precio o

⁵¹ Vid. G. DOMÉNECH PASCUAL (2005), «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *RAP*, 167, pp. 97-145.

⁵² Eso es lo que viene a establecer el art. 34 LAE.

⁵³ En el informe de la OECD (2010), *Better regulation in Europe: Spain 2010*, p. 43, se advierte este déficit.

⁵⁴ Sobre las regulaciones experimentales en general, vid. G. DOMÉNECH PASCUAL (2004), «Los experimentos jurídicos», *RAP*, 164, pp. 145-187.

⁵⁵ Vid. P. GONZÁLEZ DE HERRERO FERNÁNDEZ, L. CASTRO PÉREZ y M. FARMER (2006), «Una metodología para la medición de los costes administrativos: el *standard cost model*», *Papeles de Evaluación*, 4/2006, Ministerio de Administraciones Públicas; INTERNATIONAL SCM NETWORK TO REDUCE ADMINISTRATIVE BURDENS (2006), *International Standard Cost Model Manual*, traducido al castellano en *Papeles de Evaluación*, 6/2007, Ministerio de Administraciones Públicas.

coste típico –del tiempo y de los recursos materiales invertidos– que para una de las empresas del sector supone normalmente el cumplimiento de las referidas obligaciones. Ese precio se multiplica por la población de empresas y la frecuencia del cumplimiento, lo que arroja el coste total del cumplimiento para las empresas del sector. Una vez efectuada la medición, suelen fijarse objetivos precisos de reducción de este coste global: un 20%, un 25%, un 30%, etc.

Este método adolece de graves deficiencias. Por de pronto, sólo se computan los costes que el procedimiento administrativo entraña para las empresas, pero no para otros sujetos –v. gr., consumidores, entidades privadas sin ánimo de lucro, Administraciones públicas, etc.⁵⁶–. Tampoco se tiene en cuenta que algunas de las actividades de búsqueda, almacenamiento, tratamiento y comunicación de información –v. gr., la llevanza de la contabilidad– cuyo coste se mide se realizarían igualmente por las empresas aún en el caso de que éstas no hubieran sido obligadas a ello por el legislador, por lo que no parece razonable incluir dichas actividades en el cálculo de los costes impuestos por los poderes públicos⁵⁷. Es más, como ya hemos visto al hilo de la sustitución de las autorizaciones por comunicaciones previas, la eliminación de alguna de esas obligaciones formales podría provocar que los afectados se vieran forzados a recurrir a alternativas todavía más gravosas. En tercer lugar, la muestra de empresas puede no ser representativa. En cuarto lugar, los objetivos de reducción se fijan de manera enteramente convencional. Pero la objeción sin duda más seria es que, por increíble que parezca, este método prescinde absolutamente de ponderar los posibles beneficios sociales derivados del cumplimiento de las referidas obligaciones. Correlativamente, tampoco se tienen en cuenta en modo alguno los eventuales costes sociales que implicaría eliminar las referidas obligaciones⁵⁸.

Con todo, este método no carece enteramente de utilidad. Saber aproximadamente cuáles son los costes que a las empresas acarrea el cumplimiento de aquellas obligaciones procedimentales es mucho mejor que no saber nada. Además, constituye una llamada de atención a los poderes públicos sobre un problema que éstos tienden a no tener suficientemente en cuenta. Ya hemos expuesto las razones por las que cabe sospechar que el volumen de cargas administrativas que han de soportar los interesados es excesivo y debería ser minorado, aunque no sepamos exactamente hasta qué punto. La fijación de objetivos concretos y medibles de reducción, por otro lado, ayuda a focalizar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre esta cuestión.

Pero hay que tener muy presente que el *standard cost model* sólo permite efectuar una evaluación muy limitada –y sesgada– de los procedimientos administrativos. Con el

⁵⁶ Así lo advierte J. PONCE SOLÉ (2009), «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *RAP*, 180, p. 213.

⁵⁷ En algunos documentos se distingue entre «costes administrativos», que comprenderían los que para las empresas implican las referidas obligaciones, y «cargas administrativas», que sólo incluirían las actividades de información que las empresas no hubieran realizado si la ley no les hubiese obligado a ello. Sin embargo, dada la dificultad de precisar qué es lo que éstas hubieran hecho en tal hipotético caso, lo que se acaba midiendo son aquellos costes. *Vid.* el Anexo V de la *Guía metodológica para la elaboración de la memoria del análisis del impacto normativo*, aprobada por acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009.

⁵⁸ Se han elaborado estudios, en esta línea, que causan perplejidad. Por ejemplo, P. LÓPEZ, A. ESTRADA y C. THOMAS (2008), «Una primera estimación del impacto económico de una reducción de las cargas administrativas en España», *Boletín Económico del Banco de España*, 83, analizan el impacto económico –positivo, claro está– que tendría una reducción del 30% de las cargas administrativas en España en un horizonte temporal de 10 años, asumiendo implícitamente que esa reducción no implicaría coste alguno, sino sólo beneficios, para el país.

fin de configurarlos óptimamente habría que llevar a cabo un análisis lo más amplio y exhaustivo posible, en el que se considerasen todos los costes que cada «unidad de procedimiento» implica para cualesquiera sujetos, no sólo para las empresas y, por supuesto, todos los beneficios que para el conjunto de los ciudadanos se derivan de su realización, a la vista de las alternativas existentes. Recordemos que la supresión de ciertos trámites o incluso procedimientos puede acabar resultando perjudicial incluso para los sujetos sobre los que pesa la carga de realizarlos, si ello les fuerza a recurrir a soluciones alternativas que todavía les salen más caras.

Semejante evaluación debería quedar integrada en el análisis coste-beneficio más amplio que ha efectuarse antes de aprobar ciertas disposiciones normativas que contienen no sólo reglas de procedimiento. Así ha venido a establecerse en nuestro Derecho. La Ley del Gobierno obliga a acompañar los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones reglamentarias de una «memoria económica que contenga la estimación del coste» a que la correspondiente norma dará lugar⁵⁹. El reglamento que regula esta memoria dispone que en ella deberán considerarse, además de las consecuencias que la norma pueda tener sobre la igualdad entre hombres y mujeres, su «impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas»⁶⁰.

