



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo

Julio Ponce Solé

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

EXCIÒS DE PRÉSTEC

**EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN: DISCRECIONALIDAD Y  
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.**

Tesis doctoral presentada por Julio Ponce Solé

PER OPTAR AL TÍTOL DE DOCTOR EN DRET

DIRECTOR DE LA TESI: Dr. TOMÀS FONT i LLOVET

DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I DRET PROCESSAL DE LA  
UNIVERSITAT DE BARCELONA.

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET ADMINISTRATIU

BIENNI EN EL QUE FOU APROVAT: 1992-1994

## a.2) Función consultiva

### a.2.1 Función consultiva, discrecionalidad y buena administración.

Ya se puso de relieve en su momento la funcionalidad de los informes recogidos durante la fase de instrucción, como fuente de *introducción y comprobación* de datos que constituirán el fundamento de la decisión a adoptar. Sin embargo, no todos los informes que pueden aportarse durante la tramitación de un procedimiento administrativo tienen la misma función<sup>1123</sup>. Partiendo de una primera aproximación al concepto de informe administrativo, como "acto administrativo consistente en una declaración de juicio emitida por un órgano distinto a aquél a quién corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento"<sup>1124</sup>, lo que ayuda a excluir supuestos como las aportaciones realizadas por los ciudadanos durante los trámites participativos, los informes de peritos particulares incorporados en un procedimiento o la propuesta de resolución del órgano instructor, debe trazarse una distinción entre tipos de informes en función del objetivo perseguido con su petición y emisión.

Así, como ya se avanzó, por un lado, el informe puede tener como fin la *introducción y/o comprobación* de datos fácticos durante la fase de instrucción del procedimiento administrativo, debiendo ser emitido en este caso antes del trámite de audiencia, para que los

---

<sup>1123</sup> GARRIDO FALLA, F., "Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo", *DA*, núm. 140, 1971, pág. 17, y "Informes y dictámenes en el procedimiento administrativo", en el *Libro en homenaje al profesor Lopez Rodó*, vol.I, Madrid, 1972, pág. 495, ha puesto de relieve que bajo el concepto informe se cobijan distintas realidades, pues, como indica en la segunda de las obras citadas, "la utilización del término *informe*, que se aplica indistintamente tanto para designar la actuación de órganos formalmente consultivos, de tipo tradicional, como de los órganos de asesoramiento e incluso de los pareceres emitidos por funcionarios a los que están atribuidas, en general, facultades simplemente instructivas en el procedimiento administrativo".

<sup>1124</sup> GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo...*, op.cit., pág.

interesados puedan tener conocimiento del mismo<sup>1125</sup>. Pero, por otro lado, el informe puede tener como finalidad no aportar o comprobar elementos fácticos, sino "aportar *nuevos elementos de juicio* al expediente"<sup>1126</sup>, en cuyo caso nos encontraríamos ante *informes consultivos*, en la terminología de GARRIDO FALLA<sup>1127</sup>. La finalidad de este segundo tipo de informe es enriquecer los elementos de juicio del órgano que debe resolver. Por ello, "frente a los informes que se integran en el expediente durante el período instructorio, los informes-consultas, especialmente cuando el rango del órgano consultivo lo requiere, se emiten cuando el expediente está finalizado y redactada la propuesta de resolución. Tales informes consisten, desde el punto de vista de su contenido, en un juicio de conjunto sobre dicho expediente y pueden confirmar la propuesta de resolución u ofrecer una alternativa frente a ella que habrá de ser resuelta por la autoridad con facultades decisorias"<sup>1128</sup>.

Dejando de lado los informes dirigidos a la introducción y/o comprobación de elementos fácticos, que naturalmente deberán ser objeto de ponderación en el momento de decidir en virtud del principio de objetividad, nos interesa ahora, a propósito de la orientación del núcleo discrecional, centrarnos en el segundo tipo de informes, los consultivos. Éstos, en definitiva, no son sino la plasmación procedimental del ejercicio de una específica función pública, la *función consultiva*, que, como pone de relieve GIANNINI, juega un papel importante en la elaboración de los hechos para que éstos sean valorables en

---

<sup>1125</sup> Son los que GARRIDO FALLA, F., "Informes y dictámenes...", op.cit., pp. 18 y 19, denomina "informes integrativos" e "informes técnicos contradictorios", utilizando dos categorías distintas para lo que parece ser el mismo concepto, sin que se acabe de ver claramente cuál es el sentido de esta dualidad.

<sup>1126</sup> GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo...*, op.cit., pág.

<sup>1127</sup> GARRIDO FALLA, F., "Informes y dictámenes...", op.cit., pp. 20 y ss.

<sup>1128</sup> GARRIDO FALLA, F., "Informes y dictámenes...", op.cit., pág.24.

el momento de la decisión del órgano competente<sup>1129</sup>.

Desde una perspectiva general, debe destacarse la doble finalidad perseguida en el ejercicio de la función consultiva. Por un lado, la de "aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración Pública y, de forma señalada, a los órganos activos que manifiestan la voluntad resolutoria de la Administración"<sup>1130</sup>. En consecuencia, la orientación del núcleo de la discrecionalidad realizada en el desarrollo de la función consultiva "no es, por tanto, un caso de discrecionalidad administrativa, sino más rectamente, la expresión de un verdadero consejo dentro de una relación que debe ser, en tal caso, de confianza entre el órgano consultante y el que emite su parecer"<sup>1131</sup>.

Junto a esta finalidad de orientación y *auxilio* en el desarrollo de la competencia del órgano activo, la función consultiva añade otra, complementaria, consistente en ofrecer una garantía, mediante el control de la Administración activa<sup>1132</sup>.

Ambas finalidades deben ser tenidas en cuenta, pues sólo así puede comprenderse el sentido y trascendencia de los informes consultivos aportados a un procedimiento administrativo<sup>1133</sup>. La necesidad de tener en cuenta ambas facetas ha sido puesta de relieve tanto por el TC como por el TS. Así, el primero en su sentencia 204/1992, de 26 de

---

<sup>1129</sup> GIANNINI, M.S., *Diritto Amministrativo*, op.cit., pp. 155 y ss.

<sup>1130</sup> FONT LLOVET, T., "Órganos Consultivos", *RAP*, núm. 108, 1985, pág. 55. En el mismo sentido, vid. LAVILLA RUBIRA, J.J., "Administración Consultiva", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 249, donde se caracteriza a la función consultiva como la actividad de "aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a otros entes públicos u órganos administrativos (...) ilustrando su juicio acerca de las diversas opciones existentes con carácter previo a la adopción de la decisión".

<sup>1131</sup> FONT LLOVET, T., "Organos...", op.cit., pág. 67.

<sup>1132</sup> Vid. FONT LLOVET, T., "Órganos...", op.cit., pp. 70 y ss.

<sup>1133</sup> Como veremos más adelante, a propósito de la trascendencia de la omisión en la petición de un informe de solicitud preceptiva o de la ausencia de ponderación, sea el informe de solicitud preceptiva o facultativa.

noviembre, FJ 4 ha señalado que:

"La intervención de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo".

El TS, por su parte, ha indicado en su sentencia de 16 de julio de 1996 (Ar.6428) que:

"La función del Consejo de Estado es estrictamente consultiva, de la que se derivan tres importantes aspectos: auxiliar a la Autoridad consultante a los efectos del ejercicio de sus competencias; ser garantía de que la autoridad consultante, va a actuar en los términos del mandato contenido en el art. 103 de la CE (servir con objetividad los intereses generales), y constituir, en cierto modo, un control que tiene su expresión en un dictamen que debe revestir las características de objetividad para procurar el correcto hacer del Gobierno y de la Administración".

En consecuencia, refiriéndonos en concreto a la función consultiva desarrollada por órganos institucionales de tipo clásico, entendemos que dentro de la labor a desarrollar por el Consejo de Estado o por los órganos autonómicos equivalentes se encuentra tanto el control de legalidad como la orientación de la discrecionalidad a ejercer por el órgano activo consultante. FONT LLOVET señala, en opinión que suscribimos, que el art. 107 CE

"plantea la cuestión no tanto de la constitucionalización de un órgano, sino, sobre todo, de una función: *la función consultiva del Gobierno*, o para el Gobierno, y ello lo hace la Constitución a partir de una referencia histórica acerca de un tipo o modelo concreto de ejercicio de esa función, la realizada por el Consejo de Estado"<sup>1134</sup>. Para este autor, el art. 107 CE incluiría una directriz constitucional configuradora de un modelo de Gobierno y Administración que en el desarrollo de su actividad cuenta con un instrumento de relevancia constitucional consistente en el alto asesoramiento jurídico ejercido por un órgano consultivo, que se debe preservar y mantener reconocible<sup>1135</sup>.

En este sentido, la Memoria de 1995 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña señala (pág. 11) que "l'article 107 de la Constitució configura el Consell d'Estat com a suprem òrgan consultiu del Govern. Això es sabut, però aquest precepte no planteja tant la constitucionalització de l'òrgan sinó de la funció. És a dir que el precepte constitucionalitza la funció consultiva al Govern. D'aquesta forma s'introdueix un instrument de rellevància constitucional com és l'alt assessorament exercit per un òrgan consultiu".

Esta constitucionalización de la función consultiva llevada a cabo por el art. 107 CE conlleva que el contenido de la misma esté perfilado al más alto nivel. Como ha especificado la ya citada STC 204/1992, de 26 de noviembre, la función consultiva contemplada en el art. 107 CE sirve para el logro del servicio adecuado al interés general y para evitar la

---

<sup>1134</sup> FONT LLOVET, T., "Función consultiva y Estado autonómico", *RAP*, núm. 138, 1995, pág. 41. Vid. también de este mismo autor "La funció consultiva de la legalitat de les disposicions i resolucions administratives a Espanya", en la Memoria de 1993 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, pág. 10.

<sup>1135</sup> En esta línea, algunos autores han sugerido la aplicación de la figura de la garantía institucional al Consejo de Estado. Vid. BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado y Autonomías*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 62 y ss., y LAVILLA RUBIRA, J.J., "Consejo de Estado", *Enciclopedia Jurídica Básica*, op.cit.

vulneración del ordenamiento jurídico en su persecución<sup>1136</sup>. Desde esta segunda perspectiva, insistimos que complementaria y no excluyente de la primera<sup>1137</sup>, el órgano consultivo actuaría *como si* se tratara de un órgano judicial, salvando las distancias lógicamente, advirtiendo de forma previa a la adopción de la decisión de las vulneraciones de los límites jurídicos establecidos por el ordenamiento jurídico. Así, en cuanto al núcleo de la decisión discrecional, el órgano consultivo debe poner de relieve si existe violación de alguna norma o principio general del Derecho, controlando *en negativo* el ejercicio de la función administrativa por el órgano activo. Este control debe incluir, lógicamente, la verificación de que en el ejercicio de la discrecionalidad se ha seguido un procedimiento administrativo adecuado, cumpliéndose los trámites precisos de forma pertinente (suficiente actividad de comprobación de los datos fácticos, apertura del procedimiento a la participación, ponderación de las observaciones recibidas y de los intereses implicados)<sup>1138</sup>. Desde esta perspectiva, siquiera de forma indirecta, el órgano consultivo coadyuva al cumplimiento constitucional del deber de buena administración por parte de la Administración activa.

---

<sup>1136</sup> FONT LLOVET, T., "Función consultiva...", op.cit., pág. 47: "La Administración consultiva presenta en estas relaciones con el Gobierno y con la Administración activa una doble función: una *función de control pero también una función de asesoramiento*".

<sup>1137</sup> No se comparte aquí la opinión de algunos autores que ciñen la función consultiva al puro control de legalidad. Vid. en este sentido, por ejemplo, PARADA, R., "El consejo de Estado", *DA*, 226, 1991, pp. 113 y ss., donde se considera al Consejo de Estado como un órgano de control de legalidad, siendo la finalidad de sus intervenciones la propia de los órganos judiciales, o PEREZ VERA, E., "Función consultiva y discrecionalidad administrativa", en *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pág. 670., en idéntico sentido.

<sup>1138</sup> Como destaca AROZAMENA SIERRA, J., "La función consultiva del Consejo de Estado", *DA*, 226, 1991, pág. 133, este control sobre el procedimiento seguido es especialmente importante, estando el Consejo de Estado "obligado a verificar la regularidad del procedimiento - las reglas procedimentales - cumpliendo así una función garantista que coadyuva a la buena actuación de los Poderes Públicos y a protección de las garantías formales de los ciudadanos. El procedimiento es una forma de garantía tanto del interés público como de los derechos e intereses de los particulares".



Pero, además, segunda de las perspectivas aludidas, la función consultiva constitucionalizada en el art. 107 incluye una orientación o guía *en positivo* del núcleo extrajurídico de la discrecionalidad. Como reiteradamente se ha puesto de relieve, el Derecho no es indiferente a ese núcleo duro discrecional. La Constitución quiere que se administre bien, y, en este ámbito, los órganos consultivos pueden aportar una inestimable ayuda a la Administración activa, actuando como "una importantísima garantía del interés general" (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 4). Consideramos que el art. 107 CE implícitamente incluye esta vertiente en la función consultiva<sup>1139</sup>. Este precepto debe ser puesto, entre otros, conexión con los arts. 9.3, 103.1, 31.2 CE, es decir, con el deber de buena administración<sup>1140</sup>.

En relación con el Consejo de Estado francés, COSTA ha puesto de relieve el papel de la función consultiva en el auxilio de la Administración activa<sup>1141</sup>. Como señala PAREJO, la función consultiva del Consejo de Estado abarca tanto la faceta del control de legalidad como la orientación del acierto de la decisión a adoptar<sup>1142</sup>. Lo que no significa,

---

<sup>1139</sup> BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado...*, op.cit., pág. 67, incluye en la garantía institucional de la función consultiva protegida por el art. 107 CE la emisión en los dictámenes de "una opinión que alcance tanto a juicios de legalidad como de oportunidad o conveniencia, un parecer que deje traslucir la eventual existencia de voces discrepantes".

<sup>1140</sup> EMBID IRUJO, A., "Los principios jurídicos necesarios en la organización y funcionamiento de los Consejos consultivos autonómicos", *DA*, núm. 244-245, 1996, pág. 357, pone de relieve que "el órgano consultivo tiene que hacer suyos los objetivos de buen gobierno y administración que, sin duda, persigue el órgano activo al solicitar el dictamen del órgano consultivo y debe entregarse con la mayor aplicación posible a la meta final perseguida".

<sup>1141</sup> COSTA, J.P., *Le Conseil d'Etat dans la société contemporaine*, Economica, Paris, 1993, pp. 41 y ss., especialmente pág. 48.

<sup>1142</sup> PAREJO ALFONSO, L., "La función consultiva en Europa: los consejos de Estado francés e italiano", *DA*, 226, 1991, pág. 55, señala que la incidencia de la función consultiva sobre los aspectos de oportunidad está limitada a pronunciamientos sobre "la adecuación de las medidas al fin o fines perseguidos con las mismas, la correcta articulación interna de éstos, su armonía con el resto del ordenamiento jurídico, y, en su caso, su misma conveniencia. Quiere decirse que, para la institución consultiva examinada, tales pronunciamientos no desbordan el ámbito de la función que le es propia, por cuanto centradas en la constitución jurídico-administrativa de las medidas a ella

como señala STIRN que deba confundirse la orientación de la oportunidad administrativa con la invasión del ámbito propio de la oportunidad política, faceta que escapa de la función del Consejo de Estado francés<sup>1143</sup>.

Respecto al Consejo de Estado Italiano, TRIMARCHI ha puesto de relieve que la función consultiva está conectada al *buon andamento*<sup>1144</sup>. La función consultiva puede ayudar a configurar una Administración Pública eficiente, efectivamente competente, informada y responsable, apareciendo dicha función como idónea para garantizar una decisión ponderada, objetivada, realizada con conocimiento de causa merced a la misma<sup>1145</sup>. SEPE, por su parte, ha llamado la atención sobre la función de los *pareri*, puesto que, aun no siendo vinculantes, actúan en "positivi, svolgono l'importante funzione d'illuminare coloro che devono operare la scelta decisionale", guiándola<sup>1146</sup>.

De conformidad con el art. 107 CE, entendemos que la función consultiva en España incluye el deber del órgano consultivo de velar para que los principios de buena

---

sometidas, sin poner en cuestión, antes al contrario dándolas por supuestas, las opciones políticas que están en la base y a las que las mismas responden. Como no hace falta explicitar, este plano de la oportunidad, colindante con la política en sentido estricto y difícil de deslindar de ella, constituye una de las facetas más delicadas de la función consultiva, que el Consejo de Estado francés logra afirmar sin apreciables tensiones gracias a la autoridad institucional de que goza".

<sup>1143</sup> STIRN, B., *Le Conseil d'État. Son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, Paris, 1991, pp. 39 y ss.

<sup>1144</sup> TRIMARCHI, F., *Funzione Consultiva e Amministrazione democratica*, Milan, 1974, pp. 117 y ss.

<sup>1145</sup> TRIMARCHI, F., *Funzione Consultiva...*, op.cit., pp. 154 y ss.

PAREJO ALFONSO, L., "La función consultiva en Europa...", op.cit., pág. 65, por su parte, señala que la función consultiva desarrollada por el Consejo de Estado italiano "tiene un papel preventivo, iluminando al órgano administrativo sobre la legitimidad y, en su caso, la oportunidad de sus decisiones futuras, evitando, así, la producción de actos viciados por razón de valoraciones erróneas o inadecuadas, con consecuencias dañosas tanto para el interés público como para el de los destinatarios de los actos; consecuencias que no siempre están en condiciones de reparar suficientemente la acción represiva y, por tanto, *ex post*, de carácter jurisdiccional".

<sup>1146</sup> SEPE, O., *L'efficienza...*, op.cit., pág. 175.

administración que orientan el ejercicio de la discrecionalidad se hagan realidad en cada concreto supuesto de ejercicio de la función administrativa, guiando el núcleo mismo de la decisión discrecional y contribuyendo a su acierto<sup>1147</sup>. Como señala FONT LLOVET, la función consultiva "debe velar para que el conjunto de los valores jurídico-constitucionales se cumplan positiva y efectivamente a través de las medidas propuestas por la Administración activa, y no sólo velar para que dichos valores no sean infringidos o vulnerados", lo que supone "realizar un juicio de *oportunidad jurídica*, que afecta al núcleo o reducto último de la discrecionalidad. Esa vertiente de la oportunidad no la puede valorar el juez en todas sus dimensiones, negativa y positiva"; la función consultiva aporta un elemento característico, pues "aquello que no puede hacer el juez, que es sustituir la decisión que es competencia constitucional del Gobierno y de la Administración, en el reducto de su discrecionalidad (...) sí que es admisible cuando tal concurrencia competencial no se da inter-poderes del Estado, sino que tiene lugar entre órganos de la Administración" ya que "en este caso, *no habría ya un problema de relación entre funciones constitucionales distintas, sino que se trataría de la forma de articulación interna, con intervención de asesoramiento jurídico y control preventivo*

---

<sup>1147</sup> En este sentido, ALONSO GARCIA, E., *Consejo de Estado y elaboración de Reglamentos Autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 61 y ss., donde se indica que "la existencia de discrecionalidad administrativa "no significa que la Administración pueda actuar a su libre albedrío dentro de dicho margen; por el contrario, deberá moverse guiada por la elección del mayor beneficio para el interés general.

En el control de tal elección, resulta igualmente trascendental el dictamen del Consejo de Estado, encargado de velar, se insiste, no sólo por la legalidad, sino también por el acierto y oportunidad del ejercicio de la potestad reglamentaria". Vid. también BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado...*, op.cit., pp. 178 y ss., AROZAMENA SIERRA, J., "La caracterización constitucional del Consejo de Estado", *DA*, núm. 244-245, 1996, pág. 152, quien afirma que "la consulta o asesoramiento previo solicitado del Consejo, atribuye al órgano consultivo supremo el estudio examen o análisis del proyecto consultado desde todos los aspectos: los de constitucionalidad y de legalidad, pero también los de técnica normativa, y los de oportunidad, conveniencia y eficacia", y REBOLLO PUIG, M., "El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado", *DA*, núm. 244-245, 1996, pág. 195, en el mismo sentido.

*de legalidad, del ejercicio de una de ellas, la función de administrar*"<sup>1148</sup>.

De ahí que, como señala la STS de 13 de noviembre de 1987 (Ar.9298), en referencia específica al ejercicio de la potestad reglamentaria pero extensible al resto de decisiones discrecionales:

"el importante grado de discrecionalidad de la potestad reglamentaria multiplica la trascendencia de los dictámenes que deben preceder a la emanación de la norma: existen razonamientos de oportunidad que formulados en sede jurisdiccional pueden resultar inoperantes y que en cambio en la vía administrativa pueden tener éxito, alterando el contenido de la disposición".

Este entendimiento de la función consultiva constitucionalmente reconocida ha tenido plasmación legal en el art. 2.1 LOCE que señala que "en el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines". Precepto que entendemos debe ponerse en conexión con el art. 20.3 LOCE, que señala que "el Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una Memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulte de los asuntos consultados y las

---

<sup>1148</sup> FONT LLOVET, T., "Función consultiva...", op.cit., pág. 51 y 52. (Los subrayados proceden del original).

sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar *para el mejor funcionamiento de la Administración*"<sup>1149</sup>.