Estos análisis de impacto normativo plantean numerosas cuestiones, que aquí no podemos abordar⁶¹. Tan sólo nos referiremos, sucintamente, a la de qué hacer ante la manifiesta imposibilidad de precisar *exhaustiva y rigurosamente todos* los costes y beneficios sociales esperados de *todas* las disposiciones legales y reglamentarias emanadas por los poderes públicos. Por algún lado hay que cortar: por el de la cantidad de las disposiciones analizadas, por el de la calidad del análisis o por ambos. En algunos ordenamientos jurídicos, la Administración competente sólo está obligada a realizar semejante análisis cuando se trata de normas cuyo impacto económico esperado excede de un determinado umbral o que regulan ciertas materias especialmente importantes⁶². En nuestro país, si bien el legislador impone la elaboración de la referida memoria para *todos* los anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones gubernamentales⁶³, se ha previsto reglamentariamente la realización de una «memoria abreviada» cuando «se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables en alguno de los ámbitos, de forma que no corresponda la presentación de una memoria completa». Este documento habrá de referirse, por lo menos, a: la oportunidad de la norma; el listado de las normas que quedan derogadas; el impacto presupuestario y el impacto por razón de género⁶⁴. Es decir, no hay obligación de analizar, en modo alguno, el impacto económico general que la norma puede tener sobre los sectores, colectivos o agentes

⁵⁹ Arts. 22.2 *in fine* y 24.1.a) *in fine* de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, LG).

⁶⁰ Art. 2.1.d) del RD 1083/2009.

⁶¹ *Vid.*, a título ilustrativo, R. L. REVESZ y M. A. LIVERMORE (2008), *Retaking rationality*, Oxford University Press, Oxford; BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, pp. 237 y ss.); J. B. AUBY y T. PERROUD (eds.) (2013), *La evaluación de impacto regulatorio*, Global Law Press, Sevilla.

⁶² *Vid.* S. H. JACOBS (1997), «An overview of regulatory impact analysis in OECD countries», en *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*, OECD, pp. 23 y ss.

⁶³ *Vid.*, también, el art. 64.1 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña.

⁶⁴ *Vid.* el art. 3 del RD 1083/2009.

afectados, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas.

No procede examinar aquí si la opción escogida es la mejor, pero sí al menos subrayar dos puntos. El primero es que los casos en los que cabe omitir la realización de una memoria económica completa no han sido delimitados con la deseable precisión. La expresión utilizada a este respecto –que «se estime que de la propuesta normativa no se derivan *impactos apreciables*»– es sumamente indeterminada, lo que engendra inseguridad jurídica y favorece que la Administración ceda a su natural querencia omisiva. En segundo lugar, las autoridades administrativas competentes no disponen aquí de un cheque en blanco para prescindir discrecionalmente del referido análisis, burlando así la letra y el espíritu de la ley. En efecto, éstas deben «justificar oportunamente en la propia memoria los motivos de su elaboración abreviada»⁶⁵. Y, en su caso, los Tribunales pueden examinar si los motivos esgrimidos bastan para justificar la solución adoptada, es decir, si era razonable o irrazonable estimar que de la norma propuesta no iban a derivarse impactos económicos significativos.

c) **La participación de los afectados**

Todos los potenciales afectados deberían tener la oportunidad efectiva de participar activamente y, en especial, de formular sugerencias, críticas y observaciones en los procesos de evaluación de los procedimientos administrativos, así como de ser informados de las decisiones que se adopten en esta materia. Esta participación, que las nuevas TICs posibilitan con una enorme amplitud y escasos costes⁶⁶, resulta enormemente valiosa al menos por dos razones. De un lado, porque los afectados poseen valiosa información de primera mano sobre los defectos de los procedimientos administrativos y las posibilidades de mejorarlos, que pueden transmitir a las autoridades competentes, de manera que éstas se vean forzadas a ponderarla. Recordemos que tales autoridades no siempre están bien situadas ni tienen los incentivos adecuados para detectar, considerar y tratar de corregir esos defectos, especialmente de aquellos cuyas consecuencias negativas no soportan personalmente, como es el caso de la imposición a los interesados de cargas excesivas. De otro lado, porque hacer partícipes a los interesados y mantenerlos informados acerca del desarrollo y resultados de tales procesos puede mejorar la percepción que aquéllos tengan de las regulaciones finalmente adoptadas, incrementar su legitimidad y facilitar su ejecución⁶⁷.

La participación de los ciudadanos, por lo demás, no debería reducirse a la que ahora tiene lugar preceptivamente en el trámite de audiencia o información pública, en la fase final del procedimiento. La querencia de los seres humanos a mantener su posición inicial incluso cuando la información posterior la contradice propicia muchas veces una excesiva cerrazón en los artífices del proyecto normativo frente a los

⁶⁵ Art. 3.2 del RD 1083/2009.

⁶⁶ *Vid.*, por todos, L. COTINO HUESO (2013), «Derecho y “Gobierno Abierto”», en J. L. BERMEJO LATRE y S. CASTEL GAYÁN (eds.), *Transparencia, participación ciudadana y Administración pública en el siglo XXI. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza; A. BOIX PALOP (2013), «Transparencia, participación y procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias», en L. COTINO HUESO, *Libertad, transparencia y política en Internet: ejercicio, amenazas y garantías*, CEPC, Madrid; VALERO TORRIJOS (2013, pp. 327 y ss. y 338 y ss.).

⁶⁷ *Vid.* OECD (2010), *Why Administrative simplification is so complicated? Looking Beyond 2010*, pp. 70 y ss.

comentarios formulados ulteriormente por el público, que por ello no suelen ser tenidos suficientemente en cuenta⁶⁸.

Dicha participación debería producirse con una mayor amplitud. Debería darse a los ciudadanos la posibilidad de implicarse y colaborar intensamente en prácticamente todas las fases de los referidos procesos de revisión, evaluación y rediseño de los procedimientos administrativos⁶⁹. Las nuevas TICs lo hacen posible.

Las autoridades competentes deberían anunciar cada cierto tiempo, a través de un portal único, las normas que prevén elaborar y aprobar próximamente, a fin de que los ciudadanos tengan la posibilidad de informarse y preparar su futura intervención en el procedimiento. A éstos se les debería permitir registrarse fácilmente en dicho portal con el fin de recibir alertas electrónicas sobre los nuevos documentos –especialmente, sobre la memoria del análisis de impacto normativo– que vayan incorporándose al expediente de cada uno de los proyectos anunciados. Se les debería dar tiempo suficiente para efectuar alegaciones sobre cada uno de tales documentos, que deberían ser adecuadamente respondidas por las autoridades competentes. El público debería poder acceder, en principio, a todos estos documentos, observaciones y respuestas.

d) Juridificación de la revisión de los procedimientos administrativos

Casi todos los documentos en los que se «regula» el rediseño y evaluación de los procedimientos administrativos a fin de simplificarlos y racionalizarlos constituyen disposiciones de *soft law*. Muchos de los instrumentos en los que se fijan objetivos de reducción de cargas administrativas y los cauces que hay que seguir para alcanzar tales resultados no se publican en los correspondientes diarios oficiales⁷⁰. Las autoridades que los han aprobado no suelen considerarse obligadas por ellos, hasta el punto de que en alguna ocasión han llegado a negarles explícitamente su naturaleza de normas jurídicas vinculantes⁷¹, ¡no vaya a ser que a alguien se le ocurra exigir su cumplimiento!

La falta de obligatoriedad de estos documentos tiende a minar, obviamente, la observancia efectiva de sus previsiones⁷². Cabe pensar que si fueran vinculantes y, adicionalmente, de su infracción se derivara algún tipo de consecuencia negativa para las autoridades administrativas infractoras, su eficacia real se incrementaría. Si esto es lo que pretende, bien haría el legislador en juridificar al menos los aspectos esenciales del proceso de rediseño y revisión de los referidos procedimientos, obligando a las Administraciones competentes a respetar ciertas reglas.

⁶⁸ S. STERN (2002), «Cognitive Consistency: Theory Maintenance and Administrative Rulemaking», *University of Pittsburgh Law Review*, 63, pp. 589-664. *Vid.*, también, R. S. NICKERSON (1998), «Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises», *Review of General Psychology*, 2:2, pp. 175-220.

⁶⁹ *Vid.*, en este sentido, las interesantes observaciones y propuestas contenidas en el informe de la OECD (2010), *Better Regulation in Europe: Spain 2010*, pp. 19 y 71 y ss.

⁷⁰ Respecto de la Administración General del Estado, *vid.* los Acuerdos del Consejo de Ministros de 20 y 27 de junio y 14 agosto de 2008; 17 de abril de 2009; 23 de diciembre de 2010; 13 de mayo y 16 de septiembre de 2011, y 31 de mayo y 21 de junio de 2013.

⁷¹ En la *Guía metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo*, aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009, se subraya que la misma «no es... una norma... no tiene carácter dispositivo» (p. 9).

⁷² En sentido similar, E. GAMERO CASADO (2012), «Simplificación del procedimiento administrativo: una respuesta idónea desde el Derecho administrativo ante la crisis», comunicación presentada al *XIX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, p. 13.

De todos modos, conviene señalar que tales documentos no carecen enteramente de relevancia jurídica. Principios como los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) pueden justificar que las disposiciones de *soft law* acaben desplegando ciertos efectos vinculantes⁷³. Imaginemos, por ejemplo, que una Administración elabora una guía metodológica en la que detalla cómo hay que realizar la medición de las cargas administrativas a que podría dar lugar la aprobación de ciertas normas, medición que viene impuesta por la ley. Es evidente que los Tribunales pueden apoyarse en esa guía y en el citado principio de interdicción de la arbitrariedad para examinar si en un caso concreto dicha Administración ha medido cabalmente las referidas cargas, conforme a los criterios de corrección que ella misma ha estimado pertinentes.

También debe llamarse la atención sobre la abundancia en este campo de normas banales⁷⁴, de previsiones que se visten de *hard law* pero que, en realidad, han sido deliberadamente configuradas para no vincular, para no limitar un ápice la discrecionalidad administrativa. El artículo 6.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, por ejemplo, establece que «las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y a los objetivos de sostenibilidad recogidos en esta Ley». El hecho de que el legislador no haya regulado con mayor precisión los elementos de semejante deber de revisión –qué normas hay que revisar, cómo deben revisarse, cada cuánto tiempo, etc.– ni haya previsto mecanismos que permitan controlar y corregir eficazmente las infracciones hace que nadie se tome muy en serio este precepto. Si el legislador quiere sinceramente que se rediseñen los procedimientos administrativos, debería concretar más este deber y articular garantías de su cumplimiento, estableciendo, por ejemplo, la suspensión automática de la vigencia de las normas que no sean efectivamente revisadas dentro de un determinado plazo⁷⁵.

C) La necesidad de ajustar la organización y los medios personales de la Administración

Acabamos de ver que la evaluación de los procedimientos administrativos, necesaria para racionalizarlos, debe quedar integrada en el análisis de costes y beneficios más amplio que ha de efectuarse antes de aprobar las correspondientes normas jurídicas. El problema es que, en la actualidad, las Administraciones públicas españolas no están bien pertrechadas para realizar cabalmente tales análisis.