El propio Consejo de Estado (Dictamen de 23 de julio de 1987, expediente 50.516) ha señalado que:

"Entiende este Consejo de Estado que su intervención cumple una función de garantía de la legalidad y constitucionalidad de la actuación en materia de gobierno y administración, además de suponer una ayuda en cuanto al acierto y oportunidad de las decisiones".

Sin embargo, las regulaciones autonómicas de los órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado son, aparentemente, más restrictivas. Por ejemplo, en el caso de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, el art. 5.1 de su Ley indica que "las funciones de asesoramiento a que se refiere esta Ley son únicamente de carácter jurídico. En ningún caso corresponden a la Comisión Jurídica Asesora el juicio político ni el de oportunidad". En Andalucía, la Ley del Consejo Consultivo de esta Comunidad establece que el mismo "no entrará a conocer de los aspectos de oportunidad y conveniencia, salvo que le sea solicitado expresamente". ¿Quiere ello decir que en estos casos el órgano consultivo no puede orientar positivamente el núcleo discrecional implementando los

---

<sup>1149</sup> GARCIA ALVAREZ, G., *Función consultiva y procedimiento (Régimen Jurídico de los Dictámenes del Consejo de Estado)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 210, destaca la conexión entre los arts. 2.1 y 20.3 LOCE, señalando que "estos preceptos pueden relacionarse con la inclusión de la eficacia como principio de la actividad administrativa en el artículo 103.1 de la Constitución, pero sobre todo con los restos de una función puramente asesora del Consejo de Estado, sin sombra de la función de garantía que tiñe gran parte de sus funciones en la actualidad".

principios de buena administración?

Entendemos que la respuesta debe ser negativa: estos órganos consultivos, al igual que el Consejo de Estado, pueden y *deben* guiar el ejercicio de la función administrativa mediante el uso de las directivas de racionalidad, objetividad, eficacia, coordinación, eficiencia, economía, así como conforme a otras directrices constitucionales. La propia concepción constitucional de la función consultiva así lo demanda, formando parte el art. 2.1 LOCE del procedimiento administrativo común, siendo aplicable, pues, a todas las Comunidades Autónomas<sup>1150</sup>. Entonces, ¿qué sentido tiene esas exclusiones del conocimiento del órgano consultivo del "juicio político" o de la "oportunidad"?

Consideramos que las matizaciones contenidas en las leyes autonómicas deben ser interpretadas no en el sentido de prohibir la orientación en positivo del núcleo de la discrecionalidad mediante la implementación de los principios de buena administración y de los valores constitucionales - lo que será en todo caso posible -, sino en el sentido de excluir, en principio, la discusión sobre el criterio extrajurídico mismo utilizado en la elección entre intereses por la Administración activa, es decir, la opción política, económica, moral, etc. ínsita en la alternativa escogida<sup>1151</sup>. Esto es, conforme a una distinción ya manejada con anterioridad, la oportunidad política le está vedada a los órganos consultivos, no así la jurídica, sobre la que tienen el deber de proyectar las directrices constitucionales que han de informar su ejercicio<sup>1152</sup>.

---

<sup>1150</sup> Enseguida volveremos sobre esta cuestión, fundamentando esta afirmación.

<sup>1151</sup> Lo que sí sería posible, por ejemplo, en el caso de la Comunidad Andaluza cuando "le sea solicitado expresamente" al Consejo Consultivo por el órgano consultante, de acuerdo con el ya citado art. 2 de la Ley.

<sup>1152</sup> En este sentido, FONT LLOVET, T., "Función Consultiva...", op.cit., pág. 49, en relación a la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, señala que "no hay duda que el juicio político corresponde hacerlo a los sujetos y órganos portadores de la participación política y de su representación: así, los partidos políticos (art. 6 CE) y el Parlamento, que impulsa y controla la

La Memoria de 1995 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña ha interpretado el art. 5.1 de la Ley catalana, negando que el núcleo de la oportunidad quede totalmente al margen de la función consultiva desempeñada por este órgano. Acogiendo la distinción antes señalada, se indica lo siguiente en la página 14:

"la funció d'assessorament no s'ha de limitar exclusivament al judici de si el que proposa l'Administració activa s'ajusta a la llei, sinó que ha de vetllar també per l'efectiu compliment del conjunt de valors jurídics constitucionals i no únicament perquè no es vulneri sinó també perquè es compleixin. Així doncs, en la realització de la funció consultiva s'han de tenir presents els principis de seguretat jurídica, com també els principis relatius a la posició constitucional de l'Administració, com són els citats en l'article 103.1 de la Constitució: el principi d'objectivitat, el d'eficàcia, el de la coordinació, el del caràcter servicial de l'Administració, etc. A aquestes consideracions cal afegir també el conjunt d'observacions que es poden fer des del punt de vista de tècnica legislativa, que en definitiva - llevat dels casos extrems - comporta una valoració indiscutible del judici de l'oportunitat jurídica. El que acabem d'exposar és especialment rellevant quan la funció consultiva es realitza sobre projectes de textos reglamentaris que són objecte

---

acción política del Gobierno (art. 30.1 Estatuto de Autonomía de Cataluña). Por otro lado, el juicio de estricta oportunidad puede ser incorporado al procedimiento reglamentario a través, en todo caso, de la participación pública derivada del mandato del art. 105 CE. Entre una y otra actividad cabe un amplio arco de intervenciones que cabe encuadrar en las funciones de asesoramiento jurídico".

Así, por ejemplo, en el ámbito de la potestad reglamentaria, el Gobierno puede adoptar una decisión determinada, amparada en la visión política de la sociedad que se sustente. El dictamen del órgano consultivo no debe discutir esa visión, sino orientarla mediante principios jurídicos, planteando, por ejemplo, si ha sido ponderada la viabilidad económica de la alternativa finalmente elegida, en aplicación del principio de eficiencia (art. 31.2 CE). Sobre este principio y el criterio de la viabilidad vid. *infra* el apartado específico dedicado.

de solucions alternatives o de redaccions parcials diferents. La redacció determinada d'un projecte malgrat que sigui fruit d'una opció política determinada, també comporta un judici d'oportunitat d'evident contingut jurídic que, com tal, el fa susceptible de ser objecte de la funció consultiva.

En definitiva, com més elements de judici - de judici positiu i no merament defensiu - pugui oferir l'òrgan consultiu, és a dir, aquesta Comissió Jurídica Assessora, a l'administració activa consultant, més garantia tindrà aquesta per prendre les determinacions que calguin i així assegurar el màxim encert de la decisió en benefici de l'Administració i de l'administrat que és el destinatari de la seva actuació"<sup>1153</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia FONT LLOVET, desde una anàlisis general de la función consultiva, indicando que "... el asesoramiento jurídico, (...), va más allá, puesto que debe velar para que el conjunto de los valores jurídico-constitucionales se cumplan positiva y efectivamente a través de las medidas propuestas por la Administración activa, y no sólo velar para que dichos valores no sean infringidos o vulnerados. En este sentido, en la función de asesoramiento hay que tomar en consideración los principios de seguridad jurídica, así como los principios relativos a la posición constitucional de la Administración pública expresados en el artículo 103.1 CE: el principio de objetividad, u otros de difícil control de legalidad desde la jurisdicción - eficacia, coordinación - pero de contenido jurídico

---

<sup>1153</sup> En Dictámenes concretos de la Comisión Jurídica Asesora se reitera la inclusión de la orientación de la oportunidad jurídica en el ámbito de funciones de este órgano consultivo. Vid. por ejemplo el Dictamen 226/1996, de 18 de julio: "... a aquesta Comissió Jurídica Assessora li correspon exclusivament les funcions de caire jurídic i en cap cas el judici polític, i sense perjudici que en supòsits específics aquesta limitació no pot impedir l'anàlisi de la conveniència quan l'índole de l'assumpte ho exigeix".



al fin y al cabo; el principio de servicialidad, que está también en el artículo 3 de la LRJPAC, etc. En este sentido, recuérdese que el art. 2.1 LOCE asigna al Consejo de Estado la misión de considerar y velar por la mayor eficacia de la Administración"<sup>1154</sup>.

En consecuencia, a la función consultiva le corresponde la importante misión de orientar el núcleo mismo de la discrecionalidad mediante el manejo de principios y valores constitucionales<sup>1155</sup>. A efectos del presente trabajo, nos interesa poner de relieve, más concretamente, la conexión entre función consultiva y principios constitucionales de buena administración.

Así, por lo que respecta al principio de racionalidad (art. 9.3 CE), parece obvio que la aportación al procedimiento administrativo de un dictamen de un órgano de reconocida capacidad técnica e independencia contribuye a la reflexión de la Administración activa y a la racionalización de sus decisiones.

En cuanto al principio de objetividad (art. 103.1 CE), diversos autores han puesto de relieve la conexión entre función consultiva y comportamiento objetivo de la Administración activa. Así, por ejemplo, GARCIA DE ENTERRIA ha señalado que "basta examinar las listas de consultas preceptivas para concluir que la intervención del Consejo de Estado suele ordenarse primordialmente a garantizar el funcionamiento objetivo de la Administración por relación a otros poderes (...) o la objetividad de la actuación administrativa frente a los particulares (...) o más simplemente aún, la objetividad de la Administración frente a las

---

<sup>1154</sup> Vid. FONT LLOVET, Tomàs, "Función consultiva...", op.cit., pág. 51.

<sup>1155</sup> En este sentido, GOMEZ-FERRER MORANT, R., "El Consejo de Estado y los derechos e intereses legítimos de los particulares", *DA*, núm. 244-245, 1996, pág. 234, quien pone de relieve la importancia de la función consultiva en la implementación de los principios rectores de la política social y económica en la actividad administrativa, pues a ésta "permite valorar no sólo la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino también la oportunidad o conveniencia de la actuación, y su eficacia".

leyes que limitan - precisamente - su actividad"<sup>1156</sup>.

También el TS ha destacado la conexión entre el principio de objetividad y el ejercicio de la función consultiva<sup>1157</sup>, indicando que ésta es "garantía de que la Autoridad consultante va a actuar en los términos del mandato contenido en el art. 103 de la CE (servir con objetividad a los intereses generales)"<sup>1158</sup>.

El órgano consultivo deberá comprobar mediante el estudio del expediente y de la motivación de la decisión que ésta está sustentada con una suficiente actividad instructora y que los datos han sido objeto de ponderación por la Administración activa, la cual ha de haber tomado en consideración los intereses implicados. *Pero, además, y aquí radica la peculiaridad de la función consultiva frente a la judicial, el órgano consultivo puede y debe, en positivo, advertir sobre la defectuosa ponderación que pueda apreciar, porque un interés haya sido minusvalorado o, por el contrario, supervalorado, sugiriendo, en su caso, la necesidad de tomar en consideración otros intereses preteridos o de matizar la valoración, sobre o infradimensionada, realizada.* Sugerencia que, al realizarse durante el procedimiento decisonal, puede influir sobre la decisión aún no adoptada, mejorándola al potenciar su

---

<sup>1156</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., "Estructura orgánica y Administración consultiva", en su libro *La Administración española*, 3ª ed., 1972, Madrid, Alianza Editorial, pág. 140.

Vid. también MONTORO CHINER, M.J., "De nuevo sobre procedimiento y seguridad jurídica: los órganos consultivos autonómicos", *RAP*, núm. 122, 1990, pp. 381 y 382, donde se señala la conexión entre función consultiva y objetividad ("el principio de reflexión elemento de imparcialidad, apoya a la actuación con mayor garantía del sometimiento a la Ley y al Derecho, y, posiblemente, mayor garantía de consecución del principio de legalidad. (...). La reflexión permite el alejamiento del objeto y del interés sólo en aquéllos en que la unidad decisora quiera o el Derecho le permita alejarse, por lo que sólo puede calificarse de componente de la objetividad. (...) partimos de la base de que la función consultiva coadyuva a la buena y adecuada formación de la voluntad de los órganos activos, fuere cual fuere la instancia jurídico-política en la que se inserten"). También conecta objetividad y función consultiva LAVILLA RUBIRA, J.J., "Administración consultiva", op.cit., pág. 249.

<sup>1157</sup> Vid. STS de 10 de mayo de 1989 (Ar. 3744).

<sup>1158</sup> STS de 16 de julio de 1996 (Ar.6428).

objetividad.

Un ejemplo puede ayudar a ilustrar lo que se quiere expresar. El art. 75 del Decreto Legislativo catalán 1/1990, de 12 de julio, exige que cuando la modificación de un plan urbanístico contenga determinaciones que puedan comportar un incremento de la densidad de población, es necesario contemplar un incremento correlativo de los espacios libres. El art. 76, por su parte, exige la intervención de la Comisión Jurídica Asesora en relación con aquéllos proyectos de ordenación urbanística que impliquen una alteración de las zonas verdes o espacios libres. En el caso contemplado en el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 168/94, se analizaba un proyecto de ordenación urbanística de un municipio catalán que suponía un aumento de usos residenciales y de otros susceptibles de aprovechamiento privado. El dictamen detecta que el proyecto no preveía los espacios libres adecuados suficientes para mantener la ecuación densidad de población-espacios libres exigida por el mencionado art. 75. Pero lo que nos interesa destacar ahora es que además de llegar a esta conclusión, el dictamen no se detiene ahí, sino que en su parte final señala lo siguiente:

"Així mateix, es podria plantejar la conveniència de mesurar l'impacte pel que fa a les zones verdes de les noves implantacions d'usos terciari i comercial, al marge de l'exigència de l'article 75 del Decret Legislatiu 1/1990 ja que, l'adequació als interessos públics no es circumscriu exclusivament al compliment estricte d'allò que preveu aquest precepte, sinó que s'ha de considerar en una perspectiva més àmplia i global ja que l'equilibri d'usos d'una ordenació urbanística, que ha d'assegurar la qualitat de vida que la Constitució consagra com a valor, no es planteja únicament respecte del nombre d'habitatges sinó en relació amb el conjunt de les

activitats que es preveuen en un determinat àmbit de manera que el simple manteniment de la proporció abans indicada és imprescindible però pot no ser suficient. Per tant, cal ponderar també aquest aspecte".

Es decir, el órgano consultivo no se queda en el análisis del puro texto legal, sino que, en el desarrollo de su función consultiva, orienta el ejercicio de la discrecionalidad, en este caso urbanística, subrayando la necesidad de tomar en consideración un aspecto que en el ejercicio de la función planificadora no se había ponderado. La presencia de un importante valor, como es la protección y mejora de la calidad de vida contemplada en el art. 45.2 CE, exige su ponderación. Aquí el órgano consultivo al analizar el supuesto detecta la ausencia de consideración del interés de los ciudadanos en el mantenimiento y mejora de su calidad de vida, por lo que recomienda su ponderación. Se potencia así el comportamiento objetivo de la Administración activa, al abrir su perspectiva y enriquecerla con aspectos que habían pasado desapercibidos.

Respecto a los principios de coordinación, eficacia, eficiencia y economía, la función consultiva puede ayudar igualmente a orientar el núcleo de la decisión discrecional de conformidad con estos parámetros jurídicos. En el caso del primero, la intervención del órgano consultivo puede ayudar a evitar la ausencia de ponderación adecuada de los intereses públicos envueltos en la toma de decisión, exponiendo la necesidad de corregir la ponderación defectuosa, por omisión, minusvaloración o supervaloración de intereses públicos<sup>1159</sup>. Respecto al resto, creemos que el órgano consultivo puede también influir

---

<sup>1159</sup> Desde otra perspectiva, FONT LLOVET, T., "Función consultiva...", op.cit., pp. 55-62, ha destacado la faceta de potenciación del principio de coordinación que pueden desempeñar los órganos consultivos, actuando como árbitro en los conflictos interadministrativos que puedan surgir entre diversos niveles de poder o, dentro de un mismo nivel, entre diversos órganos administrativos.

sobre la decisión administrativa, guiándola en positivo. Así, ha sido notado respecto al principio de eficacia, que recordemos está citado expresamente en el art. 2.1 LOCE, que "el velar por en el ejercicio de la función consultiva por la observancia de la Constitución es ya de por sí hacerlo por la observancia de los valores y principios que aquélla consagra, de los que el principio eficacia, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, es uno de ellos. Al ámbito de la función consultiva corresponde el verificar si la actuación administrativa - específicamente en el ámbito de las disposiciones reglamentarias, pero no sólo en este ámbito - cumple las exigencias del principio de eficacia. Cuando en el ejercicio de la potestad reglamentaria el Poder Público tiene diversas opciones, el Consejo de Estado, desde su función consultiva, debe verificar las opciones legítimamente posibles y, atendiendo a los fines perseguidos, expresar su juicio acerca de la que considera comparativamente que mejor cumple las exigencias del principio constitucional de eficacia, ofreciendo, incluso, textos alternativos que la Autoridad consultante considere en el ejercicio de su potestad reglamentaria el que sirve mejor a los objetivos del texto consultado. A la verificación de la eficacia corresponde el considerar si una medida es idónea para alcanzar un fin determinado, o qué medida, entre varias posibles, es la que mejor sirve el principio de eficacia"<sup>1160</sup>.

Un par de supuestos concretos pueden ayudar a entender como puede orientar la función consultiva el núcleo de la discrecionalidad de conformidad, por ejemplo, con el principio constitucional de eficacia. Uno de ellos se refiere al papel de la función consultiva en el caso de delimitaciones y alteraciones de términos municipales. Ya la citada Memoria de la Comisión Jurídica asesora de 1995 indicaba que éste era un supuesto en que se podía

---

<sup>1160</sup> AROZAMENA SIERRA, J., "La función consultiva...", op.cit., pág. 134.

Diversos autores han destacado también la relación entre función consultiva y eficacia y eficiencia. Vid. por ejemplo MONTORO CHINER, M.J., "De nuevo...", op.cit., pág. 407, y FONT LLOVET, T., "Función consultiva...", op.cit., pág. 51.

constatar la labor de orientación positiva de la discrecionalidad desempeñada por la función consultiva<sup>1161</sup>. En un interesante estudio, REBÉS i SOLÉ ha puesto de relieve la amplitud de la intervención de la Comisión Jurídica Asesora en este ámbito, "que no es limita a una actuació de mera higiene jurídica, sino que vetlla pel compliment efectiu dels principis inspiradors de les normes i valors constitucionals, realitzant també els necessaris judicis d' oportunitat jurídica o administrativa quan la norma ho preveu o la Comissió ho considera convenient"<sup>1162</sup>. Entre los ejemplos que este autor pone, quisieramos traer a colación la conexión que la Comisión Jurídica Asesora realiza entre el principio de idoneidad territorial, formulado en el art. 11.2 de la LMRLC, y los principios constitucionales de buena administración. En concreto, en el dictamen 274/1994, de 17 de noviembre, este órgano consultivo señaló "malgrat que sigui una obvietat, cal remarcar que les insuficiències territorials predeterminen que la prestació dels serveis públics es puguin realitzar amb un mínim d'eficàcia i eficiència (art. 103.1 de la Constitució). En definitiva aquest és el punt de partida del qual s'ha de partir i l'element nuclear que cal preservar".

Otro supuesto de orientación de la discrecionalidad administrativa por la función consultiva a través del principio de eficacia lo podemos hallar en el ámbito urbanístico. Ya expusimos unas líneas más arriba las exigencias del art. 75 del Decreto Legislativo catalán

---

<sup>1161</sup> Memoria de la Comisión Jurídica Asesora de 1995, pág. 14: "només cal examinar el protagonisme de la funció jurídica consultiva que tant la Llei 8/1987, de 15 d'abril, municipal i de règim local de Catalunya com el Decret 140/1988, de 24 de maig, que aprova el Reglament de demarcació territorial i població dels ens locals, atorguen a la Comissió Jurídica Assessora en matèria de modificacions territorials i comarcals, en les quals sovintegen la valoració dels conceptes d' idoneïtat territorial municipal, suficiència de recursos, millora objectiva de la prestació dels serveis públics, etc.: aspectes que guarden directa relació amb el principi d'eficàcia prestacional propi de l'administració. Tots aquests conceptes i d'altres que podriem afegir ultrapassen l'estricta funció negativa de control de la legalitat i es relacionen amb una indiscutible valoració d' oportunitat jurídica".

<sup>1162</sup> REBÉS i SOLÉ, Josep-Enric, "La funció jurídico-consultiva en l'àmbit de les delimitacions i modificacions territorials locals catalanes", *Autonomies*, núm. 21, 1996, pp. 87 y ss. La cita corresponde a la pág. 96.

1/1990, de 12 de julio. Pues bien, uno de los parámetros que orientan la ordenación urbanística respecto al mantenimiento de la ecuación densidad de población-espacios libres es, precisamente, el principio de eficacia. Los terrenos destinados a zonas verdes deben poder servir al fin de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y el medio ambiente urbano. No cualquier terreno de cualquier característica sirve a los fines propios de las zonas verdes. La Comisión Jurídica Asesora ha advertido reiteradamente que el análisis de las alteraciones de zonas verdes no sólo se hace desde un punto de vista meramente *cuantitativo* - es decir, la cantidad de metros cuadrados destinados a zona verde - sino también desde un punto de vista *cualitativo*: los terrenos destinados a zonas verdes deben servir, realmente, para el logro de las finalidades propias de este tipo de calificaciones. Por tanto, la Comisión Jurídica Asesora orienta así la discrecionalidad urbanística mediante el principio de eficacia, por cuanto analiza si los terrenos destinados a zonas verdes cumplen efectivamente los fines perseguidos por éstas<sup>1163</sup>.