Así lo ha advertido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) en un reciente informe sobre la mejora de la regulación en España⁷⁶, en el que se resaltan especialmente dos deficiencias: el hecho de

⁷³ Vid. R. ALONSO GARCÍA (2001), «El *soft law* comunitario», *RAP*, 154, pp. 80 y ss.; R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN (2003), «El *soft law* comunitario en materia de telecomunicaciones», *Revista Española de Derecho Europeo*, 8, pp. 687 y ss.; D. SARMIENTO (2008), *El soft law administrativo*, Civitas, Madrid, *passim*, esp. pp. 162 y ss.

⁷⁴ Cfr. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008), «De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la ley», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 0, pp. 38-45.

⁷⁵ Vid. DOMÉNECH PASCUAL (2005, pp. 139 y ss.).

⁷⁶ OECD, *Better Regulation in Europe: Spain 2010*. Las observaciones de este informe se refieren principalmente a la actividad regulatoria del aparato central del Estado pero, en líneas generales y a veces incluso con mayor razón, valen también para la de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

que entre los servidores públicos siga predominando una cultura formal y legalista, que obstruye la aplicación de una perspectiva económica a la regulación⁷⁷; y la inexistencia de una organización encargada de velar por la calidad integral de la regulación y dotada de la autoridad necesaria para elevar recomendaciones a los órganos reguladores y de la independencia, la capacidad de coordinación, los medios y los conocimientos especializados suficientes para proporcionar una opinión objetiva sobre estas cuestiones⁷⁸.

No le falta razón a la OCDE. En nuestro país, no han sido economistas, acostumbrados a realizar estudios empíricos y a pensar en términos de costes y beneficios, sino más bien juristas los que han solido llevar la voz cantante en la elaboración de las normas jurídicas en general y de las reguladoras de los procedimientos administrativos en particular. Juristas que fueron entrenados en las Facultades de Derecho principalmente para resolver problemas jurídicos *de lege lata*, no *de lege ferenda*; para interpretar y aplicar normas, no para evaluarlas y crearlas. A los que nadie enseñó a manejar métodos empíricos. Y que luego accedieron al sector público por su acreditada habilidad para memorizar y recitar de carrerilla cientos de temas, no por sus dotes analíticas y creativas. Se comprende que exista una perentoria necesidad de mejorar la formación del personal implicado en la evaluación del análisis de impacto normativo⁷⁹.

Igualmente se echa en falta la existencia de una organización provista de la autoridad, la independencia –respecto de los órganos promotores de las correspondientes normas– y los conocimientos especializados necesarios para garantizar la corrección de los referidos análisis y prevenir la imposición de excesivas cargas administrativas a los interesados⁸⁰. El Consejo de Estado y sus homólogos autonómicos carecen cuando menos del tercero de los requisitos mentados⁸¹. Los recursos personales con los que estos órganos consultivos cuentan parecen suficientes, en su caso, para examinar cabalmente la conformidad con el ordenamiento jurídico de las disposiciones sometidas a su consideración, pero no para revisar la calidad técnica del correspondiente análisis económico de impacto normativo.

La Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios hubiera podido cumplir este papel, una vez realizados los ajustes necesarios. De hecho, su Estatuto le encomendaba inicialmente la realización de las referidas evaluaciones de impacto, así como la elaboración, promoción, adaptación y difusión de las directrices de actuación metodológica, modelos de gestión y de excelencia, guías de autoevaluación y guías metodológicas para el análisis del impacto regulatorio o normativo⁸². Pero no se tienen noticias de que ejerciera alguna vez dicha competencia⁸³,

⁷⁷ Ibídem, pp. 17, 20, 21, 48, 80, 83 y 91.

⁷⁸ Ibídem, pp. 21 y 47 y ss.

⁷⁹ M. FERNÁNDEZ DÍEZ-PICAZO y M. MATEO FEITO (2012), «La evaluación de impacto normativo en España», *Presupuesto y Gasto Público*, 68, pp. 120 y 121.

⁸⁰ En sentido similar, *vid.* BETANCOR RODRÍGUEZ (2009, pp. 200 y ss., 215 y ss., 277, 291 y 292).

⁸¹ Adicionalmente, el hecho de que algunos de estos órganos hayan comenzado a poblarse de elefantes políticos y juristas de dudoso prestigio, allí colocados por los partidos en pago por los servicios prestados, mina notablemente su pericia, su independencia, su prestigio y su *auctoritas*.

⁸² *Vid.* los apartados e) y j) del art. 6.2 del RD 1418/2006, de 1 de diciembre.

⁸³ F. MARCOS (2009), «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *RAP*, 179, pp. 350, 355 y 359. Resulta significativo que en el procedimiento de elaboración del RD por el que se regulaba la memoria del análisis de impacto normativo no se recabara el informe de la Agencia, como sin duda hubiera sido deseable (*vid.* el Dictamen del Consejo de Estado de 14 de abril de 2009, núm. 419/2009).

que finalmente le fue quitada para transferírsela a una modesta Subdirección⁸⁴, carente del poder, la autoridad, la independencia y los medios imprescindibles para controlar y asegurar efectivamente la calidad de tales análisis, un órgano administrativo de cuarta fila manifiestamente incapaz de contrarrestar la inclinación natural a omitir ciertos trámites e imponer excesivas cargas a los interesados que los encargados de preparar y aprobar los correspondientes proyectos normativos en no pocas ocasiones muestran.

Esta situación contrasta llamativamente con la existente en otros países. Sirva el ejemplo de los Estados Unidos de América. La cultura del análisis coste-beneficio está allí profundamente enraizada⁸⁵. La idea de que las normas jurídicas deben basarse en un cuidadoso análisis empírico de sus costes y beneficios ha sido impulsada durante tres décadas por cinco presidentes distintos, tanto republicanos como demócratas, y ya «forma parte de la constitución informal del Estado regulador americano»⁸⁶. Un papel clave juega a estos efectos la *Office of Information and Regulatory Affairs* (en adelante, OIRA), creada en 1980 por la Ley de reducción del papeleo (*Paperwork Reduction Act*) e integrada en la *Office of Management and Budget* (en adelante, OMB). La OIRA viene a ser un «perro guardián» al que se han asignado principalmente tres cometidos⁸⁷.