En este sentido, el ya aludido dictamen 168/1994 de la Comisión Jurídica Asesora ofrece un buen ejemplo de manejo del principio de eficacia como guía de la actuación administrativa. Al examinar la dimensión cualitativa de las nuevas zonas verdes propuestas en una ordenación urbanística, el órgano consultivo constata que:

"Quant a l'àmbit nord es pot considerar com a positiva la previsió com a zona verda del terrenys destinats actualment a equipaments, tant per la seva dimensió (27.896 m2) com per la posició permeten un ampli front del Parc de Collserola. També poden merèixer una consideració favorable els espais verds lligats al barri de Finestrelles, alguns en terrenys avui qualificats com

---

<sup>1163</sup> Vid. por ejemplo el Dictamen 13/1994.

protecció de la vialitat. La seva situació entre usos residencials i usos terciari i comercial pot donar-li's una bona funcionalitat. En canvi, pel que fa a una àrea qualificada de verd d'interès municipal (6b) situada entre l'autopista i la seva via d'accés - terrenys qualificats actualment de protecció de la vialitat - de mida relativament petita i aïllada per la vialitat no es considera adequada al nou destí.

Quant a l'àmbit sud cal assenyalar que una de les zones verdes previstes ocupa de fet el talús de la Ronda de Dalt. Es considera que les característiques del terreny són contràries a les que són pròpies de les zones verdes. Així mateix, pel que fa a la prevista al costat del carrer Laureà Miró, como indica el Anejo pretén: "*Esponjar el frente de la calle Laureà Miró, creando una plazoleta de regulación viaria*". Per tant, no reuneix les condicions imprescindibles per a la funcionalitat com a zona verda".

Puede comprobarse como en ejercicio de su función consultiva, la Comisión Jurídica Asesora, en aplicación del principio de eficacia aunque sin nombrarlo explícitamente, no se contenta con aceptar como zonas verdes los terrenos que la Administración declara ser tales, sino que analiza si cumplen realmente la finalidad a la que deben servir. En ese análisis, el órgano consultivo descubre que algunos terrenos, debido a su situación (aislamiento por la vialidad que lo hace de imposible acceso para los ciudadanos) o a sus características (al formar parte de una vía de circulación rápida o constituir en realidad una plaza de circulación viaria) no pueden servir a los objetivos perseguidos con la previsión de zonas verdes, por lo que no pueden computarse como tales a efectos de mantener el ya mencionado equilibrio con la densidad de población.



En definitiva, consideramos que la función consultiva puede constituir un valioso elemento de orientación en positivo de la discrecionalidad administrativa, mediante la emisión de los pertinentes dictámenes, que, incorporados al procedimiento administrativo, pueden guiar el ejercicio de la función administrativa, contribuyendo al logro del deber constitucional de buena administración, además de servir como control del respeto del ordenamiento jurídico<sup>1164</sup>.

Ahora bien, para que la función consultiva pueda lograr esos objetivos, es necesario que la orientación proporcionada sea tomada en cuenta, ponderada, por el órgano encargado de resolver. Esa toma en consideración es necesaria en todo tipo de dictámenes, sean de solicitud facultativa o preceptiva. Como ha destacado FONT LLOVET "podrá ser obligatorio o facultativo, esto es, libre, para el órgano activo solicitar un informe o dictamen, pero la emisión del mismo por parte del órgano consultivo será en todo caso preceptiva"<sup>1165</sup>. A lo que añadimos nosotros que la solicitud puede ser, efectivamente, preceptiva o facultativa, *pero que la toma en consideración del informe por el órgano activo es siempre obligada, en aplicación del principio de objetividad, que obliga a ponderar todo el material incluido en*

---

<sup>1164</sup> FONT LLOVET, T., "Función consultiva...", op.cit., pp. 53 y ss. ha llamado la atención sobre la importancia de mantener contactos entre la Administración activa y el órgano consultivo, a fin de que éste, sin perder su imprescindible independencia, logre tener una perspectiva más concreta de las circunstancias subyacentes al caso. Como destaca este autor, la legislación actual prevé los mecanismos precisos para llevar a cabo ese tipo de diálogo (vid. por ejemplo el art. 18.2 y 3 de la LOCE).

Por otro lado, teniendo presente la función de orientación de la discrecionalidad afirmada, no se comprenden muy bien por qué algunos supuestos en los que la discrecionalidad es de gran amplitud el dictamen de un órgano consultivo, que podría ser de gran utilidad en la implementación de principios constitucionales, no está previsto en el procedimiento de elaboración de la decisión. Nos referimos, por ejemplo, al caso de los reglamentos independientes. Vid. en referencia a este supuesto, poniendo de manifiesto la incongruencia aquí manifestada, por ejemplo, ALONSO GARCIA, R., *Consejo de Estado...*, op.cit., pp. 56 y 68 y ss., y FONT LLOVET, T., "Función consultiva...", op.cit., pág. 46.

<sup>1165</sup> FONT LLOVET, T., "Organos...", op.cit., pág. 70. En relación a los diversos tipos de informes, vid. el art. 83.1 LRJPAC, que señala que "salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes".

*el expediente*. Es decir, solicitado un informe - porque lo impone preceptivamente una norma o porque el órgano activo considera necesario contar con el apoyo de la función consultiva - éste debe incorporarse al expediente, pasando a formar parte de la fundamentación de la futura decisión, y ha de ser tomado en consideración antes de decidir. Cuando el informe es vinculante para el órgano decisor, ese deber de tomar en consideración el parecer del órgano consultivo es evidente<sup>1166</sup>. Pero el mismo deber existe cuando se trata de informes facultativos o preceptivos no vinculantes<sup>1167</sup>. Una vez incorporados al expediente han de ser ponderados, bien para seguir sus recomendaciones bien para disentir de ellas, *pero en todo caso para tenerlas en cuenta antes de decidir*.

Todas las clases de dictámenes, facultativos o preceptivos, vinculantes o no, suponen la introducción en el procedimiento administrativo de un elemento de juicio "que deberá tenerse en cuenta al dictar la resolución"<sup>1168</sup>. En este sentido, jugando con las palabras, puede afirmarse que la *ponderación* de todo dictamen incorporado al procedimiento es *preceptiva*. No puede, pues, pedirse voluntariamente un informe y luego prescindir absolutamente de él o realizar la solicitud preceptiva de un dictamen no vinculante y archivarlo mecánicamente en el expediente. La función consultiva tiene una razón de ser, ya analizada, y para que pueda cumplirla los informes emitidos durante su ejercicio deben ser

---

<sup>1166</sup> Aunque no es éste el momento de detenernos en este punto, debe recordarse que dentro de los informes vinculantes es necesario aún trazar distinciones entre los dictámenes de vinculación absoluta y los de vinculación parcial o quasi-vinculantes, denominados también obstativos. Vid. por todos FONT LLOVET, T., "Órganos...", op.cit., pp. 72 y ss.

<sup>1167</sup> Respecto a éstos últimos, PEREZ HERNANDEZ, A., *El dictamen del Consejo de Estado*, CFPF, Madrid, 1965, pág. 20, señala que "la consulta preceptiva, aunque no es esencial ni debe ser exclusiva, ofrece la ventaja de ser una garantía de objetividad y de que no se pierda la buena costumbre de consultar antes de resolver, ya que muchas veces no sólo es más cómodo el no consultar, *sino también menos comprometido, porque, quiérase o no, el que pide un consejo queda un poco atado al que se lo da*". (Los subrayados son nuestros).

<sup>1168</sup> GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo...*, op.cit., pág.

estudiados y ponderados por el órgano que los solicitó.

Esta necesaria ponderación debe tener su reflejo en la *motivación* de la resolución finalmente adoptada, que como se verá más adelante, constituye la clave para comprobar la efectiva ponderación de las circunstancias del caso por la Administración activa. En ésta debe reflejarse por qué el órgano activo se separa "del dictámen de órganos consultivos" (art. 54 c LRJPAC). En esta motivación no bastará explicitar que la decisión se toma "oído" el órgano consultivo (vid. art. 1.6 LOCE, por ejemplo). Esta fórmula no es una motivación suficiente para demostrar la efectiva ponderación del dictamen, por lo que entendemos que en aplicación del art. 54.1 LRJPAC - aplicable a nuestro parecer a todo tipo de decisiones administrativas - deberá explicarse sucintamente por qué el órgano activo se separa de la orientación "en positivo" dada por el órgano consultivo, demostrando que la guía ofrecida ha sido ponderada, aunque finalmente sea rechazada<sup>1169</sup>.

---

<sup>1169</sup> Sobre esta cuestión, vid. *infra* el apartado dedicado a la motivación de las decisiones administrativas y a su conexión con el procedimiento de elaboración de las mismas.

### a.2.2 Función consultiva y procedimiento administrativo común.

Como se ha destacado, el ejercicio de la función consultiva creemos que conecta con el deber constitucional de buena administración. En este sentido, el art. 107 CE, donde como se ha sostenido más que la referencia a un órgano concreto se halla la mención de la función consultiva, debe interpretarse en conexión con los arts. 9.3, 103.1 y 31.2 CE. La incidencia que tiene la función consultiva en el correcto desarrollo de la función administrativa por los órganos activos motiva que el art. 107 CE deba ponerse en conexión, al igual que afirmamos en relación al art. 105 a) CE, con el art. 149.1.18. Desde la concepción del procedimiento administrativo común como una materia que englobaría no sólo aspectos garantistas sino también un mínimo común denominador de comportamiento administrativo, un estándar de buen desarrollo y calidad de la función administrativa, aplicable a todas las Administraciones, entendemos que la función consultiva está conectada y forma parte del ámbito de ese procedimiento común<sup>1170</sup>.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de junio de 1987 (expte. núm. 50.516) señala lo siguiente:

"Entiende este Consejo de Estado que su intervención cumple una función de garantía de la legalidad y constitucionalidad de la actuación en materia de gobierno y administración, además de suponer una ayuda en cuanto al acierto y oportunidad de las decisiones.(...).

---

<sup>1170</sup> Así lo entiende PEMAN GAVÍN, J., "Sobre el ejercicio...", op.cit., pág. 82, quien, en referencia específica a los reglamentos, sostiene que del art. 149.1.18 CE se derivaría la posibilidad estatal de establecer "la exigencia general de un trámite de informe previo de los Reglamentos por un órgano consultivo especializado en Derecho y dotado de unas garantías mínimas de independencia respecto de la Administración activa".

A este respecto debe tenerse en cuenta que las previsiones contenidas en el título IV de la Constitución, aunque referidas aparentemente al Gobierno y Administración del Estado, contienen en realidad principios y previsiones aplicables genéricamente a todas las Administraciones Públicas, como ocurre con los artículos 103, 105, 106 y con el propio 107.

Es claro que la Constitución ha querido la existencia de un órgano con funciones de garantía de la constitucionalidad y de la legalidad, y es claro también que habrán de ser las normas previstas en el artículo 149.1.18 las que esencialmente vengán a concretar materialmente esos aspectos. Hasta que tales normas se dicten, y sin perjuicio de previsiones específicas que establezcan un régimen distinto, como ocurre en la Ley de Bases de Régimen Local (art. 13.1), las prescripciones contenidas en la Ley Orgánica del Consejo de Estado no son sino la expresión de la forma en que el legislador orgánico ha concebido la garantía de la intervención del Consejo de Estado respecto de actuaciones competencia de las Comunidades Autónomas.

La legislación sectorial podrá ir precisando y matizando los supuestos e intervenciones del Consejo de Estado, como ha hecho la Ley citada anteriormente. Sobre todo podrá y deberá hacerlo la Ley del Procedimiento Administrativo Común, pero en ningún caso podrá desconectarse el artículo 23 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de las competencias estatales recogidas en el artículo 149.1.18 y de la función de garantía que implica el Consejo de Estado".

Como puede observarse, en este dictamen del Consejo de Estado se mezclan dos

cuestiones que son distintas. Por un lado, el aspecto que podríamos denominar *subjetivo*, es decir, la intervención precisamente del Consejo de Estado como órgano llamada a desempeñar la función consultiva. Por otro lado, la vertiente *objetiva*, es decir la conexión de la función objetiva en sí, con independencia de si la desarrolla el Consejo de Estado o un órgano autonómico, con el procedimiento administrativo común y, por tanto, con la competencia estatal del art. 149.1.18 CE.

Ambas facetas fueron objeto de atención en la importante STC 204/1992, de 26 de noviembre. Respecto al que hemos denominado aspecto subjetivo, la sentencia abordó una cuestión que, como es sabido, había hecho correr ríos de tinta y dado lugar a numerosa jurisprudencia en los años precedentes<sup>1171</sup>. La solución adoptada en la sentencia del TC ha dado lugar a lo que ha sido llamado el "síndrome del Consejo de Estado", que ha conducido a la proliferación de órganos consultivos autonómicos, creados a imagen y semejanza del Consejo de Estado, y al control por los tribunales de lo contencioso del ajuste de esos órganos al modelo estatal<sup>1172</sup>.

A los efectos del presente trabajo, nos interesa el análisis de la decisión constitucional en relación al aspecto objetivo, es decir, a la función consultiva en sí, sea ejercida por el Consejo de Estado o por un órgano autonómico. La STC 204/1992, partiendo de la idea de que "la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y

---

<sup>1171</sup> No es el momento de insistir sobre esta cuestión. Vid. por todos RUIZ MIGUEL, C., *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995. En la jurisprudencia, un análisis de las diversas líneas jurisprudenciales del TS anterior a la STC 204/1992, así como del impacto de ésta en la jurisprudencia posterior, puede verse en la STS de 27 de noviembre de 1995 (Ar. 8944).

<sup>1172</sup> Vid. al respecto FONT LLOVET, T., "Función consultiva...", op.cit., pp. 42 y ss.

legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo", afirma que "en razón de los asuntos sobre los que recae y de la naturaleza del propio órgano, se trata de una función muy cualificada que permite al legislador elevar su intervención preceptiva en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas o parte del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 C.E.)" (FJ 4). Concluyéndose en el FJ 6 que "el dictamen del Consejo de Estado se exige a las Comunidades Autónomas sin organismo consultivo propio, en los casos previstos por la mencionada Ley que formen parte de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas o del procedimiento administrativo común", concurriendo esta circunstancia "sin duda, en el supuesto objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad que se refiere como se recordará, a la elaboración de reglamentos que se dicten en ejecución de leyes".

El razonamiento expuesto es un tanto crítico, y plantea dudas razonables en, al menos, dos cuestiones. En primer lugar, ¿la exigencia de un dictamen preceptivo de un órgano consultivo en un determinado procedimiento entra en la materia "régimen jurídico de las Administraciones Públicas" o en la "procedimiento administrativo común"? En segundo lugar, ¿todos los supuestos de los arts. 21 y 22 de la LOCE forman parte de las materias del art. 149.1.18, o sugiere la sentencia que algunos sí y otros no?.

Respecto al primer punto, la sentencia repite en varias ocasiones que la exigencia preceptiva de un dictamen de un órgano consultivo es un aspecto básico "del régimen jurídico de las Administraciones públicas o del procedimiento administrativo común". Pero, ¿de cuál de las dos materias?. Si bien, como es sabido y analizaremos más adelante, el deslinde entre ambas materias dista de ser fácil, parece razonable pensar que la exigencia de que en un determinado procedimiento administrativo deba solicitarse preceptivamente un dictamen del

Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente forma parte de la materia procedimiento administrativo común, por cuanto es un mecanismo de garantía y de contribución al logro de una buena administración a través, precisamente, del íter procedimental. El propio TC parece estar pensándolo, por cuanto pese a su indefinición, repite hasta cuatro veces, en los Fundamentos Jurídicos 4 a 6, que la exigencia de un dictamen de un órgano consultivo es una "garantía procedimental"<sup>1173</sup>. Esta era también, como vimos, la postura del Consejo de Estado en el dictamen anteriormente citado.

En cualquier caso, cabe plantearse qué significa entender que la intervención de un órgano consultivo en el procedimiento administrativo forma parte del procedimiento administrativo común. Para BLANQUER CRIADO el alcance de la normativa estatal que pueda dictarse al amparo de este título competencial abarca respecto a la consulta del órgano consultivo "la fijación de las materias en que es preceptiva, aquéllas en las que el dictamen es vinculante, alcanzando también a la determinación de si el dictamen debe reducirse a expresar consideraciones de legalidad o si puede extenderse a las observaciones de acierto y oportunidad, y a las consecuencias jurídicas de la omisión del dictamen, así como a la posibilidad de continuar el procedimiento cuando el dictamen no se emite en un cierto plazo de tiempo desde que se formula la consulta"<sup>1174</sup>.

---

<sup>1173</sup> BLANQUER CRIADO, D., *Consejo de Estado...*, op.cit., pp. 144 y ss. entiende la consulta a un órgano consultivo como trámite del procedimiento administrativo común.

En cualquier caso, debe señalarse que el encaje en una u otra materia tiene muy escasa trascendencia, por cuanto las funciones estatales que recaen sobre ambas materia son muy parecidas, sino idénticas. Vid. al respecto lo que se indica en la parte final de este estudio, al tratar del papel del legislador en la garantía de la buena administración.

<sup>1174</sup> BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado...*, op.cit., pág. 153. En la misma línea, para JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "Las competencias del Consejo de Estado y los criterios de inferencia de competencias necesarias de los Consejos Consultivos autonómicos", *DA*, núm. 244-245, 1996, pp. 320 y 321, entiende que corresponde al legislador estatal de las bases del régimen jurídico y del procedimiento administrativo común establecer criterios positivos y claros sobre:

- "Determinación de las materias en que el Dictamen - excepcionalmente - es vinculante o, al



Teniendo presente la doble finalidad intrínseca a la función consultiva contemplada en el art. 107 CE, de control y de ayuda en el logro de la buena administración, parece lógico que el art. 2.1 LOCE, referido a los aspectos a considerar por los dictámenes, forme parte del procedimiento administrativo común, como ya se adelantó en su momento. También parece razonable la fijación de materias en las que el dictamen es preceptivo, así como aquéllas en las que deba ser vinculante<sup>1175</sup>. También las consecuencias de la no solicitud del dictamen o de su no emisión creemos que entrarían en la materia procedimiento administrativo común<sup>1176</sup>.

Respecto a la fijación de materias en las que el dictamen sea preceptivo, debemos referirnos a la segunda de las cuestiones anteriormente planteadas. Los artículos 21 y 22 LOCE contienen una lista de materias en las que la consulta a un órgano consultivo - bien sea el Consejo de Estado o el autonómico equivalente, si existe - es preceptiva, lista que no es cerrada, pues ambos artículos utilizan fórmulas abiertas de remisión a otras leyes. La STC 204/1992 parece sugerir que no todos los supuestos de esos dos preceptos formarían parte del procedimiento administrativo común y, por tanto, serían de aplicación a las Comunidades

---

menos, más que meramente preceptivo".

- "Precisión de los casos en que el Dictamen no debe reducirse a expresar consideraciones de legalidad y por contra puede extenderse a observaciones de acierto y oportunidad"

- "Plazo para la emisión y regulación de la posibilidad de seguir el procedimiento si el mismo ha transcurrido, puntos sobre los que la LOCE nada dice y las previsiones de la Ley 30/1992 resultan de difícil aplicabilidad para el caso concreto".

- "Efectos sobre el acto final del vicio consistente en la falta de consulta, y en concreto posibilidad de subsanación".

<sup>1175</sup> Lo que no debe impedir que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias procedimentales aumenten - no disminuyan - la lista de materias donde el dictamen sea preceptivo, así como el efecto vinculante del mismo. Vid. al respecto BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado...*, op.cit., pág.154, donde acepta que las Comunidades puedan aumentar la lista de consultas preceptivas, aunque no excluir aquéllas que hayan sido establecidas en virtud de la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común.

<sup>1176</sup> Respecto a la no emisión del dictamen en plazo, vid. el art. 83.3 LRJPAC.

Autónomas, si bien no lo afirma de modo explícito.

¿Es posible distinguir materias en la LOCE y en la legislación sectorial que no formen parte del procedimiento administrativo común?. Diversos autores han intentado realizar esa distinción, partiendo de criterios diversos. Así, CARRILLO DONAIRE señala que sólo en el caso en que el dictamen venga a cumplir "una clara función de garantía del administrado" el "Estado estaría facultado para entender básica la intervención objetiva de un órgano independiente e imparcial en esos procedimientos administrativos". En los casos en que el dictamen no cumpliera esta función garantista, porque "se limita a realizar una función de control interno de la actuación administrativa sin trascendencia para terceros", según este autor, el Estado no podría imponer la intervención de un órgano consultivo dotado de características semejantes al Consejo de Estado<sup>1177</sup>. Sin embargo, si el sentido de la exigencia de la intervención de un órgano consultivo es tanto la garantía del respeto del ordenamiento como el auxilio en el logro de la buena administración (art. 107 CE, en conexión con los arts. 9.3, 103.1 y 31.2 CE) y el procedimiento administrativo común abarca ambos aspectos - como creemos nosotros que ocurre - entonces la distinción propuesta por este autor carecería de virtualidad<sup>1178</sup>.

MONTORO CHINER, por su parte, señala que el dictamen de un órgano consultivo en un procedimiento no será preceptivo "siempre que las Comunidades Autónomas, mediante

---

<sup>1177</sup> CARRILLO DONAIRE, J.A., "Las competencias consultivas del Consejo de Estado en relación a las Comunidades Autónomas. El fin de una larga controversia (Comentario a la STC 204/92 de 26 de Noviembre)", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 15, 1993, pág. 129.