El más importante es el de revisar los más relevantes proyectos normativos elaborados por las Agencias reguladoras federales y, en particular, los análisis de costes y beneficios en los que aquéllos deben basarse, a fin de asegurar la corrección tanto de su proceso de elaboración como de sus resultados, de acuerdo con las reglas establecidas por el Presidente. Interesa señalar que aquí la OIRA ostenta una potestad de veto sobre la aprobación de los correspondientes proyectos, que puede ejercer si considera que éstos no se ajustan a dichas reglas. En la práctica, la OIRA desempeña no sólo una función de vigilancia, sino también de coordinación, agregación e intercambio de información procedente de otras agencias, que puede ser muy útil para mejorar la norma considerada⁸⁸.

Su segundo gran cometido es el de asistir al Director de la OMB en su tarea de controlar específicamente la imposición de cargas administrativas a los ciudadanos. Para obligarles a éstos a generar, obtener, almacenar, gestionar o proporcionar información a una entidad administrativa o incluso al público, las Agencias federales deben contar con la aprobación previa del Director de la OMB, que ha de ser renovada cada tres años⁸⁹. No está de más describir, aunque sea esquemáticamente, los estrictos

⁸⁴ Vid. la disp. final 1ª del RD 1083/2009 y el art. 12.2.c) del RD 1039/2009, de 29 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia. Actualmente, esta competencia está atribuida a la Subdirección General de Organización y Procedimientos [art. 16.3.a) del RD 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas].

⁸⁵ Es probable que en ello haya tenido mucho que ver la circunstancia de que el análisis económico del Derecho se haya erigido en el movimiento intelectual que más éxito ha tenido en el mundo jurídico académico estadounidense durante las últimas décadas. Vid. S. M. TELES (2008), *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton University Press, Princeton, *passim*, esp. p. 216.

⁸⁶ C. R. SUNSTEIN (2013a), *Simpler: the Future of Government*, Simon & Schuster, New York, p. 14.

⁸⁷ Vid., por todos, los estudios que dos recientes directores de la OIRA publicaron después de cesar en el cargo: J. GRAHAM (2008), «Saving Lives Through Administrative Law and Economics», *University of Pennsylvania Law Review*, 157:2, pp. 395-539; SUNSTEIN (2013a); ídem (2013b), «The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities», *Harvard Law Review*, 126:7, pp. 1838-1878.

⁸⁸ Vid., especialmente, SUNSTEIN (2013b).

⁸⁹ Para más detalles, vid. la *Paperwork Reduction Act of 1995*, Public Law No. 104-13, 109 Stat.163 (44 U.S.C. §§ 3501-3520). En la doctrina, vid. W. F. FUNK (1987), «The Paperwork Reduction

requisitos sustantivos y de procedimiento que dichas Agencias deben cumplir antes de imponer tales cargas. La imposición sólo es lícita si resulta útil y necesaria para el adecuado ejercicio de las tareas encomendadas a la correspondiente Agencia, no implica duplicidades y conlleva el mínimo coste posible para los afectados. A cada carga se la registra en un inventario y se le asigna un número de control. En el momento de exigir su cumplimiento, hay que comunicar a los obligados las razones que justifican su imposición, el coste estimado del cumplimiento, la manera en que la información va a ser utilizada, en qué medida es voluntario u obligatorio cooperar, su derecho a no contestar si el requerimiento no reúne ciertas condiciones, etc. El requerimiento de información dirigido a los interesados debe usar un lenguaje llano, coherente, comprensible, inequívoco. Debe ser, en la medida de lo posible, compatible con las prácticas y métodos usualmente empleados por los afectados, etc.

Antes de recabar la aprobación del Director de la OMB, cada Agencia debe nombrar un alto funcionario, suficientemente independiente respecto del ejercicio de las competencias sustantivas de la Agencia, encargado específicamente de revisar si la carga administrativa que se pretende establecer es útil, necesaria, eficiente y, en general, cumple todos los requisitos legalmente establecidos. La Agencia debe abrir un trámite de información pública, evaluar las alegaciones recibidas y elaborar un documento en el que se justifique, en su caso, la procedencia de la carga. A continuación, debe remitir el documento a la OMB y abrir un nuevo trámite de información pública.

A la vista del expediente, de las alegaciones recibidas durante la segunda información pública y de los comentarios efectuados por la propia Agencia y, en su caso, por otros interesados en el marco de un ulterior trámite de audiencia, el Director de la OMB debe decidir motivadamente aprobar o denegar la imposición, o condicionarla al cumplimiento de ciertas condiciones. La decisión adoptada, así como todas las comunicaciones escritas habidas entre la OIRA y cualquier Agencia o persona relativas a esta materia, deben ponerse a disposición del público, por regla general. Sólo en casos excepcionales y bajo estrictas condiciones puede la Agencia imponer la carga en contra de la decisión del citado Director. La aprobación tiene una vigencia limitada, en principio de tres años, lo que significa que periódicamente habrá que reevaluarla con arreglo a un procedimiento similar, lo que tiende a evitar que los ciudadanos tengan que soportar cargas que con el paso del tiempo han devenido obsoletas o desproporcionadas.

Además, cualquier persona puede solicitar al Director de la OMB que revise si una determinada carga administrativa se ajusta a las disposiciones de la Ley. El Director debe resolver en un plazo máximo de sesenta días, pudiendo adoptar las medidas apropiadas a fin de restablecer la legalidad.

La OIRA, finalmente, también desempeña una labor desligada de la revisión de concretos proyectos normativos y cargas administrativas, dirigida a desarrollar y supervisar políticas gubernamentales relativas a las TICs, privacidad, información, transparencia, estadística, etc. Esta labor se refleja normalmente en documentos de *soft law*.

Ni que decir tiene que tanto la OMB como la OIRA disponen de un elevado grado de independencia efectiva, muy relevantes potestades, medios personales razonablemente suficientes y un bien ganado prestigio para llevar a cabo estas tareas.

Act: Paperwork Reduction Meets Administrative Law, *Harvard Journal on Legislation*, 24:1, pp. 1-116; A. L. LEVY (1994), «The Paperwork Reduction Act of 1980: Unnecessary Burdens and Unrealized Efficiency», *Journal of Law and Commerce*, 14, pp. 99-121; J. S. LUBBERS (1997), «Paperwork Redux: The (Stronger) Paperwork Reduction Act of 1995», *Administrative Law Review*, 49, pp. 111-121.

5. La tutela judicial del derecho al procedimiento administrativo debido

Los órganos jurisdiccionales juegan un papel crítico en la configuración de los procedimientos administrativos. De la amplitud de sus poderes de control y del sentido de sus decisiones adoptadas sobre el particular dependerá en gran medida que dicha configuración se acerque o se aleje de la más conveniente para la sociedad.

Recordemos que el legislador no siempre tiene la información y los incentivos apropiados para regular equilibradamente tales procedimientos. Y, en cualquier caso, es incapaz de ordenarlos con el grado de detalle deseable. El legislador no tiene más remedio que conferir a las Administraciones públicas una amplísima discrecionalidad para determinar el procedimiento a seguir antes de tomar ciertas decisiones. La pega, ya lo sabemos, es que los alicientes de las autoridades administrativas y los empleados públicos para apartarse, por exceso o por defecto, del procedimiento debido son todavía más fuertes que los del legislador.

Los Tribunales se erigen prácticamente en los únicos actores capaces, eventualmente, de frenar y prevenir las referidas desviaciones. La Administración les aventaja, indudablemente, en legitimidad democrática y posibilidades de obtener y procesar la información necesaria para regular oportunamente dichos procedimientos. Pero el singular estatuto de jueces y magistrados hace que su interés en apartarse de lo prescrito por el ordenamiento jurídico sea mucho más débil que el de las autoridades y empleados integrados en la organización administrativa.

La legitimidad democrática y las superiores facultades cognoscitivas de la Administración justifican, ciertamente, que los Tribunales les reconozcan cierto margen de apreciación o discrecionalidad. Pero ese margen tampoco puede ser excesivamente amplio, pues de lo contrario los agentes de la Administración tenderían a abusar de él. Cuanto menor sea el riesgo de que sus decisiones sean declaradas arbitrarias y se deduzcan para ellos consecuencias negativas de tales actuaciones, mayor será la probabilidad de que incurran en una arbitrariedad.

De ahí también la necesidad de que las infracciones den lugar a algún tipo de efecto negativo para los autores de las mismas. Si se quiere prevenirlas, hay que hacer que a la gente le resulte suficientemente costoso cometerlas.

A) Una jurisprudencia excesivamente deferente

Nuestros Tribunales se han mostrado, en líneas generales, excesivamente deferentes frente a las decisiones adoptadas por las Administraciones públicas al respecto, propiciando así que éstas no se hayan tomado muy en serio su obligación de buscar soluciones equilibradas.

El caso de los referidos análisis de impacto normativo es paradigmático. Ni se han establecido las medidas organizativas necesarias para asegurar su calidad, ni se ha regulado adecuadamente su confección a estos efectos. La *Guía metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo* adolece de considerables deficiencias. Como advierte la OCDE, la misma «no llega a proporcionar un profundo apoyo metodológico o de otra índole a los empleados públicos encargados de redactar las correspondientes normas. Es vaga, por ejemplo, sobre las metodologías que se han de aplicar y sobre la recopilación de datos. Tampoco especifica las responsabilidades y las etapas del proceso a seguir. Al respecto, es de relativamente poca ayuda para los

funcionarios encargados»⁹⁰. Por aberrante que pueda sonar, lo cierto es que estas deficiencias fueron deliberadamente buscadas por el Gobierno. Así se lo confesó, sin pudor alguno, el Ministro de turno a la OCDE: no conviene introducir muchos detalles en la Guía, «ya que esto conllevaría un riesgo de incumplimiento y la posterior impugnación ante los Tribunales por infracción de la misma, lo que obstaculizaría la implementación de la legislación nueva»⁹¹. Ésta y no otra es también la razón por la que el Gobierno se ha empeñado en negar que la Guía constituya una norma jurídica⁹², a pesar de que reglamentariamente se ha establecido que ésta «deberá seguirse en la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo»⁹³. Es decir, la principal preocupación del Gobierno al diseñarla no era la de establecer reglas bien pensadas y comprometerse a observarlas escrupulosamente con el fin de garantizar la calidad de los análisis y de las normas analizadas, sino la de eludir cualquier compromiso vinculante que pueda acabar desencadenando un molesto revés judicial.

Esta impresentable posición ha venido propiciada, seguramente, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha mostrado tradicionalmente muy deferente al enjuiciar el procedimiento de elaboración de reglamentos, estimando la existencia de infracciones sólo en casos excepcionales, en los que la Administración había violado palmariamente el tenor literal de algún inequívoco precepto⁹⁴. A la vista de esta jurisprudencia, el Gobierno, principalmente preocupado por el riesgo de que sus criaturas normativas sufran una anulación judicial, apenas tiene interés en confeccionar una guía que permita llevar a cabo análisis de una elevada calidad, pues sabe que el Alto Tribunal nunca va a entrar a controlar dicha calidad. Lo que el Gobierno trata de evitar es que esas normas puedan ser invalidadas por haber sido elaboradas infringiendo manifiestamente una concreta regla. Y, para sortear tal riesgo, lo más fácil es no establecer semejantes reglas.