<sup>1178</sup> Aparte de que incluso la función de control interno a que se refiere, siempre tiene trascendencia sobre terceros: la totalidad de los ciudadanos interesados en que la Administración actúe correctamente. En este sentido, los ejemplos utilizados por el autor como materias ajenas al procedimiento administrativo común (consulta a órgano consultivo para la concesión de crédito extraordinario o suplementos de crédito, art. 22.14 LOCE) son una buena muestra del interés ciudadano en que la actividad pública se sujete a los principios constitucionales de eficiencia y economía.

su legislación dictada en materia de competencia exclusiva, hayan prescindido del requisito del dictamen"<sup>1179</sup>. Esta autora, pues, hace depender la preceptividad de la intervención del órgano consultivo del tipo de competencia autonómica. Si ésta es exclusiva, ni la LOCE ni otra legislación sectorial que prevea el dictamen de un órgano consultivo sería de aplicación en la Comunidad Autónoma, que podría decidir libremente si mantiene el dictamen como preceptivo o elimina este requisito. Es el caso, por ejemplo, del dictamen en el caso de modificación de zonas verdes y espacios libres, que el legislador autonómico, dada la competencia exclusiva que posee sobre la materia urbanismo, podría decidir suprimir. Consideramos, sin embargo, que la competencia autonómica exclusiva sobre una materia, que conlleva la competencia también sobre el procedimiento de toma de decisiones como ha indicado la jurisprudencia constitucional, no excluye, por otro lado, la aplicación del procedimiento administrativo común, del que forma parte la exigencia de dictamen de órgano consultivo. El legislador autonómico sectorial, aunque la competencia sea exclusiva, no puede ignorar o contradecir, al regular los procedimientos administrativos, los principios y trámites que forman parte del procedimiento administrativo común. En este sentido, y en relación con el ejemplo puesto por la autora citada, creemos que la exigencia de dictamen, vinculante además, de un órgano consultivo para la modificación de zonas verdes y espacios libres forma parte del procedimiento administrativo común, por lo que no podría ser suprimido por el legislador urbanístico autonómico<sup>1180</sup>.

---

<sup>1179</sup> MONTORO CHINER, M.J., "De nuevo...", op.cit., pág. 395.

<sup>1180</sup> Pese a que el propio legislador estatal no consideró, al promulgar el Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que el art. 129, donde se prevé el dictamen del órgano consultivo autonómico en los casos de modificación de zonas verdes y espacios libres, formara parte del procedimiento administrativo común. El precepto era de aplicación supletoria, de acuerdo con el juego de la Disposición Final Única, apartado 3.

La STC 61/1997, de 20 de marzo, tampoco ha reparado en la conexión entre el art. 129 y el 149.1.18, por lo que ha procedido, dada su condición de aplicación supletoria, a anularlo (FJ 12). En consecuencia, la exigencia de tal dictamen queda ahora en manos de la legislación urbanística

Consideramos difícil intentar deslindar materias de la LOCE o de la legislación sectorial como ajenas al procedimiento administrativo común, excepto en un caso: en los supuestos conectados al ejercicio de específicas competencias estatales, como es el caso, por ejemplo, del supuesto contemplado en el art. 21, apartado 5, de la LOCE<sup>1181</sup>. El resto de casos encajarían en el procedimiento administrativo común, por lo que la exigencia de dictamen de órgano consultivo, autonómico en su caso, se extendería a las comunidades autónomas y a los entes locales<sup>1182</sup>.

---

autonómica, dada la ausencia de referencia al mismo sobre su consideración como parte del procedimiento administrativo común en la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril. De *lege ferenda*, teniendo en cuenta los importantes valores constitucionales envueltos en la cuestión (arts. 45 y 47 CE), parecería adecuado incluir legislativamente este supuesto como parte del procedimiento administrativo común.

<sup>1181</sup> Referido a "reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional".

<sup>1182</sup> En este sentido, BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado...*, op.cit., pp. 152 y ss.

Una cuestión que cabría plantear es si podría y debería ser la LRJPAC la que incluyera los procedimientos en los que se exigiera la intervención de un órgano consultivo. El Dictamen del Consejo de Estado de 23 de julio de 1987, antes citado, así parece afirmarlo. Desde un punto de vista de racionalidad, quizás sería deseable la reunión de todos los supuestos que forman parte del procedimiento común en la Ley estatal derivada del art. 149.1.18. Ahora bien, esta operación podría plantear algún problema. Según el artículo 107 CE una ley orgánica deberá regular la composición y funcionamiento del Consejo de Estado. Dado que como dijimos el art. 107 contempla la función consultiva, ¿significa eso que la lista de intervenciones de un órgano consultivo que formen parte del procedimiento administrativo común deben estar incluidas en una ley orgánica?. No nos parece que deba ser esa la solución. El precepto constitucional citado se refiere a dos concretos aspectos internos del órgano Consejo de Estado (*composición y funcionamiento*). No veríamos inconveniente en que la LRJPAC incluyera supuestos de intervención de los órganos consultivos. De hecho, en la actualidad tales casos ya pueden hallarse fuera de la LOCE.

En el sentido aquí expuesto, vid. JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "Las competencias...", op.cit., pp. 318 y 319.

**b)La necesaria fundamentación de la decisión: actos de instrucción y expediente. Los límites del deber de fundamentación en los supuestos de incertidumbre y riesgo derivados de la necesaria valoración de hipótesis científicas. Objetividad y necesaria ponderación del material reunido.**

Como hemos tenido ocasión de apreciar, la fase de instrucción del procedimiento administrativo debe aportar los datos y elementos de juicio necesarios para tomar la mejor decisión posible para servir al interés general. Esto significa que en el expediente administrativo debe encontrarse todo el material necesario para realizar una ponderación adecuada, y que en el mismo debe existir constancia de que, efectivamente, tal valoración ha sido llevada a cabo, es decir, que el órgano resolutorio ha estudiado con seriedad las circunstancias concretas del supuesto.

Ambas exigencias derivan del principio de objetividad constitucional, que demanda, como ya sabemos, un estudio ponderado de las circunstancias del caso, con consideración de los intereses envueltos, el cual debe realizarse a través del procedimiento seguido para la toma de la decisión. Dado que, como ha sido expuesto gráficamente, "el expediente no es otra cosa que la materialización del procedimiento, el procedimiento "hecho papel"<sup>1183</sup>, en el mismo deben constar los elementos fácticos y de juicio precisos para la decisión, así como el reflejo de que tales datos han sido realmente tomados en consideración al ponderar las circunstancias relativas al concreto caso. Como acertadamente pone de relieve el art. 164.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, "constituye expediente

---

<sup>1183</sup> GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo...*, op.cit., pág. 82.

el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de *antecedente y fundamento* a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla". En esta definición concurren los dos aspectos aludidos, que a continuación pasamos a considerar con más detalle.

En primer lugar, en el expediente deben constar los *antecedentes* relativos a la decisión finalmente adoptada, es decir los documentos relativos a los datos fácticos e intereses introducidos en el procedimiento, así como los relativos a los elementos de juicio manejados para orientar la decisión discrecional<sup>1184</sup>. Por ello, el art. 164.2 del ya citado Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, señala que "los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación". En este sentido, como establece el art. 54.2 LRJPAC en relación a los actos que ponen fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, aunque tal previsión debe entenderse extensible a cualquier decisión administrativa, deberán "en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte", acreditación que, insistimos, deberá constar en el expediente<sup>1185</sup>. En el mismo sentido, el art. 13 LCAP señala que "el objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se *justificará en el expediente de contratación*".

---

<sup>1184</sup> Como señala DOMINGUEZ LUIS, J.A., "El derecho...", op.cit., pp. 537 y ss., los expedientes "proporcionan al órgano administrativo que ha de resolver los datos necesarios para fundamentar su decisión", siendo la información documentada que consta en los mismos el "presupuesto objetivo de la actuación de la Administración".

<sup>1185</sup> Vid. también el art. 6.2 del Reglamento estatal de procedimiento para la concesión de las subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre.

De igual manera, el art. 129.2 de la LPA, en referencia a la elaboración de reglamentos, señalaba una serie de reglas para la formación del expediente. En éste debían conservarse "junto con la moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa de la disposición de que se trate, los dictámenes y consultas evacuados, las observaciones y enmiendas que se formulen y cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación". Esta previsión se ha mantenido en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo art. 24, apartados b) y f), señala que "a lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto", debiendo conservarse en el expediente "todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas". Bajo la vigencia de la LPA, el Consejo de Estado ha llamado la atención sobre el elevado grado de incumplimiento de esta previsión, alertando sobre la importancia de la existencia de los antecedentes precisos sobre los que se fundamente el reglamento.

Así, en su Memoria de 1987, el Consejo de Estado subraya que "es necesario instalar en el actuar administrativo el hábito de que los referidos estudios han de constituir base inexcusable de todo proyecto normativo, realzando su específica significación como garantía primaria de que la iniciativa a adoptar es legal, acertada y oportuna. Y la satisfacción de esa garantía demanda la equilibrada ponderación de los problemas advertidos, de los objetivos pretendidos y del contenido material del proyecto, con examen analítico, si ha lugar, de las fórmulas técnicas posibles", pues "a partir de estos estudios puede prepararse con seriedad el texto normativo", dado que, en caso de inexistencia "el recurso a la intuición, necesario y arriesgado cuando se emiten los antecedentes reseñados" no es en ningún caso el mejor modo de desarrollo de "la importante labor de producción normativa"; en puridad, añadimos

nosotros, es un modo de ejercicio de la potestad reglamentaria contrario al principio de objetividad constitucional. El Consejo de Estado destaca, además, que "la sinceridad y la transparencia en el actuar de la Administración postulan, sin controversia, la incorporación al expediente de todos los antecedentes, de forma que la subsiguiente tramitación de la iniciativa permita, a quienes participan en ella, un completo conocimiento de los criterios, posibilidades analizadas y hasta vacilaciones o discrepancias reflejadas en la documentación", ya que "sólo así se cumplirán con provecho los designios legales perseguidos al disciplinar la actividad administrativa en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Las ulteriores fases de tramitación (...) pueden desplegar entonces su mayor eficacia en beneficio del ordenamiento jurídico en su conjunto".

En el mismo sentido se ha pronunciado también la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, respecto del procedimiento de elaboración de los reglamentos regulado en los arts. 63 y ss. de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Así, en su Memoria de 1994 se pone de relieve que "es detecten amb freqüència certs incompliments dels requisits de l'elaboració de les normes", encontrándose frecuentemente "mal elaborada la documentació que ha de contenir l'expedient"<sup>1186</sup>. Por ello, la Comisión Jurídica Asesora recuerda que los estudios previos a la adopción de la norma "són base inexcusable de tot projecte normatiu com a garantia que la iniciativa és legal, encertada i oportuna i per tal de facilitar un millor coneixement de les motivacions de la disposició a aquells que han

---

<sup>1186</sup> Constatación que la Comisión Jurídica Asesora repite con frecuencia en los concretos dictámenes que emite. Así, por ejemplo, se pone de relieve que "de fa temps, aquesta Comissió Jurídica Assessora ve posant de manifest les mancances que s'observen massa sovint en la tramitació dels expedients sotmesos a dictamen" (Dictamen núm. 130/1994), por lo que "aquesta Comissió Jurídica Assessora es veu en l'obligació, un cop més, d'advertir sobre la necessitat que l'Administració activa extemi la cura" en el procedimiento de elaboración de reglamentos (Dictamen núm. 158/1994).



d' examinar-la"<sup>1187</sup>.

Como pone de relieve Tomás-Ramón FERNANDEZ, la fundamentación de la decisión exige, en primer lugar, que la decisión adoptada esté debidamente fundada en el material incorporado al expediente, el cual deberá acreditar que la misma está suficientemente apoyada en una realidad fáctica que garantice su legalidad y oportunidad<sup>1188</sup>. La suficiencia de esos antecedentes no puede fijarse de antemano, dependerá en cada caso concreto de si el procedimiento está o no formalizado (en este segundo caso la normativa aplicable establecerá qué concretos actos instructorios deben realizarse como mínimo) y de la complejidad del supuesto, en función, por ejemplo, del mayor o menor volumen de intereses implicados, de la afectación de derechos constitucionales y del grado de valoración que corresponda desarrollar a la Administración, teniendo presente la escala de discrecionalidad repetidamente citada<sup>1189</sup>.

No debe olvidarse, por otro lado, que la racionalidad imperante en la toma de la decisión es limitada, como en su momento se puso de relieve. No se trata de que se manejen *todos* los datos, sino sólo aquéllos *relevantes* para la decisión. Cuáles sean éstos no puede

---

<sup>1187</sup> En idéntico sentido se pronuncian reiterados dictámenes de la Comisión. Así, por todos, Dictamen núm. 231/1995, donde se subraya que los estudios previos son garantía del acierto y oportunidad de la disposición finalmente adoptada.

<sup>1188</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrariedad...*, op.cit., pág. 110, con cita de diversa jurisprudencia en tal sentido.

<sup>1189</sup> Entre los principios de buena administración incluidos en el informe JUSTICE *Administrative under law*, publicado en 1971, se incluye con el número 3 el "duty of an authority in proceeding to a decision to take all reasonable steps to ascertain the facts which are material to the decision", entendiéndose que todos los pasos razonables significa "measures by way of inquiry, verification, deliberation or otherwise as are *in all the circumstances of the case* necessary according to good administrative practice".

En la misma línea, por ejemplo, el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, al formalizar este último procedimiento, indica en su art. 25 que la autoridad laboral "recabará informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y *cuantos otros estime necesarios para resolver fundadamente*".

ser fijado de antemano, sino que la Administración, caso a caso, deberá precisarlo, quedando en última instancia el control judicial como garante de que, efectivamente, la fundamentación de la decisión adoptada ha sido completa y suficiente<sup>1190</sup>.

En este punto debemos hacer mención de los problemas que el manejo de *criterios científicos* puede presentar en relación con este deber de fundamentación. Efectivamente, la Administración, con creciente frecuencia, se ve obligada a recurrir a la ciencia en la búsqueda de respuestas para el desarrollo de sus funciones. La dificultad aparece cuando la ciencia es incapaz de ofrecer respuestas concluyentes, puesto que la propia comunidad científica no ha podido resolver determinadas cuestiones. Pensemos, por poner un ejemplo, en las decisiones administrativas sobre prohibición o reducción de la exposición de personas a determinadas sustancias, en razón de su consideración como potenciales agentes químicos cancerígenos. ¿Produce cancer una determinada sustancia? ¿en qué dosis? ¿cuál es el umbral de riesgo?. Estas cuestiones, sobre las que debe basarse la decisión en relación con una determinada sustancia, frecuentemente carecen de respuesta científica concluyente<sup>1191</sup>.

Otro ejemplo en este sentido lo constituye la autorización administrativa de

---

<sup>1190</sup> BARONE, G., "Discrezionalità", op.cit., pág. 6, destaca el margen valorativo de que dispone el órgano administrativo para decidir cuando la instrucción está completa, si bien esa valoración deberá ser controlada por el juez contencioso a fin de comprobar que, efectivamente, ha sido suficiente para la toma de la decisión.

Esta exigencia de fundamentación sirve como soporte sobre el que realizar la valoración, sustentada ésta, como sabemos en criterios extrajurídicos. Evidentemente, el deber de fundamentación no alcanza a estos criterios, basados en componentes subjetivos, es decir en maneras de entender el mundo y los problemas sociales conforme a una escala de valores determinada. En este sentido, DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 226 a 229.

<sup>1191</sup> En relación a la regulación administrativa de sustancias cancerígenas, tema objeto de especial atención por la doctrina norteamericana, vid. por ejemplo MCGARITY, T.O., "Substantive and procedural discretion in administrative resolution of science policy questions: regulatory carcinogens in EPA and OSHA", 67 *Georgetown Law Journal*, 1979, pp. 729 y ss., ROSENTHAL, A., GRAY, G.M., y GRAHAM, J.D., "Legislating acceptable cancer risk from exposure to toxic chemicals", *Ecology Law Quarterly*, 1992, vol.19, núm.2, pp. 269 y ss., y BREYER, S., *Breaking the vicious circle*, Harvard University Press, 1993.

medicamentos. La Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, señala en su exposición de motivos que el objetivo primordial de la Ley es "contribuir a la existencia de medicamentos seguros, eficaces y de calidad, correctamente identificados y con información apropiada". A tal fin, esta norma intenta garantizar la existencia de productos seguros, eficaces, de calidad, correctamente identificados "con información apropiada y actualizado según el progreso técnico, lo cual se garantiza con estudios analíticos, farmacológicos, toxicológicos y clínicos...", integrados en un procedimiento administrativo autorizatorio que se regula de forma detallada (arts. 9 a 34). La garantía de seguridad no toxicidad o tolerancia, de eficacia, de calidad, de pureza y estabilidad, se pretende lograr mediante estudios toxicológicos, estudios farmacológicos en animales, análisis químicos, fisicoquímicos, biológicos o microbiológicos, según proceda (arts. 11 a 14). En el caso de la eficacia y seguridad o no toxicidad, estas características se apreciarán "en su relación recíproca y teniendo en cuenta el *estado de la ciencia* y el destino particular de la especialidad farmacéutica de que se trate".

En estos y otros supuestos, la ciencia, como decimos, puede no ofrecer respuestas definitivas. Las razones que explican este hecho pueden ser diversas.

En primer lugar, puede suceder que en el momento en el que la Administración debe ejercer su función, no existan todavía investigaciones científicas. Por otro lado, puede suceder que, aún contando con esas investigaciones, exista una imposibilidad de realizar experimentos absolutamente concluyentes, lo que va a conducir a la necesidad de realizar *asunciones*. También puede ocurrir que, incluso existiendo investigaciones con experimentos concluyentes, las interpretaciones científicas sobre la información disponible discrepen.

Finalmente, puede suceder que aun no existiendo esa discrepancia, haya una disparidad de opiniones sobre las consecuencias que puedan derivarse de la interpretación

aceptada<sup>1192</sup>.

Este último supuesto da entrada a los problemas derivados de las *predicciones* en el ámbito científico. Cuando no existe información adecuada o cuando existiendo no es posible saber a ciencia cierta las consecuencias que puedan derivarse, se producen situaciones de *incertidumbre y riesgo*. La Administración, entonces, se ve obligada a hacer frente a esa incertidumbre - cuando no existe modo de conocer o medir las consecuencias, lo que debe conducir a efectuar *suposiciones*<sup>1193</sup> - o de riesgo - cuando existe información sobre las consecuencias pero se pueden manejar únicamente probabilidades, lo que obliga a realizar una actividad de *prognosis*<sup>1194</sup>.

En todos estos supuestos, la Administración se ve obligada a efectuar una valoración, a dar un "salto" cualitativo, suponiendo o preveyendo lo que cree que pueda ocurrir. Evidentemente, ese salto no es un salto en el vacío. La suposición o la previsión debe venir apoyada en la precisa fundamentación, contando, a tal efecto, con los informes científicos

---

<sup>1192</sup> Al respecto, vid. DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 143 y ss., y MCGARITY, T.O., "Substantive and procedural...", op.cit., pp.729 y ss.

<sup>1193</sup> Pensemos por ejemplo en la demostración de que una sustancia tiene una baja incidencia cancerígena. Para lograr ese resultado sería necesario efectuar una comparación entre millones de ratas expuestas a dosis bajas con millones de ratas no expuestas. Ello por cuestiones prácticas es imposible. Los investigadores aplican, en cambio, dosis altas en muchos menos animales. No es posible saber si la sustancia que causa cancer a altas dosis también lo haría en menores, a las que los humanos se verán expuestos. Sin embargo, a pesar de no tener una certeza absoluta, hay que tomar una decisión. Este ejemplo, esta expuesto en MACGARITY, T.O., "Substantive and procedural...", op.cit., pp. 729 y ss.

<sup>1194</sup> Vid. al respecto las consideraciones que se efectúan sobre *risk assessments* (evaluaciones de riesgo), en relación a agentes cancerígenos, en ROSENTHAL, A., GRAY, G.M., GRAHAM, J.D., "Legislating acceptable cancer...", op.cit., pp. 276 y ss., donde se expone como la decisión final de regular una sustancia está conectada a diversas asunciones y predicciones, sobre las que debe forzosamente basarse esas evaluaciones de riesgo. Pese a su engañosa formulación en parámetros numéricos, estas evaluaciones distan mucho de ofrecer parámetros ciertos e indiscutibles, puesto que la Administración debe efectuar distintas valoraciones discrecionales para su elaboración.

pertinentes que constituyan la base racional sobre la que se efectúa la decisión<sup>1195</sup>. Pero la decisión contiene una valoración discrecional y la misma no puede ser evitada<sup>1196</sup>.