Otro ejemplo de excesiva deferencia lo proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2010 (rec. 2450/2008, RJ 4405), en la que se enjuicia un precepto de una ordenanza madrileña que imponía a los afectados la obligación de comunicar cierta información por partida doble, a dos órganos distintos del mismo Municipio. El Alto Tribunal considera que este precepto es válido, esgrimiendo para

⁹⁰ OECD, *Better Regulation in Europe: Spain 2010*, p. 94.

⁹¹ *Ibidem*, p. 94.

⁹² Así se afirma en la propia *Guía*, p. 9.

⁹³ Disp. adicional 1ª del RD 1083/2009.

⁹⁴ El Tribunal Supremo ha considerado, por ejemplo: que no hace falta que la memoria de análisis de impacto normativo esté firmada y fechada (STS de 21 de febrero de 2012, rec. 226/2011, RJ 4165); que no hace falta cuantificar el impacto negativo esperado de la norma proyectada (SSTS de 31 de enero de 2012, rec. 408/2010, RJ 3294; 21 de marzo de 2012, rec. 457/2919, RJ 5083; 17 de septiembre de 2012, rec. 422/2010, RJ 9180); que es irrelevante que los beneficios estimados del reglamento proyectado se hayan basado en cálculos erróneos, siempre que el Gobierno haya sido informado adecuadamente sobre la necesidad y oportunidad del reglamento (STS de 11 de abril de 2013, rec. 741/2011, RJ 2843); que, antes de la entrada en vigor del RD 1083/2009, la obligación, prevista en los arts. 22 y 24 de la LG, de elaborar una «memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar» la norma proyectada debía interpretarse a la luz de lo establecido en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 4 de febrero de 1980, que sólo exigía la estimación de los costes presupuestarios y financieros para la Administración (SSTS de 29 de febrero de 2012, rec. 234/2010, RJ 4336; rec. 235/2010, RJ 4745; STS de 18 de junio de 2013, rec. 458/2010, RJ 4918). En la práctica, el Tribunal ha considerado que dicha memoria padecía una irregularidad invalidante sólo cuando la misma había sido total y absolutamente omitida (SSTS de 16 de diciembre de 2011, rec. 6507/2009, RJ 2836; y 18 de junio de 2012, rec. 6513/2009, RJ 8429).

ello cuatro argumentos, a saber: 1º) que la ordenanza no hace sino transcribir lo dispuesto en determinada ley autonómica; 2º) que dicha duplicidad no vulnera el derecho, establecido en la legislación básica estatal, a no presentar documentos que ya obren en poder de la correspondiente Administración, pues aquí no «se trata de aportar un documento que se encuentra en poder de la Administración a la que se dirige, sino de una mera comunicación de un hecho para conocimiento del mismo por la Administración, lo que no requerirá aportar documento alguno si no es necesario»; 3º) que «esa obligación no es desproporcionada ni innecesaria... porque la ley [autonómica referida] así lo requiere»; y 4º) que la doble comunicación «facilitará la coordinación entre esos dos órganos de la Administración competente, lo que redundará en el beneficio final» del interesado.

Estos argumentos son extremadamente endebles. Las leyes autonómicas deben respetar la legislación estatal básica. Y la referida duplicidad sí vulnera el artículo 35.f) LRJPAC, pues el cumplimiento de esa obligación de comunicar información implica necesariamente la presentación de un documento, dado que los documentos no son sino el soporte, cualquiera que sea su índole, de la información que se transmite. Por otro lado, el que una obligación venga establecida por la ley no impide en modo alguno que pueda incurrir en una desproporción. Y, en fin, la medida es claramente desproporcionada. El objetivo perseguido por la ordenanza de coordinar la actuación de dos órganos administrativos puede lograrse a través de otros medios menos restrictivos de la libertad de los ciudadanos y mucho más eficientes. Establecer mecanismos adecuados de comunicación entre los órganos pertenecientes a una misma Administración es menos costoso que obligar a un particular a transmitirles a varios de ellos idéntica información. Ésa es justamente la razón que anima lo dispuesto en el citado artículo 35.f) LRJPAC.

B) La necesidad de mejorar las posibilidades de recabar la tutela judicial del derecho al procedimiento administrativo debido

Como ya hemos apuntado, uno de los principales obstáculos con los que tropieza la protección judicial efectiva de este derecho es que, muchas veces, sus titulares no reaccionan contra las infracciones de que son víctimas, bien porque no les sale a cuenta económicamente, bien porque no existen cauces procesales adecuados. Convendría considerar la adopción de algunas medidas tendentes a mitigar este problema.

Cabría, en primer lugar, eliminar o, en su defecto, ampliar significativamente el plazo previsto para interponer el llamado recurso directo contra reglamentos⁹⁵, que son los instrumentos normativos a través de los cuales se cometen la mayoría de las violaciones del referido derecho. El actual plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de su publicación oficial, no tiene demasiado sentido. En primer término, porque los reglamentos inválidos son, por regla general, nulos de pleno derecho y no se convalidan después de que aquél expire. En segundo lugar, porque lo normal es que los ciudadanos afectados adviertan la violación de su derecho no cuando se publica oficialmente el reglamento ilegal, sino cuando éste se les aplica en un caso concreto, momento en el que normalmente ya habrán transcurrido los dos meses. Y lo usual es que, si la irregularidad padecida no es de las que dan lugar a la invalidez del acto dictado en aplicación del reglamento ilegal ni causa un daño considerable, al afectado no le salga a cuenta impugnarlo. Finalmente, porque, de acuerdo con una reiterada

⁹⁵ Para más detalles, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL (2002, pp. 377 y ss.). Cfr. M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002), *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Atelier, Barcelona, pp. 359 y ss.

jurisprudencia, sólo a través del recurso directo pueden alegarse los vicios del procedimiento de elaboración de los reglamentos⁹⁶.