En estos casos, el deber de fundamentación, siendo como siempre necesario, tropieza con límites derivados de la imposibilidad de comprobar hipótesis científicas. Por ello, la acumulación de estudios en el expediente no sólo puede ser inútil sino incluso contraproducente, al retrasar la toma de la decisión y encarecerla sin ningún efecto positivo. La elaboración de más voluminosos expedientes cuando estamos ante supuestos de riesgo o incertidumbre científicas no va a ayudar a obtener mejores decisiones, sino que va a provocar el retraso y el aumento de costes inútilmente<sup>1197</sup>. Éste es un dato a retener, tanto por la propia Administración, en primer término, como por los tribunales luego, al revisar el procedimiento seguido. Éstos deben ser conscientes de las limitaciones vistas. La anulación y devolución del expediente a la Administración, en estos supuestos, no va a ayudar a obtener mejores decisiones, sino que va a retrasarlas y encarecerlas, sin ninguna

---

<sup>1195</sup> En tal sentido, el art. 21 de la Ley española del medicamento, tras señalar que "el Ministerio de Sanidad y Consumo podrá requerir al solicitante para que aporte documentación, estudios, datos o informaciones complementarias" y que éste podrá "requerir el asesoramiento y dictamen de expertos calificados del mundo científico y profesional", indica que se "efectuarán los análisis y comprobaciones necesarios para dictaminar si las especialidades cumplen las garantías de calidad, pureza, estabilidad y demás que procedan".

<sup>1196</sup> Vid. BREYER, S., *Breaking...*, op.cit., pp. 42 y ss., y DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pág.144, quien acertadamente destaca el componente valorativo administrativos en estos supuestos, resaltando, a la vez, la necesidad de que exista una base fáctica justificadora.

Esto explica que la Ley española del medicamento hable de "evaluación" como paso previo a la concesión o denegación de la autorización, así como la figura de las autorizaciones de especialidades farmacéuticas sometidas a reserva, contemplada en el art. 22 de esta Ley. Este precepto señala que "podrá limitarse la vigencia de la autorización a un período determinado y revisable, en función de los resultados que se obtengan con la utilización del medicamento, valorada tras los oportunos estudios", así como que "también podrá consistir la limitación en la restricción al uso hospitalario de la especialidad farmacéutica, en exigir un diagnóstico hospitalario o requerir la prescripción por médicos especialistas".

<sup>1197</sup> MACGARITY, T.O., "Substantive and procedural...", op.cit., pp. 729 y ss., y BREYER, S., *Breaking...*, op.cit., pág. 58: "sometimes it is obvious that lengthy investigation of an alternative will not yield significant additional relevant knowledge".

contrapartida a cambio<sup>1198</sup>.

En cualquier caso, teniendo en cuenta las precisiones efectuadas, como el TC ha puesto de relieve, quien adopta la decisión deberá "poseer *datos objetivos suficientes* derivados de las circunstancias de hecho *concurrentes en cada caso*"<sup>1199</sup>. Por tanto, si bien no es posible, ni adecuado, establecer de forma previa y homogénea cuantos antecedentes deberá manejar la Administración al tomar sus decisiones, el principio de objetividad exige que, ante cada situación específica, dependiendo del tipo de discrecionalidad que se ejerza, el órgano resolutorio cuente con elementos suficientes, los cuales habrán de ser introducidos, como se dijo, en la fase de instrucción<sup>1200</sup>.

En esta línea, el TS ha tenido ocasión de poner de relieve este deber administrativo de actuación. Así, ha recordado que debe otorgarse "al conjunto de actuaciones que integran el expediente" el "valor de antecedente y fundamento de la resolución administrativa" (STS de 3 de junio de 1981 (Ar. 2506)), por lo que la desaparición de un entero expediente administrativo impide que la decisión adoptada pueda ser acertada, al carecerse por la Administración de los datos y elementos de juicio imprescindibles, lo que conduce a la invalidez de la resolución (STS de 2 de marzo de 1973 (Ar. 919)). El TS ha recordado también que los requisitos exigidos por el ordenamiento para la adopción de una resolución deben de quedar acreditados en el expediente (STS de 1 de junio de 1988 (Ar. 4520)), el cual, en definitiva, constituye "la serie de actuaciones administrativas debidamente

---

<sup>1198</sup> BREYER, S., *ibid.*

<sup>1199</sup> STC 66/1985, de 8 de mayo, FJ 3. Se trataba del análisis por el TC de la decisión de una Delegación del Gobierno prohibiendo una manifestación, a la luz del art. 21 CE.

<sup>1200</sup> DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pág. 228, destaca acertadamente la necesidad de ajustar la fundamentación de cada decisión discrecional al tipo de potestad de que se trate, teniendo presente en cada supuesto la naturaleza predominantemente técnica, jurídica o política de la discrecionalidad ejercida.

documentadas que reflejan el procedimiento del que el acto o disposición trae causa" (STS de 28 de octubre de 1988 (Ar. 6635)).

Este deber ha de ser cumplido por la Administración, con mayor razón si cabe, cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales, como por ejemplo la modificación de un plan urbanístico, supuesto ante el que el TS ha señalado la necesidad de "la aportación de la documentación precisa con el fin de acreditar las necesidades concretas que ha de satisfacerse y el lugar más adecuado para ello" no siendo posible sin tales datos ejercer la discrecionalidad y cambiar el uso de un terreno (STS de 5 de julio de 1986 (Ar. 6857)). Como acertadamente ha destacado la STS de 6 de mayo de 1992 (Ar. 3486), las potestades discrecionales han de "fundarse en una situación fáctica probada", sin que pueda ejercerse sobre la base del puro capricho carente de apoyo en la realidad. De igual modo, cuando la Administración debe precisar conceptos jurídicos indeterminados valorativos de gran indeterminación, tal valoración debe efectuarse sobre la base de los actos instructorios precisos que garanticen que la decisión será objetiva y adecuada en su servicio a los intereses generales. En este sentido, es de gran interés la STS de 31 de diciembre de 1988 (Ar. 10.293).

El recurrente había solicitado una licencia de obras, la cual había sido denegada por un Ayuntamiento, sobre la base, entre otras razones, de que las edificaciones que se pretendían construir en un monte suponían una ruptura de la armonía del paisaje, de conformidad con la entonces vigente Ley del Suelo de 1976, cuyo art. 73 b) señalaba que "en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, (...), no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios (...), limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva del mismo". El TS advierte que su control requiere "verificar si se cuenta o no con los datos necesarios para

llegar a la conclusión indicada", pues para determinar si se rompe o no la armonía del paisaje, la Administración debería haber efectuado, en el procedimiento de adopción de la decisión, "un estudio completo de las características del monte, su belleza y su perspectiva en relación con el aspecto, altura y configuración de la edificación pretendida". Al constatar el TS que "en el expediente no existen datos al respecto que hubieran podido determinar la recta formación de la voluntad administrativa", el tribunal duda entre anular las actuaciones administrativas o resolver directamente el recurso, mediante pruebas acordadas para mejor proveer. Ante la disyuntiva, el TS, acertadamente, se decanta por la anulación, pues la ausencia de antecedentes en el expediente no es un problema puramente formal sino "que entra en el terreno material de la voluntad de la Administración", por lo que, teniendo en cuenta el ámbito valorativo existente, descarta la práctica de pruebas para mejor proveer en el proceso, anulando las actuaciones administrativas "a fin de que con un estudio completo de las características del monte litigioso, su belleza y su perspectiva en relación con el aspecto, altura y configuración de la edificación para la que instó licencia y con audiencia del solicitante de ésta se dicte la resolución procedente en Derecho".

La sentencia descrita muestra un magnífico ejemplo de como debe ser ejercido el control judicial sobre el desarrollo de la función administrativa cuando se trata del ejercicio de discrecionalidad. Efectivamente, el TS se percata de que la ausencia de suficiente actividad instructora en el procedimiento administrativo ha impedido a la Administración colocarse en la mejor situación posible para adoptar la solución adecuada. Quizás sea acertada la denegación o quizás no, pero lo que ocurre es que el defectuoso procedimiento seguido vulnera el principio de objetividad constitucional y, en consecuencia, el deber de buena administración, al no garantizarse que esa sea la decisión más acertada. Como el tribunal no puede determinar por sí mismo cuál sea la solución acertada, puesto que al existir



un ámbito valorativo ello excede de su función constitucional, correctamente anula la decisión para que vuelva a ser adoptada, siguiendo ahora los deberes procedimentales que antes se omitieron. Especial mención merece la negativa del tribunal a practicar pruebas para mejor proveer: éstas no tenían sentido, *pues no se trataba de probar un hecho, sino de valorarlo, con el acopio previo de los elementos de juicio pertinentes para ello, y tal valoración sólo correspondía a la Administración, mediante la introducción en el procedimiento administrativo de los elementos precisos para ilustrar su decisión.* Nos encontramos, pues, ante una ejemplar sentencia, que controla el correcto desarrollo de la función administrativa de forma incisiva, pero sin invadir en ningún momento ámbitos funcionales que son ajenos al poder judicial.

Por el contrario, las SSTs de 12 de mayo de 1987 (Ar. 5258) y de 11 de enero de 1995 (Ar. 462) nos ofrecen claros ejemplos de deficiente control judicial del cumplimiento del deber derivado del principio constitucional de objetividad.

En cuanto a la primera decisión, el TS, enfrentado a la impugnación de un reglamento por defectos en el desarrollo del procedimiento, afirma que la alegación de la insuficiencia de estudios e informes "no puede originar nunca la infracción formal del precepto citado de la Ley de Procedimiento Administrativo que sólo exige la existencia de los estudios e informes y no su suficiencia, pese a la exigencia de garantía sobre la legalidad, acierto y oportunidad que establece el mismo precepto, pues ello es materia de fondo y no puramente formal". Nos parece errónea esta sentencia del TS. La LPA no necesitaba decir que los informes y estudios debían ser suficientes. Es algo que parece de sentido común y que además viene impuesto por el art. 103.1 CE. Y por supuesto que es una cuestión que atañe al fondo del asunto. El procedimiento está ligado al fondo del asunto, al influir sobre la causa de las decisiones administrativas y el desarrollo de la discrecionalidad. Precisamente por eso

una insuficiente instrucción debe conducir a la invalidez de la decisión. Vuelve a ponerse de relieve aquí la visión tradicional de la jurisprudencia española con su menosprecio por los vicios "formales" y la confusión entre formalismo y procedimiento<sup>1201</sup>.

En el caso de la segunda sentencia citada se trataba de un recurso formulado contra un acto administrativo de adjudicación de una Administración de Lotería. El recurrente alegaba que la Administración había ejercido su discrecionalidad sin que en el expediente constaran los méritos o circunstancias determinantes del criterio de la Administración para resolver el concurso celebrado a tal efecto. El TS acepta la existencia de "defectos formales del expediente administrativo" (*sic*) relativos a la ausencia de elementos preceptivos, si bien desestima las alegaciones del demandante, pues "la ausencia de los datos que debían estar documentados relativos a la motivación del acto discrecional *sólo perjudica a la Administración al privar a su decisión de la correspondiente justificación*" (*sic*).

Es preciso señalar el erróneo razonamiento del tribunal, que le conduce a rechazar equivocadamente las alegaciones del recurrente. La ausencia de los antecedentes precisos para resolver perjudica, naturalmente, al recurrente, que se vió privado así, quizás, de su mejor derecho, pero además es dañina para los intereses generales (¿qué debe entenderse por "sólo perjudica a la Administración"? ¿qué intereses sirve ésta que no sean los generales?), puesto que esa ausencia de datos impide que los intereses generales sean servidos de forma objetiva y acertada, tal y como sabemos demanda el art. 103.1 CE. Esta desafortunada resolución judicial nos ilustra sobre como un menosprecio de la manera en que la Administración desarrolla su función de servicio a los intereses generales puede perjudicar no sólo a éstos, sino también lícitos intereses privados, que pueden ser dañados por el defectuoso ejercicio

---

<sup>1201</sup> Vid. con más detalle lo que se expone en el último Capítulo de este trabajo, en el epígrafe dedicado al control judicial del desarrollo de la función administrativa.

de la potestad discrecional, carente de la apoyatura precisa en el expediente, lo que, en modo alguno, puede ser entendido como un simple defecto "formal", sino que, bien al contrario, afecta directamente al fondo de la decisión administrativa, privándola de los requisitos precisos para su acierto.

---

Ahora bien, el principio de objetividad no sólo impone el deber de desarrollar una suficiente actividad instructora que quede plasmada en el expediente. Es preciso, en segundo lugar que, además, *ese expediente demuestre que el órgano resolutorio ha tomado en consideración, ha ponderado realmente todos los datos y elementos de juicio allí reunidos.*

SAINZ MORENO puso de relieve hace ya bastantes años, con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que el ejercicio de la discrecionalidad demanda siempre "una clara y suficiente fundamentación de la decisión", dirigida a que la decisión se adoptara mediante "razones y no intuiciones personales", lo que exigía una "razonable y objetiva ponderación". En definitiva, según este autor, la discrecionalidad requiere es un "previo examen "según las reglas de la sana crítica", de los datos, informes y demás elementos que preceden a la decisión", pues ésta "no es producto de la intuición personal de quien decide, sino resultado de un "juicio lógico de estimación"<sup>1202</sup>.

Tras la Constitución, este deber de efectiva ponderación de los hechos e intereses envueltos en la toma de decisiones deriva, directamente, del deber de buena administración y, en concreto, del deber de comportamiento objetivo consagrado en el art. 103.1 CE. Como ya vimos, el principio de objetividad demanda una autentica ponderación de las circunstancias

---

<sup>1202</sup> Vid. SAINZ MORENO, "Reducción...", op.cit., pp. 75 y ss., y *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pp. 326 y ss.

del caso concreto antes de decidir. En el procedimiento administrativo, tal deber exige que los antecedentes contenidos en el expediente, reunidos en la fase instructoria, sean realmente ponderados, efectivamente tomados en consideración por el órgano resolutorio antes de decidir. El procedimiento, y el material reunido mediante su seguimiento, tiene un sentido: coadyuvar al cumplimiento del deber de buena administración, contribuyendo así a que las decisiones sean ajustadas al ordenamiento, es decir, respetuosas con los intereses de los ciudadanos y acertadas en su servicio al interés general. Para ello, los datos y los elementos de juicio reunidos - las alegaciones, los dictámenes - deben ser estudiados; los intereses envueltos sopesados antes de la toma de la decisión; y toda esta ponderación debe quedar reflejada en el expediente. GIANNINI pone de relieve que la objetividad va referida "all'obbligo della autorità decidente di valutare tutti gli interessi rappresentati nella decisione ed esclusivamente quelli".

Como acertadamente destaca Tomás-Ramón FERNANDEZ, "la norma habilitante del poder discrecional incluye y no puede dejar de incluir esta exigencia de justificación, siquiera sea implícitamente, y ello tanto cuando utiliza lo que se llama un concepto jurídico indeterminado como parámetro de decisión, cuando francamente reconoce a la Administración libertad para decidir sin necesidad de atenerse a tales referencias", pues, como ya nos consta de conformidad con el deber constitucional de buena administración, "elegir la mejor solución es siempre obligado para todo aquel que ejercita una función, esto es, un poder otorgado en consideración al interés de otro, como lo es también en tales casos dar cuenta *a posteriori* del concreto modo en que ese poder ha sido ejercido. La Administración no puede ser en esto una excepción, como es evidente"<sup>1203</sup>.

Como decimos, es directamente la Constitución quien impone este mandato, al exigir

---

<sup>1203</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrariedad...*, op.cit., pp. 111 y 112.

un servicio *objetivo* del interés general. Ello no es óbice para que en determinadas normas podamos encontrar reflejado explícitamente este deber constitucional. Es el caso, por ejemplo, del art. 38 del Reglamento de Planeamiento, el cual se refiere a la Memoria como uno de los documentos que necesariamente deben integrar el Plan General<sup>1204</sup>. Este extenso precepto señala que la Memoria "establecerá las conclusiones de la información urbanística que condicionen la ordenación del territorio, analizará las distintas alternativas posibles y justificará el modelo elegido las determinaciones de carácter general y las correspondientes a los distintos tipos y categorías de suelo". En consecuencia, la Memoria se revela como el *fundamento* de las decisiones discrecionales urbanísticas, garantía de que, efectivamente, se ha tomado en consideración la información urbanística recopilada, relativa a los *elementos fácticos y datos referidos al terreno sobre el que se quiere actuar*, así como a los *intereses implicados en la ordenación*, pues no en vano el apartado 2<sup>a</sup> b) de este art. 38 señala que la Memoria deberá contener "el resultado del trámite de participación pública en el proceso de elaboración del plan", donde deberá constatarse que las alegaciones presentadas han sido realmente tomadas en consideración, para su aceptación o rechazo, pero en cualquier caso para su ponderación<sup>1205</sup>. Todo ese material deberá ser objeto de "examen y análisis ponderado", con consideración de "las diferentes alternativas contempladas", como insiste en señalar el apartado 4<sup>o</sup> de este precepto<sup>1206</sup>.

---

<sup>1204</sup> Para otros tipos de planes, vid. los arts. 12.1 c) y d), 58, 74.1 a), 75, 77, 95.1, 96.1 y 97.1.

<sup>1205</sup> Sobre la necesaria ponderación de los intereses de los ciudadanos afectados por la ordenación urbanística, vid. también el art. 83 del Reglamento de Planeamiento, el cual, en referencia específica a los Planes Especiales de Reforma Interior, establece que "deberán contener *un estudio completo de las consecuencias sociales y económicas de su ejecución*, justificando la existencia de medios necesarios para llevarla a efecto y la adopción de las medidas precisas que garanticen *la defensa de los intereses de la población afectada*".

<sup>1206</sup> SANCHEZ BLANCO, A., "La memoria en el planeamiento urbano", *RAP*, núm. 86, 1978, pp. 469 y ss., destaca como la ponderación exigida por la Memoria introduce un elemento racionalizador del proceso de planeamiento, ya que esta exigencia "contribuye a aportar al

Otro ejemplo de explicitación a nivel normativo de la exigencia constitucional de ponderación objetiva de las circunstancias del caso lo hallamos en la regulación de la técnica de la *evaluación de impacto ambiental*<sup>1207</sup>. Como es conocido, en aplicación de la Directiva 85/377/CEE de 27 de junio de 1985 y en desarrollo de sus competencias sobre la materia, el Estado dictó el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, que fue objeto de ejecución con posterioridad por el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre<sup>1208</sup>. Pues bien, la discrecionalidad técnica que caracteriza a la declaración de impacto ambiental - en la que se determinará por el órgano administrativo competente si es conveniente o no la realización del proyecto, y en caso afirmativo "las condiciones que deban establecerse en orden a la *adecuada* protección del medio ambiente y los recursos naturales" (art. 4.1 Real Decreto Legislativo 1302/1986, art. 18 Reglamento) - se ve orientada y encauzada por la realización de un *estudio de impacto ambiental*, con el que, mediante el análisis de la información precisa, deberá realizarse una "*evaluación* de los efectos previsibles directos e indirectos del proyecto sobre la población, la fauna, la flora, el suelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el paisaje y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico-artístico y el arqueológico" (art. 2.1 a) Real Decreto Legislativo 1302/1986), así como un *estudio* de "posibles alternativas", es decir, un "*examen* de las distintas alternativas técnicamente viables y una *justificación* de la solución propuesta" (art. 2.c) Real Decreto Legislativo 1302/1986 y art. 8 Reglamento).

---

planeamiento urbano una reflexiva racionalidad" (nota 13, pág. 474).

<sup>1207</sup> Un estudio de esta técnica puede consultarse, entre otros, en ROSA MORENO, J., *Régimen Jurídico de la evaluación de Impacto Ambiental*, Trivium, Madrid, 1993, así como en JORDANO FRAGA, J., "La evaluación de impacto ambiental: naturaleza, impugnabilidad y perspectivas", *RDU*, núm. 143, pp. 129 y ss.

<sup>1208</sup> Las Comunidades Autónomas, por su parte, en el ámbito de sus competencias sobre medio ambiente también han dictado normativa referida a la evaluación de impacto ambiental. Es el caso, por ejemplo, de Catalunya, mediante el Decreto 114/1988, de 7 de abril.

En definitiva, la fundamentación de la declaración de impacto ambiental debe hallarse en el expediente, en el cual constarán al menos, junto al estudio de impacto ambiental citado, el documento técnico del proyecto y el resultado de la información pública (art. 16.2 Reglamento). La discrecionalidad existente exige una efectiva ponderación de los datos e intereses implicados, la cual deberá constar en el expediente administrativo. Como destaca FONT LLOVET, "es enteramente razonable que en la medida que se reconoce un mayor margen de opción a la Administración, se admita correlativamente una mayor exigencia de que la fundamentación de la decisión quede explícita en el expediente"<sup>1209</sup>.

La regulación normativa de la construcción de carreteras también muestra la existencia de un deber de estudio y valoración de las alternativas posibles antes de tomar una decisión. La Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, contempla en su art. 7 una serie de estudios requeridos para la ejecución de la obra, regulación que ha sido completada por los arts. 22 y ss. del Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se ha aprobado el Reglamento General de Carreteras. Así, el *estudio de planeamiento* (art. 7.1 a de la Ley y art. 23 del Reglamento) consiste en "la definición de un esquema vial en un determinado año horizonte, así como sus características y dimensiones recomendables, necesidades de suelo y otras limitaciones, a la vista del planeamiento territorial y del transporte", para lo que contendrá una "recopilación de datos referentes a la estructura socioeconómica, ordenación territorial, medio ambiente, seguridad vial y demanda del transporte y su evolución", datos que deberán ser objeto de un "*análisis* de la situación actual", de la realización de "previsiones y repercusiones socioeconómicas y de demanda de transporte en un determinado año horizonte", así como de una ponderación de "los esquemas viales posibles, su

---

<sup>1209</sup> FONT LLOVET, T., "Instrumentos Jurídicos en la protección del medio ambiente", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5, 1994, pp. 49 y 50.

comparación y selección de los más recomendables". El *estudio previo* (art. 7.1 b de la Ley, art. 24 del Reglamento) deberá efectuar una "recopilación y *análisis* de los datos necesarios para definir en líneas generales las diferentes soluciones de un determinado problema, *valorando* todos sus efectos". Por su parte, el *anteproyecto* (art. 7.1 d de la Ley, art. 26 del Reglamento) deberá efectuar "el *estudio* a escala adecuada y consiguiente *evaluación* de las mejores soluciones al problema planteado, de forma que pueda concretarse la solución óptima". Para ello, en el expediente de construcción de una carretera deberá constar la documentación precisa para acreditar que tal ponderación se ha efectuado, como una Memoria en la "que se expondrán las necesidades a satisfacer", así como los "factores sociales, técnicos, medioambientales, territoriales, económicos y administrativos que se tienen en cuenta para plantear el problema a resolver", o una serie de Anexos, en los que constarán todos los datos y criterios en que se ha basado la elección<sup>1210</sup>.

Finalmente, el Reglamento estatal de procedimiento para la concesión de subvenciones

---

<sup>1210</sup> Con un esquema parecido a la regulación estatal, la Ley catalana 7/1993, de 30 de septiembre, contiene en su art. 13 los tipos de estudios necesarios para construir nuevas carreteras o modificar las existentes. Entre los mismos se halla el *estudio informativo previo*, que "consiste en el análisis de los datos necesarios para definir y valorar, en líneas generales, las distintas alternativas a un determinado problema viario, así como proponer soluciones a éste", soluciones que se concretarán en el *proyecto de construcción*, que "consiste en el desarrollo completo de la solución óptima, con el suficiente detalle para hacer factible su construcción y posterior explotación".

La Ley catalana establece que el proyecto de construcción es preceptivo (salvo cuando las obras tienen por objeto la mejora y conservación del firme, la señalización de la vía o la ejecución de elementos técnicos complementarios), mientras que, en cambio, el estudio informativo "se redactará siempre que lo aconsejen la naturaleza o las circunstancias de la actuación, para encontrar la solución óptima al problema planteado" (art. 13.2). En realidad, entendemos que tal estudio informativo - en definitiva, la ponderación y estudio de las alternativas posibles, a fin de elegir la más adecuada - debe ser siempre preceptivo, puesto que en todo caso es necesario hallar la solución óptima al problema, de conformidad con el deber de buena administración. Incluso cuando, caso infrecuente, sólo exista una solución posible, creemos que el estudio debe existir, al menos para acreditar que, efectivamente, la ponderación ha existido y que de la misma se ha desprendido esa ausencia de alternativas.



públicas, Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre<sup>1211</sup>, establece en su art. 5.2.b) que las actividades de instrucción comprenden la "evaluación de las solicitudes o peticiones, efectuada conforme con los criterios de valoración establecidos en la norma reguladora de la subvención o, en su caso, en la convocatoria". El apartado 4 de este mismo artículo detalla que "la propuesta de resolución deberá expresar el solicitante o la relación de solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención, y su cuantía, *especificando su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla*"<sup>1212</sup>.

En cualquier caso, se explicita o no en la norma concreta, como ha acertado a destacar MALARET<sup>1213</sup>, "a través del procedimiento de toda la documentación incorporada al expediente deberán reflejarse las alternativas posibles, el análisis de las mismas lo que implica la toma en consideración de sus ventajas e inconvenientes y finalmente la exposición de las razones en virtud de las cuales se ha adoptado una determinada decisión".

Evidentemente "el alcance del deber de razonar y justificar la elección a través de los distintos actos que conforman el procedimiento dependerá del contenido concreto de la decisión contemplada", aunque parece lógico que "cuanto más indeterminada aparezca la idea de interés público mayor es la responsabilidad técnico-política de la Administración y más completo y razonado debe ser el fundamento de su decisión", ya que la flexibilidad normativa queda compensada, así, mediante la efectiva ponderación de los hechos e intereses envueltos

---

<sup>1211</sup> Cuyo art. 1 señala que "la concesión de ayudas y subvenciones públicas a que se refiere el artículo 2 de este Reglamento se efectuará mediante el procedimiento establecido en el mismo de acuerdo con los principios de *objetividad*..."

<sup>1212</sup> Vid. sobre este Reglamento ERICE ECHEGARAY, M.A., "Reflexiones acerca del carácter discrecional de las subvenciones públicas: la importancia del reglamento del procedimiento para su concesión", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 18, 1994, pp. 181 y ss.

<sup>1213</sup> MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pp. 306 y ss.

en la decisión<sup>1214</sup>. Por ello, "cuando la competencia es discrecional la ausencia de análisis de las opiniones, sugerencias, alternativas, documentos y valoraciones aportados por los interesados constituye una infracción de orden público que implica que la Administración incumple su función constitucional de "servir con objetividad los intereses generales", violando, añadimos nosotros, el deber constitucional de buena administración. La ponderación de los datos introducidos por la propia Administración o por los particulares en el procedimiento debe poderse constatar con "la consulta del expediente en el que estén acreditados, documentados los criterios, los motivos de la opción seguida", lo que significa que los trámites procedimentales "se convierten en trámites sustantivos, no tienen el carácter de mera formalidad", ya que, realmente informan y orientan a la Administración en el ejercicio de la discrecionalidad. Por todo ello, el procedimiento constituye, como destaca la autora citada, "'el contexto de justificación" de la decisión adoptada como resultado del mismo"<sup>1215</sup>.

Este último aspecto nos parece de singular importancia. El entero procedimiento actúa, sí, como "contexto de descubrimiento" de la solución finalmente adoptada, pero también como "contexto de justificación", como fundamento dinámico de la decisión administrativa. Desde una perspectiva general, en referencia a las situaciones en que no existe una respuesta correcta única, como es el caso del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, BARRAGAN ha señalado como la justificación de las decisiones jurídicas está

---

<sup>1214</sup> En el mismo sentido, FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrariedad...*, op.cit., pág. 111: "Hasta donde deba llegar ese esfuerzo de fundamentación de la decisión es algo que no puede afirmarse sin más *a priori*. Depende, como es lógico, de la naturaleza del asunto, de las concretas circunstancias que rodeen al mismo, y, por supuesto, de la concreta estructura de la norma que habilita o crea el poder de actuar. Lo que sí puede decirse en términos generales es que a mayor libertad, más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión".

<sup>1215</sup> MALARET, E., "Los principios...", op.cit. pág. 326.

"internamente ligada con el proceso de construcción de la decisión; esto equivale a decir que no es posible producir una justificación aceptable de una decisión que ya ha sido construida con anterioridad, si en ella no se han respetado los procedimientos que la legitiman. De manera que el análisis del proceso de construcción de la decisión es imprescindible si se desea determinar si la misma está justificada o no"<sup>1216</sup>. La justificación entonces se convierte en un proceso interactivo en el que se vierte información y se intercambian de forma activa opiniones, creándose así un diálogo entre el decisor y el destinatario la decisión. La información aportada al proceso interactivo sobre "circunstancias empíricas, acerca de los valores, creencias e intereses implicados en la decisión" debe ser "apropiadamente corregida y objetivada" a fin de que la creencia inicial pueda ser modificada en sucesivos momentos.

Como sostiene esta autora, "la vitalidad del intercambio interactivo es lo único que puede ayudar a la buena elaboración y justificación de la decisión jurídica", lo que se logra aumentando la transparencia del proceso, mediante la argumentación pública y amplia de la decisión. Por ello, la participación deviene imprescindible, por cuanto, como ha sido notado por ALEXY al referirse a la argumentación racional, el correcto-justo equilibrio de intereses se logra sopesando y modificando las interpretaciones de intereses por parte del decisor, sobre la base de argumentos. Estos argumentos aportados durante la fase de elaboración de la decisión deben ser tomados en serio, para lograr el acierto y el respeto de la autonomía de los afectados por la decisión<sup>1217</sup>.

El decisor de buena fe debe estar dispuesto a corregir la probabilidad manejada *a priori*, lo que debe llevarle a corregir esa presunción inicial, que no certeza, "a la vista de

---

<sup>1216</sup> BARRAGAN, J., "La respuesta correcta única...", op.cit., pág. 67.

<sup>1217</sup> ALEXY, R., *Teoría...*, op.cit., pág. 299.

cada nueva información relevante "<sup>1218</sup>.

En consecuencia, "el momento de construcción y de justificación son inseparables", puesto que, al carecerse de una única respuesta correcta, "la instancia de validación se encuentra ubicada en el propio momento de elaboración de la decisión, no existe ningún razonamiento posterior a la decisión misma que pueda justificarla". Por ello es de gran importancia, para fundamentar y justificar, que la información y el diálogo interactivo necesario para decidir adecuadamente sean aportados antes de la resolución, pues se trata de "información *para* la construcción de la decisión y no información *acerca* de una decisión ya concluida "<sup>1219</sup>.

Creemos que todas estas reflexiones son perfectamente trasladables a la esfera específica de la adopción de decisiones administrativas. El entero *iter* procedimental, lejos de ser puro formalismo, deviene la auténtica justificación, el *fundamento dinámico* de la resolución finalmente adoptada. La decisión estará fundamentada, y será objetiva, en la medida en que existan razones que se hayan ido construyendo y aportando durante la elaboración de la misma, en un proceso reflexivo y continuado, que deberá quedar acreditado en el expediente administrativo, al ser éste el "procedimiento hecho papel". Y ese "papel" deberá acreditar que, realmente, se han ponderado los hechos y los intereses, que se han tomado en consideración las alegaciones y los informes, en definitiva, que se ha valorado las circunstancias del caso concreto, de conformidad con el mandato constitucional de objetividad. Que se ha desarrollado correctamente la función administrativa, *que se ha administrado bien*, conforme a las exigencias constitucionales. Cosa distinta - aunque no distante, como veremos, dada la conexión entre fundamento y motivación - será la

---

<sup>1218</sup> BARRAGAN, J., "La respuesta correcta única...", op.cit., pp. 67 y ss.

<sup>1219</sup> BARRAGAN, J., "La respuesta correcta única...", op.cit., pág.74.

exteriorización de esas razones, la motivación. Pero para que ésta pueda existir, previamente deben existir *razones* que sustenten el acto, el reglamento o el plan administrativo. Por ello, cuando se trata de adoptar una decisión, especialmente cuando ésta es discrecional, debe existir un "expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida", exigencia que se recoge en el art. 86.1 LBRL en referencia a la decisión de ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas<sup>1220</sup>, pero que es trasladable a toda decisión administrativa, como imperativo constitucional derivado del principio de objetividad.

En este sentido, como ha indicado la STC 66/1985, de 8 de mayo, FJ 3, la Administración, antes de adoptar una decisión "debe (...) *fundarla*, esto es, aportar las *razones* que le han llevado a la conclusión". Y este deber, insistimos, deriva, con independencia de que la específica normativa lo explicita, directamente del art. 103.1 CE, al imponer el mandato de servicio *objetivo* al interés general. Como ha sido subrayado por la STS de 26 de enero de 1987 (Ar.1991), todos los actos administrativos, incluidos los discrecionales, deben estar investidos de una "razón justificante, (...), en concordancia con el principio de objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 de la Constitución)", no bastando que el ejercicio de la función administrativa se fundamente en "abstractas acepciones de "discrecionalidad"". En definitiva, el principio de objetividad exige que la discrecionalidad deba ser desarrollada "ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes"<sup>1221</sup>.

En esta línea de conexión entre principio de objetividad y deber de efectiva

---

<sup>1220</sup> En idéntico sentido, en Cataluña, vid. art. 227.1 LMRLC y art. 142.1 ROAS, el cual establece que "s'ha de formar un expedient previ en el qual s'han d'acreditar segons es regula en aquest capítol, els aspectes següents:

- a) La conveniència i oportunitat de la iniciativa
- b) La concurrència de l'interès públic".

<sup>1221</sup> STS de 5 de mayo de 1993 (Ar. 3707).

ponderación de los elementos incluidos en el expediente, es destacable la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de octubre de 1995. En la misma se conocía de la impugnación de un informe vinculante emitido por la Comisión Territorial de Equipamientos Comerciales, contrario a la instalación de un recinto comercial en un municipio catalán<sup>1222</sup>. La motivación de la decisión se amparaba en la no disponibilidad de "un estudio integral de evaluación del impacto que una implantación como la que se propone tendría sobre la estructura comercial de la zona", así como en que, en segundo lugar, "la zona donde se localiza el proyecto tiene la concentración de grandes superficies comerciales más elevadas de Catalunya".

Respecto al primer motivo alegado por la Administración, el Tribunal señala que, por un lado, si era preciso algún estudio facultativo para ilustrar la decisión, éste debió ser solicitado por la propia Administración. Razonamiento impecable, sostenido además, según se vió por el principio procedimental de oficialidad, íntimamente emparentado con el de objetividad. Pero es que, por otro lado, el tribunal advierte que ese estudio no preceptivo era además totalmente innecesario en el presente supuesto, dado que los datos con los que se contaba eran suficientes, por lo que "tenía la Comisión Territorial de Equipamientos Comerciales de Barcelona suficientes elementos de juicio para resolver sobre la petición planteada, sin necesidad de invocar la falta de "estudio integral" no exigible y superfluo". Puede apreciarse como el control judicial se centra en la existencia de los *antecedentes*

---

<sup>1222</sup> La normativa aplicable al caso era la Ley catalana 3/1987, de 9 de marzo, entonces en vigor. Esta ley creó las Comisiones Territoriales de Equipamientos comerciales, de composición mixta, formadas por representantes de la Comunidad Autónoma, de los Ayuntamientos de la demarcación, del sector comercial y de los consumidores. Su misión era emitir un informe preceptivo y vinculante sobre la concesión de la licencia de apertura de equipamientos comerciales, en base a los criterios recogidos en el art. 11 de la Ley, todos de gran indeterminación como veremos enseguida.

Sobre esta normativa catalana, puede consultarse el trabajo de TORNOS MAS, J., "Comercio interior y exterior", en *Derecho Administrativo Económico*, vol.II, La Ley, Madrid, 1991, pp. 651 y ss.

necesarios para fundar la decisión, llegando a la conclusión de que, en el caso concreto que es como debe apreciarse, éstos eran completos y suficientes.

Por lo que se refiere a la concentración de grandes superficies en la zona, el Tribunal considera que podría tener encaje en algunos de los conceptos que la legislación aplicable señala deberán tenerse en cuenta para emitir el informe. En concreto, entiende el tribunal que ese motivo podría tener acomodo en los apartados a) y f) del art. 11 de la Ley 3/1987, de 9 de marzo, de equipamientos comerciales, que supeditaban la emisión del informe a la apreciación de "la localización del establecimiento proyectado, en relación con las características del equipamiento comercial" y a "la aportación a la mejora de las estructuras comerciales de la zona", que en este caso se entiende, obviamente, nula.

El tribunal reconoce que en tales conceptos existe un ámbito de apreciación, pero procede acertadamente a comprobar que tal apreciación esté efectivamente fundada en el procedimiento previamente seguido para elaborar el informe. Y es aquí donde el Tribunal verifica la ausencia de fundamentación de las afirmaciones efectuadas. En primer lugar, la aseveración referida a una concentración de grandes superficies comerciales en la zona carece de algún "dato o estudio que lo respalde", sin que "ello se deduzca tampoco de ningún estudio o informe del voluminoso expediente". He aquí un magnífico ejemplo de control mediante la verificación del expediente, en el cual no se encuentra justificación alguna que sostenga objetivamente la evaluación hecha. Pero, en segundo lugar, el tribunal llega a la conclusión de que no se "ha procedido con rigor delimitando el concepto en cuestión y valorando las comprobaciones técnicas y los elementos probatorios y de juicio necesarios para justificar el acierto y la legalidad de la decisión, para motivarla fundadamente, antes al contrario, no se justifica la invocada concentración, ni se determina la zona a que se refiere, ni se explican fundadamente las desventajas de una tal concentración". Es decir, no se ha

realizado la imprescindible *ponderación* de los datos contenidos en el expediente.

A la vista de todo ello, el tribunal - sin negar que "la Administración tenga en ocasiones un inevitable margen de apreciación, que no propiamente de discrecionalidad, en la integración del concepto jurídico indeterminado" - decide la nulidad de la resolución impugnada, porque "en el caso de autos ha procedido arbitrariamente al no seguir rigurosamente los pasos de ese proceso de integración" del concepto, "con infracción por tanto de los arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución.

Tenemos ante nosotros un modélico ejemplo de control del modo de desarrollo de la función administrativa, mediante la verificación del respeto de los deberes de racionalidad y objetividad administrativa a través del procedimiento seguido para la adopción de la resolución<sup>1223</sup>.

Por consiguiente, de acuerdo con el deber constitucional de objetividad, la decisión discrecional debe ser "resultado de una libertad decisora que se produce en el ánimo del órgano resolutorio como resultado de un *proceso razonado e intelectual* en el que sin duda *habrán de ser valoradas* las circunstancias que puedan dar lugar y contribuir a que esa decisión sea adoptada con la mejor voluntad y buen criterio" (STS de 10 de febrero de 1984

---

<sup>1223</sup> Discrepamos, no obstante, de la segunda parte del fallo de la sentencia, el cual contiene una orden a la Administración demandada para que emita informe favorable a la solicitud planteada por el demandante. Aparte de los problemas específicos que tal condena puede presentar en el presente caso - puesto que como dijimos la Comisión Territorial encargada de emitir el informe es un órgano colegiado mixto, con representantes ajenos a la Administración -, creemos que no existía aquí un derecho subjetivo típico o activo del demandante que el tribunal pudiera reconocer (art. 42 LJCA, en conexión con el art. 24.1 CE), al tratarse de una decisión para la que era necesario un margen valorativo, y no el ejercicio automático de una potestad reglada. Por ello, sin extendernos ahora sobre el particular, pensamos que en esta segunda parte del fallo el tribunal excedió su función constitucional (art. 106 y 117 CE) e invadió el ámbito propio administrativo (art. 103.1 CE). Debería haberse simplemente anulado actuaciones, para que, ahora sí, se valorara por la Comisión las circunstancias del caso concreto y se emitiera nuevo informe a la vista de esa ponderación.

Sobre el contenido de las sentencias judiciales en relación al tipo de decisión a adoptar por la Administración, dependiendo de si es discrecional o reglada y de la existencia o no de un derecho subjetivo típico a tutelar en sede judicial, vid. las consideraciones generales que tuve ocasión de efectuar en mi estudio *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 227 a 252.



(Ar. 795) y STS de 11 de abril de 1984 (Ar. 1919)). El ejercicio de la discrecionalidad deberá "ser razonado" (STS de 20 de septiembre de 1994 (Ar. 7131)), puesto que "la potestad discrecional de la Administración (...) únicamente se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos y valores a tener en cuenta en su decisión, de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, *valorada* a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y *valorados* dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue" (STS de 6 de mayo de 1992 (Ar. 3486))<sup>1224</sup>.

Y esa valoración administrativa de las circunstancias debe existir, siendo labor judicial verificar su cumplimiento, mediante el análisis del expediente. Así, por ejemplo, controlando el mismo, para verificar que las razones que fundan la decisión urbanística tienen o no apoyo en los resultados y respuestas de la información pública realizada durante el procedimiento administrativo (STS de 5 de diciembre de 1990 (Ar. 9732), STS de 3 de julio de 1993 (Ar. 5493) y STS de 9 de diciembre de 1993 (Ar. 9258)<sup>1225</sup>). De igual modo, mediante el análisis del expediente, puede y debe controlarse que la Administración ha ponderado,

---

<sup>1224</sup> En este mismo sentido, destacando la necesaria *ponderación* de las circunstancias relativas a cada caso, se pronuncia la abundante jurisprudencia recaída a propósito de la autorización del Gobernador Civil para el derribo de un inmueble, contemplada en el art. 79.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Vid., por ejemplo las STS de 10 de febrero de 1982 (Ar. 953), 14 de julio de 1984 (Ar. 4099), ó 28 de junio de 1985 (Ar. 3267), en la que se pone de relieve la importancia de que la Administración pondere si verdaderamente se dan las condiciones objetivas que razonablemente permitan concluir que es viable la realización de las previsiones dispuestas por el Ordenamiento.

<sup>1225</sup> En el caso de las dos últimas sentencias, relativas a la impugnación de la misma decisión administrativa, el tribunal para controlar la existencia de fundamentación de un acuerdo de necesidad de ocupación acude al expediente administrativo, donde analiza la respuesta dada al escrito de alegaciones del propietario de la finca.

efectivamente, los informes aportados durante el procedimiento. Así, en la STS de 28 de febrero de 1980 (Ar. 1712), el tribunal llega a la conclusión de que las resoluciones discrecionales impugnadas "fueron adoptadas ponderando los informes y dictámenes técnicos emitidos"<sup>1226</sup>. De igual modo, en la STS de 30 de marzo de 1981 (Ar. 5403) se destaca que es deber de la Administración el resolver "ponderando los datos y elementos de juicio" aportados por los informes preceptivos y no vinculantes obrantes en el expediente, a fin de "llegar así a una estimación más justa y acertada".

En definitiva, es tarea judicial verificar mediante el concreto estudio del expediente que la Administración al resolver valoró realmente todo el material en él contenido, tal y como se realiza en la STS de 13 de mayo de 1994 (Ar. 3814), en la que se controla una decisión discrecional de adjudicación de administraciones de Loterías Nacionales mediante el análisis del expediente, el cual revela que en este caso "se valoró, pues, la comercialidad del local, el lugar de su ubicación, la proximidad a otros locales públicos y a otras administraciones de Lotería", por lo que el tribunal rechaza que "la Administración actuara caprichosamente o con arbitrariedad".