Cabría igualmente considerar *de lege ferenda* la posibilidad de que los afectados formulen acciones colectivas por las cuales pretendan ante los Tribunales la declaración de ilegalidad de ciertas prácticas administrativas y, en su caso, la adopción de las medidas apropiadas para proteger efectivamente sus derechos y los de otras personas que se hallen sustancialmente en la misma situación⁹⁷. Estas «acciones de clase», combinadas con la posibilidad de obligar a la Administración infractora a pagar a los reclamantes una suerte de compensación punitiva de cuantía –muy– superior a la magnitud del daño que aquélla les hubiere ocasionado⁹⁸, pueden paliar en gran medida las dificultades y la falta de alicientes que las víctimas suelen tener para recabar la tutela judicial de sus derechos, así como reducir el correlativo riesgo de que las Administraciones los violen⁹⁹.

C) Las consecuencias jurídicas de la violación del derecho al procedimiento administrativo debido

El legislador español no ha regulado satisfactoriamente las consecuencias jurídicas de ciertos vicios del procedimiento administrativo y, en particular, de aquellos que no causan indefensión ni han podido influir en el fondo de la decisión final. Toda vez que dichas irregularidades no desencadenan la invalidez de las resoluciones administrativas a las que afectan, a los interesados, frecuentemente, no les sale a cuenta impugnarlas y, correlativamente, a las Administraciones públicas no les resulta muy atractivo prevenirlas.

Creemos, no obstante, que en algunos casos sería posible deducir de tales ilegalidades consecuencias negativas, disuasorias, para las Administraciones públicas. Se trata de una posibilidad que habría que considerar no sólo *de lege ferenda*, sino también *de lege lata*. Los Tribunales deberían apurar las posibilidades interpretativas que nuestro ordenamiento jurídico presenta a estos efectos.

Sirva como ejemplo el caso en el que un interesado impugna la desestimación por silencio negativo de su solicitud. Es evidente que la Administración silente ha cometido aquí una ilegalidad, al no haber cumplido su obligación de dictar y notificar resolución expresa dentro del plazo legalmente establecido (art. 42 LRJPAC). Es claro, asimismo, que semejante incumplimiento puede haber causado diversos perjuicios al interesado. Éste se habrá visto obligado a embarcarse en un proceso –con los significativos costes que ello conlleva– a fin de obtener del Estado una respuesta explícita sobre la procedencia de lo solicitado. Tal vez se hubiese ahorrado el recurso si la Administración le hubiese informado puntual y explícitamente, como era su obligación, acerca de las

⁹⁶ Vid. DOMÉNECH PASCUAL (2002, pp. 66 y ss. y 471 y ss.); FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002, pp. 314 y ss.).

⁹⁷ Sobre la necesidad de ampliar la gama de pretensiones admisibles en el proceso contencioso-administrativo, vid. A. HUERGO LORA (2012), «Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada», *RAP*, 189, pp. 41-73. En especial, respecto de la tutela de intereses colectivos, vid. A. PEÑALVER I CABRÉ (2013), «Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos», *RAP*, 190, pp. 149-194.

⁹⁸ Vid. G. DOMÉNECH PASCUAL (2012), «Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones», *REDA*, 156, pp. 80 y ss., y la bibliografía allí citada.

⁹⁹ Vid. J. G. BACKHAUS, A. CASSONE y G. B. RAMELLO (eds.) (2012), *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham; T. ARMENTA DEU (2013), *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid.

razones de hecho y de derecho por las cuales no procedía estimar su solicitud. Quizás el retraso en obtener una respuesta haya podido frustrar ciertas inversiones y expectativas legítimas.

Semejante actuación administrativa no deja de ser ilegal por la mera circunstancia de que el recurrente carezca de derecho a obtener lo solicitado. Los Tribunales deberían apreciar y declarar, pues, su ilegalidad, aun cuando no puedan estimar otras pretensiones formuladas por el actor. De esta infracción cabe extraer dos importantes consecuencias. Por un lado, la misma debe tenerse en cuenta a la hora de declarar la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración silente por los daños ocasionados al recurrente¹⁰⁰. Por otro, debe considerarse también a los efectos de la imposición de las costas procesales. Si la Administración pudo haber cumplido su obligación de resolver y deliberadamente no lo hizo, cabe entender que sostuvo su posición procesal con mala fe, por lo que debería ser condenada en costas incluso aunque las pretensiones del recurrente no hayan sido totalmente estimadas¹⁰¹. No es de recibo que el actor deba soportar los costes en los que tuvo que incurrir para obtener del Estado una respuesta fundada en Derecho y que bien se pudo haber ahorrado si la Administración hubiera actuado como debía.

Nótese que ésta viene a ser también la razón por la que el legislador exime del pago de tasas judiciales a los actores que formulan recursos contencioso-administrativos en casos de silencio administrativo negativo o inactividad de la Administración, aunque dichos recursos terminen siendo desestimados¹⁰².

En fin, la misma solución debería aplicarse a otros casos análogos, en los que la Administración vulnera el procedimiento debido –indicando a los interesados una vía de actuación improcedente, exigiéndoles la presentación de documentos innecesarios o, en general, el cumplimiento de cargas desproporcionadas, etc.–, si bien la irregularidad cometida no determina la invalidez de la resolución finalmente adoptada¹⁰³.

¹⁰⁰ Vid. L. MEDINA ALCOZ (2005), *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, pp. 311 y ss.; H. A. ARENAS MENDOZA (2013), *Responsabilidad y procedimiento. Las dilaciones indebidas procedimentales*, Ratio Legis, Salamanca.

¹⁰¹ Vid. el art. 139.1.II de la LRJCA.

¹⁰² Vid. el art. 4.1.f) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

¹⁰³ En sentido similar, A. HUERGO LORA (1998), «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 145, pp. 107 y ss., ha postulado la condena en costas a la Administración para los casos en que ésta subsana la deficiente motivación de sus actos después de que éstos hayan sido recurridos en vía judicial. Vid., también, M^a J. ALONSO MAS (2003), «La ejecución de las sentencias anulatorias de actos administrativos por falta de motivación», *RAP*, 160, p. 209.