El control judicial debe comprobar la existencia de esa fundamentación de la decisión adoptada, mediante "un juicio de conocimiento sobre el proceder del órgano administrativo, que debe realizarse a través del mayor y más completo estudio, que sea posible de las circunstancias, motivos y condiciones en que se produjo el acto administrativo enjuiciado" (STS de 13 de julio de 1984 (Ar. 4673)). Y si de ese análisis del expediente administrativo se llega al convencimiento judicial de la ausencia de valoración y fundamentación, si en el expediente no se encuentra ninguna razón que justifique la solución elegida, entonces

---

<sup>1226</sup> Se trataba, en concreto, de la decisión de la Administración del Estado de clausurar un expediente referente al establecimiento de un servicio público regular de transporte de viajeros por carretera, al considerar que dicho servicio no era de interés general.

procederá la declaración de invalidez de ésta. Esta es la decisión adoptada, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1973 (Ar. 919), 5 de junio de 1995 (Ar. 4941), y 15 de noviembre de 1995 (Ar. 8549). En la primera el asunto estaba claro: sencillamente el expediente administrativo no aparecía, por lo que el tribunal concluye que la decisión adoptada era huérfana de la necesaria fundamentación. En las otras dos - ambas relativas a modificaciones del planeamiento urbanístico - el expediente existía, pero en el mismo el tribunal no logra encontrar las razones que fundamenten las decisiones. En consecuencia, en ambas ocasiones, el tribunal decreta la invalidez de la modificación urbanística, pues si bien "es posible que existan razones que justifiquen estos cambios", lo cierto es que "ni en el expediente ni en el recurso se ha dado ninguna razón, que no sea la invocación genérica al "ius variandi"", por lo que siendo "deber insoslayable de la administración el explicar y razonar de modo suficiente" las soluciones elegidas, éstas carecen de la fundamentación precisa, siendo, pues, contrarias a Derecho.

Estos ejemplos de acertado control judicial de la fundamentación de las decisiones contrastan con la desafortunada STS de 11 de enero de 1995 (Ar. 462). En la misma, el recurrente alegaba que la decisión discrecional de adjudicar una Administración de Loterías había sido adoptada sin valorar correctamente las bases de la convocatoria, ni que el local ofrecido por la adjudicataria cumpliera las condiciones ofrecidas ni las mejores condiciones personales de ésta. El TS acepta que ha existido en la toma de la decisión una "insuficiencia del juicio de valor conjunto que hace la Administración de los elementos tenidos en cuenta y que constan en el expediente administrativo y en la documentación aportada", lo que ha conducido a "la defectuosa explicitación del acto administrativo", pero afirma que tales vicios no invalidan el acto, porque esa deficiente ponderación "ha sido corregida por el órgano judicial contencioso-administrativo con la plenitud de jurisdicción que le confiere el proceso

administrativo y la posibilidad de contradicción de las partes dentro de la potestad de control de la actuación administrativa que a los Tribunales viene asignada para asegurar que sirva con objetividad los intereses generales y su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículos 103.1, 106.1 y 117.3 de la Constitución)".

Nos parece errónea la argumentación y la decisión finalmente adoptada, por cuanto la ausencia de una ponderación de los datos y elementos contenidos en el expediente supone la falta de objetividad de la decisión discrecional adoptada. Ha existido una vulneración del principio de objetividad y del deber de buena administración, y tal vulneración no puede ser subsanada por el tribunal, puesto que esta operación excede del ámbito de su función. Constatada la ausencia de fundamentación, se debió declarar inválida la solución decidida, y no substituir judicialmente la falta de ponderación administrativa, porque la valoración de las circunstancias del caso mediante el análisis de los datos del expediente correspondía a la Administración, no al tribunal. Lo no efectuado durante el procedimiento administrativo por la Administración no puede ser solucionado en el proceso por el juez contencioso, a quien no corresponde elegir cuál sea la solución más adecuada o mejor en el servicio a los intereses generales.

**c) Consecuencias jurídicas de la ausencia de fundamentación o de su deficiencia: vulneración del principio de objetividad e invalidez de la decisión. La presunción de ilegalidad y la carga de la prueba. Abuso de autotutela administrativa y posibilidad de adopción de medidas cautelares por el juez contencioso ante la existencia de un expediente gravemente defectuoso.**

Expuestas las conexiones entre deber de comportamiento objetivo (art. 103.1 CE) y necesaria fundamentación de las decisiones administrativas, procede efectuar ahora una breve reflexión sobre las concretas consecuencias jurídicas que deben derivarse de la falta de cumplimiento de tal deber, así como de su deficiente realización, sin perjuicio de que con posterioridad se efectúe de nuevo una reflexión más amplia sobre la trascendencia de los vicios procedimentales.

Como se argumentó en su momento, la ausencia total de procedimiento o el seguimiento de otro distinto al previsto por el ordenamiento debe conllevar la invalidez de la decisión administrativa así adoptada, al vulnerarse los arts. 9.3, 103 y 105 CE, siendo la sanción procedente, ante la gravedad del vicio, la de nulidad de pleno derecho, de conformidad con el art. 62.1 e)<sup>1227</sup>. En consecuencia, si el control judicial constata la ausencia de expediente administrativo, o, existiendo éste, el seguimiento de un *iter* procedimental distinto al necesario para la toma de la concreta resolución, deberá declararse la nulidad de ésta. En este sentido, no nos parece de recibo la jurisprudencia que, en referencia específica a la elaboración de reglamentos, realiza auténticos malabarismos

---

<sup>1227</sup> Cabiendo en este caso, como ya se puso de relieve, la protección de las situaciones posesorias mediante la utilización de interdictos (art. 101 LRJPAC, art. 125 LEF).

jurídicos para negar la invalidez de normas administrativas carentes de expediente alguno en el que se acredite que, efectivamente, se ha seguido un procedimiento para su aprobación<sup>1228</sup>.

Sin embargo, como también se puso de relieve, es poco frecuente que una decisión administrativa se adopte sin seguir ningún procedimiento o uno totalmente distinto al previsto por el ordenamiento. Más habitual es que las decisiones se tomen siguiendo el procedimiento adecuado, pero con una deficiente fase de instrucción, porque se han omitido trámites o porque se han efectuado de forma aparente, es decir, sin tomar en consideración, realmente, las concretas circunstancias e intereses envueltos en el caso concreto.

Cuando nos movemos en el ámbito de la "escala de la discrecionalidad", es decir cuando el ordenamiento ha abierto espacios valorativos para la Administración, no debe

---

<sup>1228</sup> SANTAMARIA PASTOR, J.A., y PAREJO ALFONSO, L., *La Jurisprudencia...*, op.cit., pág. 86, señalan respecto a la previsión del art. 129.2 LPA de 1958 que "es obligado reconocer que la intención racionalizadora de estas normas sólo se ve superada por su aplastante ingenuidad: el ejercicio de la potestad normativa en España se lleva a cabo, por lo común, en unos términos de apresuramiento e improvisación que resisten cualquier pretensión ordenadora. El esquema de comportamiento que sugieren los dos primeros apartados del artículo 129 no tiene, literalmente, nada que ver con el modo en que los proyectos de normas se elaboran entre nosotros (más aún, cabe dudar que dicho esquema sea, no ya realista, sino ni siquiera conveniente)...", indicando que "es éste el supuesto en que la omisión generalizada de trámites por parte de la Administración ha obligado a la jurisprudencia a aguzar el ingenio para relativizar la exigencia legal y privar de eficacia invalidante a estas sistemáticas infracciones".

Como se indica en el texto, la fundamentación de las decisiones administrativas, incluidos, por supuesto, los reglamentos, es un deber que entronca directamente con los principios constitucionales de racionalidad (art. 9.3 CE) y de objetividad (art. 103.1 CE). Por tanto, la fundamentación es una exigencia constitucional, conectada con el deber de buena administración, no un simple capricho del legislador ni un ruego a la Administración carente de efectividad. En consecuencia, no se entiende el derroche de ingenio jurisprudencial para relativizar la trascendencia de la ausencia de fundamentación, cuando, bien al contrario, la Constitución exige la invalidez de las normas así aprobadas. En este sentido, no compartimos el razonamiento efectuado, por ejemplo, en la STS de 24 de noviembre de 1980 (Ar. 4597), que acude al principio de proporcionalidad, es decir a la falta de importancia de la fundamentación de la norma, para negar la invalidez de reglamentos carentes de un expediente que los sustente. La ausencia de fundamentación no carece de importancia, sino que, por el contrario, debe hacer suponer que la Administración no ha contado con los datos precisos para la decisión, así como que no ha ponderado los intereses implicados en la regulación, por lo que la norma aprobada carece de la racionalidad precisa y de la objetividad imprescindible para su servicio adecuado a los intereses generales.

desdeñarse la trascendencia que la omisión o el cumplimiento defectuoso de determinados trámites puede tener para el deber constitucional de buena administración, pues tales vicios ocasionan que la Administración Pública no pueda cumplir con su obligación constitucional de servicio adecuado a los intereses generales. Como ya hemos expuesto en diversas ocasiones, tales infracciones procedimentales están lejos de constituir "vicios formales", carentes de importancia por suponer formalismos obstaculizantes de la resolución finalmente adoptada. Por el contrario, suponen graves defectos relativos al desarrollo de la función administrativa, que afectan directamente al acierto de la decisión final, pues el procedimiento, como se ha repetido, no es un mero "elemento formal" de ésta, sino el instrumento técnico que permite garantizar su oportunidad y legalidad, cumpliendo así las exigencias constitucionales derivadas del art. 103.1 CE. Procedimiento y fondo de la decisión aparecen, pues, indisociablemente unidos, de tal manera que los defectos graves del primero son el síntoma de la ausencia de servicio adecuado a los intereses generales del segundo.

En este sentido, la ausencia de suficiente instrucción por omisión de trámites dirigidos a orientar la discrecionalidad del órgano decisor debe determinar la invalidez de la resolución adoptada. El déficit de introducción de datos e intereses, por omisión de pruebas necesarias o por ausencia de los precisos elementos de juicio necesarios para la valoración de esos datos e intereses, supone una vulneración del art. 103.1 CE, puesto que se impide el comportamiento objetivo y, en consecuencia, no se tiene garantía de que la decisión sirva con objetividad a los intereses generales. Es el caso de omisión de pruebas, informes, o de los trámites de audiencia o información pública. Como sostiene MALARET, "la ausencia o el déficit de procedimiento, esto es la falta de estudios o informes o la ausencia de fundamentación de la decisión adoptada impide determinar como se ha ponderado los intereses en presencia, cual es la decisión jurídicamente válida en el supuesto concreto.

Especialmente si consideramos que en determinados supuestos la determinación del supuesto de hecho plantea especiales dificultades. Por lo que el Tribunal procederá a anular el acto administrativo, estableciendo en su caso los límites dentro de los que la Administración deberá dictar el acto administrativo<sup>1229</sup>". Un excelente ejemplo de cómo debe proceder el control judicial en estos casos nos lo brinda la ya extensamente comentada STS de 31 de diciembre de 1988 (Ar. 10.293), a la que antes hicimos alusión.

Estos supuestos encuentran concreto acomodo, en nuestra opinión, en la causa de nulidad del art. 62.1 e) LRJPAC, al ser equiparable la omisión de trámites imprescindibles para resolver con conocimiento de causa a la ausencia de un auténtico procedimiento administrativo. Como ya notaba, en relación con el art. 47 c) LPA de 1958, Tomás-Ramón FERNANDEZ, la nulidad de pleno derecho no puede quedar reducida a los supuestos de omisión total y absoluta de todo procedimiento, surgiendo la necesidad de "penetrar a través del tipo legal y de llevar la interpretación más allá de la pura exégesis elemental de sus términos, que si, en efecto, es necesaria, es también notoriamente insuficiente..."<sup>1230</sup>. En este mismo sentido, SANTAMARIA PASTOR notaba que la interpretación literalista del art. 47 c) LPA de 1958, de la que el propio autor exponía diversos ejemplos jurisprudenciales, no era razonable, por cuanto el sentido último del precepto era "sancionar con la nulidad *las omisiones globales y flagrantes de los trámites fundamentales de cada procedimiento*"<sup>1231</sup>.

Esta es la línea seguida por la jurisprudencia del TS, que aplicaba la causa de nulidad de pleno derecho del art. 47 c) LPA de 1958 en los casos en que se producía "la omisión de

---

<sup>1229</sup> MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 309.

<sup>1230</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pág. 244.

<sup>1231</sup> SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La nulidad...*, op.cit., pp. 368 y 369 (los subrayados proceden del original). En idéntico sentido, LOPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho...*, op.cit., pág. 169.



los trámites esenciales integrantes de un procedimiento determinado sin los cuales éste no sería identificable o reconocible" (por ejemplo, STS de 23 de mayo de 1990 (Ar. 4279)). Esta es también, a nuestro juicio, la línea a seguir en la interpretación del art. 62.1 e) LRJPAC<sup>1232</sup>, lo que conducirá a declarar la nulidad absoluta de aquellas decisiones carentes de fundamentación suficiente<sup>1233</sup>.

Partiendo de la idea de que la sanción de nulidad de pleno derecho se asocia a los supuestos de infracciones graves y trascendentes del ordenamiento, que afectan a lo que en cada caso éste considera merecedor de especial protección, al estar en conexión con un orden jurídico básico, cuya vulneración es de singular gravedad<sup>1234</sup>, es evidente que la defectuosa instrucción de un procedimiento, con ausencia de dictámenes o de trámites introductorios de la participación ciudadana, aun cuando no se produzca indefensión, vulnera el deber constitucional de comportamiento objetivo (103.1 CE) y, en consecuencia, viola el mandato constitucional de buena administración, produciéndose así una infracción de nuestro ordenamiento jurídico al más alto nivel, merecedora del máximo reproche jurídico: la nulidad absoluta.

Como señala BELADIEZ ROJO, cuando la decisión a adoptar es discrecional, la omisión de trámites por la Administración "que garanticen que cuenta con los elementos de juicio que el legislador considera necesario para que la Administración pueda valorar correctamente la oportunidad para el interés público de adoptar o no esa decisión" deberá determinar "*siempre la invalidez del acto, incluso en los casos en los que el contenido*

---

<sup>1232</sup> Así, TRAYTER, J.M., "Las causas de nulidad...", op.cit., pág. 275.

<sup>1233</sup> Siendo también posible utilizar en estos casos el ejercicio de acciones interdictales. En este sentido, vid. LOPEZ MENUDO, F., *Vía de hecho...*, op.cit., pág. 185.

<sup>1234</sup> En este sentido, FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pp. 209 y ss., y SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La nulidad...*, op.cit., pp. 295 y ss.

*material del acto no vulnere norma jurídica alguna.* Al no poder valorar el juez si la decisión adoptada es verdaderamente la más oportuna para los intereses públicos, una importante garantía de que la Administración ha dictado el acto más acorde con el interés general lo constituye, precisamente, el respeto de las formalidades exigidas por la ley"<sup>1235</sup>.

En consecuencia, en los procedimientos *formalizados*, la ausencia de trámites preceptivos debe provocar la nulidad absoluta de la decisión final. De igual modo, en los procedimientos *no formalizados*, una defectuosa fase de instrucción que omita la introducción de los datos y elementos de juicio precisos para efectuar una adecuada valoración de las circunstancias del caso deberá conducir a la misma conclusión, puesto que, como vimos, el principio de oficialidad, íntimamente conectado con el constitucional de objetividad, obliga a la Administración a hacerse con los elementos fácticos y de juicio necesarios para servir de la mejor manera posible a los intereses generales. Sin olvidar, como se advirtió, que la medida de lo que sea preciso o suficiente para resolver deba contextualizarse ante cada concreta decisión a tomar.

En cualquier caso, el control judicial deberá analizar el expediente administrativo, reflejo del procedimiento seguido, y verificar que el mismo está completo y suficientemente instruido, pues en caso contrario, cuando el expediente revele la omisión de las actividades

---

<sup>1235</sup> BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pp. 122 y ss. (Los subrayados son del original). Aunque compartimos con esta autora la idea de que en estos casos se produce la invalidez de la decisión administrativa, disentimos respecto a la concreta calificación de esta invalidez. Para BELADIEZ, se trataría de un supuesto encajable en el art. 63.2 LRJPAC, al tratarse de vicios de forma que impiden al acto alcanzar su fin (vid. las pp. 132 y ss. de la obra citada). Sin embargo, en nuestra opinión, en los casos en que se carece de la precisa fundamentación, no existe un "vicio de forma", sino un grave "vicio procedimental", que vulnera el deber de buena administración constitucional. No estamos ante formalidades, sino ante el modo de desarrollo de la función administrativa. Por ello se sostiene en el texto que la ausencia de la fundamentación precisa, al omitirse trámites dirigidos a orientar la discrecionalidad del órgano decisor, supone un caso de nulidad de pleno derecho que encuentra su acomodo en el art. 62.1 e). Como señala MALARET, "Los principios...", op.cit., pág. 326, "no cabe pues relativizar los vicios en el procedimiento que son vicios de orden público y aplicar la regla del art. 63.2 LRJPAC". (Los subrayados son del original).

precisas para ilustrar y orientar la decisión administrativa, deberá declararse la nulidad<sup>1236</sup>.

Un ejemplo destacable de control judicial respecto a la suficiencia de la actividad instructora, por lo que supone de originalidad respecto a la jurisprudencia generalizada, lo constituye la STS de 2 de junio de 1997. En la misma se conocía de la impugnación directa de un Reglamento estatal, en la que los recurrentes alegaban la omisión de informes y estudios previos exigidos en el art. 129.1 LPA. El abogado del Estado rechaza esa alegación, citando diversos documentos que, según él, constituirían esos informes y estudios.

El Tribunal advierte que esa cita lo es a documentos que no forman parte del expediente administrativo, además de no constituir, en realidad, ni informes ni estudios previos a la adopción del reglamento. Constatada la ausencia de los mismos, se pasa a considerar "el significado jurídico atribuible a su omisión". Partiendo de la base de que la finalidad de los informes y estudios es contribuir a la legalidad, acierto y oportunidad de la decisión, el TS señala que "en términos de pura racionalidad" era necesario el "examen y justificación" del proyecto de reglamento, por lo que:

---

<sup>1236</sup> En este sentido, aparte de las sentencias ya citadas con anterioridad, por ejemplo, STS de 3 de abril de 1964 (Ar. 1806): "que las omisiones, contradicciones e incongruencias en que abunda el expediente administrativo instruido por el Ayuntamiento de la Carolina... comportan a su vez vicios esenciales del procedimiento determinantes de la nulidad de aquél...". Vid. también las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 de enero y 12 de febrero de 1996. En las mismas el tribunal se enfrenta al control de la discrecionalidad técnica. Aceptando la imposibilidad judicial de sustitución de la misma, ambas sentencias enfatizan la importancia del control del procedimiento seguido, destacando la necesidad de detectar si existe "ausencia de trámites instructorios esenciales", pues la fundamentación de la decisión administrativa a que se refiere el art. 54.2 LRJPAC debe deducirse o derivarse de "actuaciones incorporadas al expediente", no siendo posible una decisión "no procedimentalizada o no sujeta a procedimiento concreto o *efectivo* alguno que le siva de soporte". En ambas se anula la decisión impugnada por ausencia de suficiente actividad instructora, al no constar en el expediente la petición de informes necesarios para resolver acertadamente.

"en el caso actual no puede minimizarse la importancia de los informes, pues existen factores de dificultad, reflejados en la alegaciones de los recurrentes, de entidad muy significativa para que tales estudios e informes hubieran debido orientar el proceso de elaboración y la garantía de la legalidad de la norma proyectada".

Nos parece muy saludable el precedente sentado en esta sentencia. Los informes y estudios previos a la adopción de disposiciones reglamentarias no son una mera formalidad intrascendente, sino que constituyen, como ya se apuntó, mecanismos de garantía para la adopción de decisiones ponderadas, en cumplimiento de la exigencia derivada del principio de objetividad. En consecuencia, su omisión debe tener alguna trascendencia, desde el momento que afecta a la calidad de la decisión discrecional finalmente adoptada.

En el caso de que la omisión administrativa de trámites afecte a la posibilidad de participación ciudadana<sup>1237</sup>, entendemos que la decisión final deberá ser anulada, por vulneración del principio contradictorio y de la obligación jurídica contenida en los arts. 35 e) y 79.1 LRJPAC<sup>1238</sup>. Como ya sabemos, los trámites dirigidos a posibilitar la participación no son puras formalidades huera de sentido, sino instrumentos para el logro de los principios democrático, de transparencia, de buena administración y para el respeto de la dignidad de las personas (art. 10.1 CE). Es necesario que la Administración realice un

---

<sup>1237</sup> Situación distinta es que en un determinado procedimiento formalizado sea el propio legislador el que omita la existencia de un canal participativo, cuando éste debiera existir en cumplimiento del art. 105 a) CE. En tal caso la Ley podría ser declarada inconstitucional, al vulnerar el mandato contenido en el citado precepto constitucional.

<sup>1238</sup> En el segundo caso, la omisión del preceptivo trámite de audiencia debe conducir a la invalidez de la decisión administrativa, al vulnerarse el deber de objetividad y el principio contradictorio que de él se deriva. En este sentido, vid. BELADIEZ ROJO, M., *Validez...*, op.cit., pp. 135 y ss., quien se refiere a la existencia de un derecho de defensa ante la Administración, distinto al derecho de defensa judicial.

esfuerzo para entender el sentido y finalidad de estos trámites, generalmente despreciados en nuestra cultura jurídica<sup>1239</sup>. La omisión de trámites como el de información pública supone un defecto "que impide al acto alcanzar su fin", pues suponen "ofrecer datos decisivos para la correcta decisión, y no puede sustraerse tal trámite con la presunción de que el mismo no habría arrojado ninguna luz adicional al asunto, pues esto no puede saberse con antelación y hay que hacer la información pública para poder valorar su resultancia (*sic*)"<sup>1240</sup>.

En definitiva, la omisión de la apertura del trámite participativo vulnera el deber de que "la solución en que se concrete esa discrecionalidad ha de ir respaldada y justificada en los datos objetivos sobre los cuales opera"<sup>1241</sup>. En concreto, supone la violación de los arts. 35 e) y 79.1 LRJPAC, lo que debe conducir al nacimiento de un derecho subjetivo reaccional y a la declaración judicial de la invalidez de la solución adoptada<sup>1242</sup>.

---

<sup>1239</sup> Como muestra vale un botón. En el diario *El periódico de Cataluña*, del día 30 de julio de 1997, pág. 20, apareció una información titulada "un despiste paraliza la "pata sur". Una atenta lectura de la noticia nos descubre que el "despiste" es... ¡la omisión del trámite de información pública del estudio de impacto ambiental de un tramo de la Ronda de Dalt de Barcelona!. El periodista que firma la crónica se refiere a "la falta de un pequeño trámite administrativo", mientras que las fuentes de la Administración del Estado que se citan afirman que la decisión de suspender las obras, tras detectar la ausencia de información pública, sólo pretende evitar que "por un tecnicismo" (*sic*) alguien pudiera litigar el día de mañana contra el trazado elegido. Este es un pequeño ejemplo de la concepción dominante en la sociedad y en la Administración, como reflejo de aquella, del papel de la participación procedimental.

<sup>1240</sup> STS de 13 de junio de 1988 (Ar. 5334), en referencia concreta al trámite de información pública urbanística. Como indica en general POU VIVER, T., "Información Pública", op.cit., pág. 561, la falta de apertura de éste trámite provoca la invalidez de la decisión adoptada, pues la ley prevé este trámite a fin de que "la Administración, mediante la ponderación de su resultado, pueda resolver con mayores garantías de acierto".

<sup>1241</sup> STS de 22 de febrero de 1988 (Ar. 1379), en referencia a la omisión del trámite prescrito por el art. 125 RP.

BELADIEZ ROJO, M., *Validez...*, op.cit., pág.134, señala que "la omisión del trámite formal no impide sólo la participación de estos sujetos en el procedimiento, sino que además afectaría a la legalidad material del acto, ya que la Administración únicamente puede adoptar esa decisión valorando los intereses en juego, y por ello es preciso que cuente con la opinión de estos sujetos".

<sup>1242</sup> EMBID IRUJO, A., *El ciudadano...*, op.cit., pág. 65, sostiene la existencia de nulidad absoluta (art. 62.1 e) LRJPAC) en los casos de violación de derechos contenidos en el art. 35 LRJPAC, dada la importancia que esta ley concede a los mismos.

Otro tanto cabe sostener respecto a la omisión de solicitud de informes consultivos preceptivos. Centrándonos en los dictámenes emitidos por órganos consultivos de tipo clásico, como el Consejo de Estado o sus homólogos autonómicos, ya afirmamos en su momento la doble faceta de esta clase de informes, como control de legalidad y orientación en positivo de la discrecionalidad administrativa para el cumplimiento del deber de buena administración. Este segundo aspecto, propio de este elemento procedimental e insustituible en vía judicial, debe conducir a la invalidez de las decisiones que se adopten prescindiendo de la ilustración exigida por el ordenamiento jurídico *antes* de decidir<sup>1243</sup>.

---

En el ámbito del planeamiento urbanístico, la jurisprudencia resalta la importancia de la información pública y la necesidad de repetir ésta antes de la aprobación provisional o definitiva si se van a introducir "modificaciones sustanciales" en el Plan (arts. 130 y ss. RPU). La omisión del necesario trámite de información pública conduce a la invalidez de la ordenación urbanística adoptada. En este sentido, vid. DELGADO BARRIO, J., *El control...*, op.cit., pp. 58 y ss., y TRAYTER, J.M., *El control...*, op.cit., pp. 179 y ss.

Volviendo a una perspectiva general, ¿quién podría impugnar la omisión del trámite participativo? Si consideramos que el derecho de participación previsto en el art. 105 a) CE y en el art. 35 e) LRJPAC es de todos los ciudadanos (con la configuración concreta que la normativa pueda realizar), como aquí se ha sostenido, parece entonces que estaría legitimado procesalmente cualquier ciudadano que hubiera tenido la intención de alegar y que no ha podido hacerlo. Es decir, cualquier persona con voluntad de participar, fuere o no interesado en sentido técnico, podría impugnar judicialmente la omisión del trámite, pues entendemos que tendría un interés legítimo (el de poder presentar alegaciones en el procedimiento administrativo) para impetrar la tutela judicial.

<sup>1243</sup> En las líneas que siguen vamos a ocuparnos del supuesto en el que el órgano encargado de resolver no solicita el dictamen. Un caso distinto es aquél en el que el dictamen se solicita pero no se emite en el plazo señalado.

El art. 83.3 LRJPAC señala que "de no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos". En nuestra opinión, un caso de "informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento" es el de los informes consultivos que deban emitirse por el Consejo de Estado o los órganos autonómicos equivalentes, sean vinculantes o no. Como ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1030/1993, de 30 de julio de 1993, interpretando este precepto, "siendo siempre determinante el vinculante, aquél concepto no se agota con los informes vinculantes". En consecuencia también la no emisión de informes consultivos preceptivos no vinculantes *deberá* dar lugar a la paralización del procedimiento (no es una opción que tenga la Administración, pues si emite la decisión sin el informe, ésta será inválida). Una vez emitido el dictamen, aunque sea de forma tardía (siempre que no se haya tomado la decisión, en cuyo caso, como dijimos, ésta será nula y no cabrá su convalidación pese a la emisión del dictamen) el órgano encargado de resolver deberá tomarlo en consideración. No debe entenderse aplicable el art. 83.4

Un ejemplo en este sentido lo constituye el dictamen preceptivo exigido en el procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos. En el caso del *recurso directo* la jurisprudencia había mantenido de forma reiterada la nulidad de las disposiciones adoptadas prescindiendo del dictamen<sup>1244</sup>. La STS de 7 de mayo de 1987 (Ar. 5241) rompió bruscamente con esa línea jurisprudencial, afirmando que la omisión del dictamen del Consejo de Estado no era un vicio invalidante, por cuanto "el informe del Consejo de Estado es un trámite que tiene por finalidad efectuar ex ante un control de la legalidad de la norma que se pretende elaborar. Y como ya ha quedado razonado que esa legalidad ha sido escrupulosamente respetada, sería atentar al principio de economía procesal que este Tribunal renunciara a ejercitar el control que le corresponde realizar *ex post*, para que el Consejo de Estado venga a decir lo que aquí se puede decir y se ha dicho: que no hay obstáculo a que la norma se dicte como se ha dictado".

La doctrina sentada por esta sentencia ha sido objeto de diversos comentarios por la doctrina<sup>1245</sup>. En nuestra opinión, el razonamiento efectuado en la sentencia es erróneo, porque se base en un apriorismo inexacto. La sentencia parte de la base de que la única función del informe consultivo es de control de legalidad, siendo equiparable, por tanto, al

---

LRJPAC, que señala que "el informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución", precepto desafortunado y que entendemos vulnera el principio constitucional de objetividad. En el mismo sentido, vid. JIMENEZ CRUZ, J.M., "Iniciación, ordenación e instrucción del procedimiento (artículos 68 a 86)", en PENDAS GARCIA, B., *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, pág. 558.

<sup>1244</sup> Vid. por ejemplo las SSTS 22 de octubre de 1981 (Ar. 4634) y 19 de enero de 1987 (Ar. 431).

<sup>1245</sup> Vid. por ejemplo DE DIOS VIÉTEIZ, M.V., "El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos ¿control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria", *REDA*, núm. 60, 1988, pp. 631 y ss., DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones Generales", *Poder Judicial*, núm. 16, 1989, pp. 9 y ss..

control judicial desempeñado *a posteriori* por el Tribunal<sup>1246</sup>. Sin embargo ya razonamos en su momento que la función consultiva desempeña otra importante labor, no sustituible en sede judicial, consistente en la orientación en positivo del núcleo de la discrecionalidad mediante los principios constitucionales de buena administración<sup>1247</sup>. En consecuencia, la no solicitud de un dictamen preceptivo debe conducir a la invalidez del Reglamento<sup>1248</sup>.

Esta ha sido la postura de diversas sentencias posteriores a la de 7 de mayo de 1987 (Ar. 5241). Así, la STS de 10 de mayo de 1989 (Ar. 3744, Sala especial de revisión) volvió a afirmar la invalidez de los reglamentos adoptados prescindiendo del dictamen preceptivo del órgano consultivo, destacando la conexión que tal informe presentaba con el principio de objetividad en el comportamiento de la Administración activa<sup>1249</sup>. Más recientemente, en la misma línea, la STS de 27 de noviembre de 1995 (Ar. 8944), ha destacado, con un razonamiento impecable, que:

---

<sup>1246</sup> Este es el enfoque también de DE DIEZ VIÉITEZ, M.V., "El dictamen...", op.cit., pp. 642 y 643.

<sup>1247</sup> Destacan esta otra perspectiva cumplida por órgano consultivo, criticando la sentencia, DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos de la omisión...", op.cit., pp. 59 y ss.

<sup>1248</sup> Respecto al tipo de invalidez, es conocida la disputa doctrinal sobre si debe aplicarse a los reglamentos la distinción entre las categorías de nulidad, anulabilidad y irregularidad no invalidante, como a los actos, o si por el contrario todo vicio en un reglamento debe conducir a su nulidad absoluta. Un resumen de las diversas posturas doctrinales puede hallarse en DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos de la omisión...", op.cit., pp. 16 y ss. En nuestra opinión, gran parte del debate doctrinal ha venido mediatizado por el art. 28 LRJAE, ahora derogado por la LOFAGE. Este debate debería resituarse ahora, entendemos, partiendo exclusivamente del art. 62.2 LRJPAC que establece que "También *serán nulas de pleno Derecho* las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". En cualquier caso, y a efectos de la omisión del dictamen preceptivo de un órgano consultivo, consideramos que la respuesta, desde ambas posturas doctrinales, debe ser la misma: la nulidad de pleno derecho, bien en aplicación del art. 62.1 e) LRJPAC, bien en aplicación del citado 62.2.

<sup>1249</sup> Vid. un comentario a esta sentencia en GONZALEZ SALINAS, P., "El dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales", *REDA*, núm. 67, 1990, pp. 463 y ss.



"Y en el mismo sentido debe resaltarse la importancia institucional de la intervención del Consejo de Estado, como corresponde a su competencia técnica y distanciamiento de los órganos de la Administración activa, en la elaboración de las disposiciones reglamentarias, encaminada a efectuar un control preventivo de legalidad y una valoración de la oportunidad y conveniencia (art. 2.1 LOCE), no sustituible, cuando resulta preceptiva, por el control "a posteriori" de mera legalidad que puede efectuar el propio Tribunal (...). No es correcto, pues, volatilizar dicha cautela previa, que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurado en el art. 106 CE, casi siempre casuístico o fragmentario y siempre eventual que, más de una vez, se produce cuando la norma reglamentaria ha sido derogada o sustituida o lleva años en vigor, produciendo los correspondientes efectos. La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un puro formalismo sino que actúa como garantía preventiva, para asegurar, en lo posible, el imperio de la Ley y el propio acierto en la norma reglamentaria"<sup>1250</sup>.

En cuanto al *recurso indirecto* contra reglamentos, una línea jurisprudencial que se inicia a principios de los años setenta viene negando la posibilidad de algar vicios

---

<sup>1250</sup> Esta doctrina jurisprudencial, que consideramos plenamente acertada, es objeto todavía de algunas vacilaciones. Vid. al respecto BALZA AGUILERA, J., "Tendencias de la Administración Consultiva", *RVAP*, núm. 41, 1995, pp. 15 y ss., donde se recogen algunas sentencias, posteriores a la STC 104/1992, en las que la funcionalidad del dictamen de los órganos consultivos como orientación de la discrecionalidad administrativa no se toma en consideración.

procedimentales a través de esta vía<sup>1251</sup>. La STS de 2 de junio de 1987 (Ar. 5908) continuó esta tendencia, afirmando que la omisión del dictamen del Consejo de Estado no era causante de invalidez de la disposición reglamentaria. El argumento de fondo que animaba esta decisión era - al igual que ocurría con la STS de 7 de mayo de 1987 (Ar. 5241), ya comentada, en el ámbito del recurso directo - la consideración del dictamen como un puro control de legalidad, perfectamente sustituible en vía judicial. No reiteraremos aquí la crítica ya efectuada al respecto<sup>1252</sup>. Con posterioridad, la STS de 29 de octubre de 1987 (Ar. 7438) realizó el engarce entre la línea jurisprudencial negadora de la posibilidad de impugnar vicios formales a través del recurso indirecto y la afirmación de la irrelevancia, dada su función de exclusivo control de legalidad, de la omisión del dictamen del órgano consultivo.

Numerosas sentencias han continuado negando la relevancia de la omisión del dictamen, afirmando bien que no es posible alegar vicios procedimentales en el recurso indirecto<sup>1253</sup>, bien que sólo cabe alegar aquéllos vicios que sean constitutivos de nulidad, cosa que no ocurre en el caso del informe del órgano consultivo<sup>1254</sup>.

Esta línea jurisprudencial nos parece desafortunada, y carente de toda apoyatura en el ordenamiento jurídico en vigor. Respecto a la imposibilidad de alegar vicios

---

<sup>1251</sup> Sobre el nacimiento de esta línea jurisprudencial, vid. DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos de la omisión...", op.cit., pp. 29 y ss. Una crítica a la misma puede encontrarse ya en GONZALEZ PEREZ, J., "Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios del procedimiento de elaboración de disposiciones generales", *REDA*, núm. 9, 1976, pp. 345 y ss., donde, entre otros argumentos, exponía la falta de fundamento jurídico que sostuviera esta limitación.

<sup>1252</sup> GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E., "Efectos de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado", *RAP*, núm. 118, enero-abril 1989, pp. 251 y ss., y DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos de la omisión...", op.cit., pp. 36 y ss., han criticado acertadamente esta sentencia, poniendo de relieve el olvido en la misma de la faceta orientadora de la discrecionalidad que posee la función consultiva.

<sup>1253</sup> Vid. por todas STS de 8 de febrero de 1988 (Ar. 790).

<sup>1254</sup> Vid. por todas STS de 12 de diciembre de 1989 (Ar.9397).

procedimentales en el recurso indirecto, no alcanzamos a comprender por qué el tratamiento ha de ser distinto en esta vía<sup>1255</sup>. Más concretamente, la imposibilidad de alegar la omisión del dictamen del órgano consultivo carece de toda razón de ser. La no solicitud del mismo es un vicio de nulidad absoluta, dada la importancia del mismo, se considere de aplicación el 62.1 LRJPAC - en cuyo caso entraría en juego el apartado e) - o el art. 62.2 LRJPAC. Dada la gravedad del vicio procedimental, no entendemos que no quepa su alegación a través de la vía del recurso indirecto<sup>1256</sup>. En consecuencia, creemos necesario el abandono completo de este erróneo enfoque, basado en parte en la minusvaloración del papel de la función consultiva en el procedimiento de elaboración de reglamentos, dentro de un contexto más genérico de relativización de la trascendencia de la observancia del procedimiento

---

<sup>1255</sup> DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos de la omisión...", op.cit., pág. 54, tras realizar un cuidadoso estudio del desarrollo de esta línea jurisprudencial desde sus orígenes concluye preguntándose "¿cuál es el fundamento de que en vía indirecta no sea posible aducir la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado y sí en vía directa? No existe". La aplicación de este razonamiento haría invulnerables jurídicamente reglamentos aprobados sin ningún tipo de participación ciudadana o de informe consultivo por el simple hecho de no haberse impugnado de forma directa en el plazo de dos meses, lo que no nos parece sostenible.

En esta línea, vid. TRAYTER, J.M., *El control...*, op.cit., pp. 347 y ss., en referencia a los planes urbanísticos, donde, por analogía con los reglamentos, se aplica también esta jurisprudencia.

<sup>1256</sup> Sobre la posibilidad en general de declarar la nulidad de un reglamento a través de la vía del recurso indirecto, vid. por todos GARCIA DE ENTERRIA, E., "La eliminación general de las normas reglamentarias con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación", *REDA*, núm. 66, 1990, pp. 279 y ss. Llama la atención, especialmente, que la línea jurisprudencial a la que estamos aludiendo no da ninguna razón para restringir la alegación de vicios procedimentales en vía de recurso indirecto, limitándose a aplicar esta doctrina de forma automática. Intentando buscar una posible explicación a este modo de obrar, cabría plantear que cuando los vicios procedimentales del reglamento son causa de anulabilidad - suponiendo que se acepte la aplicación de esta categoría en el caso de los reglamentos - el transcurso del paso del tiempo haría inatacable la disposición. Sin embargo, por un lado la jurisprudencia no entra en consideraciones de esta naturaleza y no presenta ese paso del tiempo como posible causa de denegación de la alegación del vicio procedimental. En segundo lugar, respecto al dictamen del órgano consultivo, que es lo que nos interesa ahora, ya hemos dicho que su omisión es causa de nulidad absoluta, por lo que ese razonamiento no le sería de aplicación.

-----

Sin embargo, no es suficiente con la simple realización de los trámites procedimentales precisos en cada concreta decisión. Como ya nos consta, el deber de comportamiento objetivo implica, respecto del procedimiento administrativo, que la Administración efectúe, realmente, una reflexiva ponderación de todas las circunstancias del caso concreto que consten en el expediente. La Administración debe valorar de forma auténtica y efectiva los datos e intereses envueltos. Por tanto, la ausencia de toma en consideración de los elementos de juicio introducidos en el procedimiento deberá conducir también a la invalidez de la decisión final<sup>1258</sup>.

Ya hemos tenido ocasión de ver como diversas sentencias del TS exigían a la

---

<sup>1257</sup> Vid. sin embargo, en contra de lo aquí sostenido, GONZALEZ NAVARRO, F., *Procedimiento Administrativo Español*, vol.III, EUNSA, Pamplona, 1997, pp. 1120 y ss. Este autor afirma (pág. 1121) que cuando el informe del órgano consultivo no es vinculante "el peticionario puede hacer lo que quiera con el informe. Y lo hace". Como ya se ha expuesto aquí, que el informe no sea vinculante no significa que quien lo pida pueda hacer lo que quiera con él. Por de pronto debe ponderarlo, en cumplimiento del deber de objetividad constitucional. Y esa ponderación debe reflejarse en la motivación, aunque decida no seguirse la orientación ofrecida. Entonces, si no puede hacer lo que quiera, el punto clave deviene quién debe exigir que se haga lo que se debe (es decir, ponderar y motivar). La respuesta es, a nuestro entender, que deben ser los tribunales quien eviten que el peticionario no cumpla su deber. Vid. al respecto lo que se indica en las páginas siguientes.

La trascendencia y razón de ser de los dictámenes de los órganos consultivos nos lleva a negar la posibilidad de la convalidación de su omisión, una vez la decisión ha sido tomada. Efectivamente, la función de estos informes es ilustrar el juicio de la Administración activa antes de que se tome la decisión. En consecuencia, una vez tomada ésta, el dictamen carece de sentido. Por tanto, el juego del art. 62 y 67 LRJPAC nos lleva a afirmar esa imposibilidad de convalidación, que es la conclusión a que ha llegado el propio Consejo de Estado, por ejemplo en su dictamen de 24 de febrero de 1994 (expte. 188/1994). Al respecto vid. BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pp. 247 y ss., quien acepta la posibilidad de convalidación cuando la Administración conoce de un recurso contra la decisión o cuando se inicia un procedimiento de revisión de oficio de la misma, GARCIA ALVAREZ, G., *Función consultiva...*, op.cit., pp. 50 y ss., quien disiente de BELADIEZ respecto al supuesto de la revisión de oficio, y BLANQUER CRIADO, D.V., *Función consultiva...*, op.cit., pp. 193 y ss..

<sup>1258</sup> El informe *Administrative Justice. Some necessary reforms* elaborado por JUSTICE-All Souls en 1988 señala en la pág. 18 que el más frecuente problema de malaadministración detectado en Gran Bretaña es la ausencia de toma en consideración de todas las circunstancias del caso durante el ejercicio de potestades discrecionales.

Administración una ponderación de las alegaciones o informes obrantes en el expediente, antes de la elección de la solución finalmente adoptada. De nada sirve realizar los trámites si se trata de un cumplimiento *aparente* del procedimiento administrativo, porque, en realidad, los dictámenes y las alegaciones son simplemente archivadas, sin ser tomados en consideración. En este caso, el procedimiento no desarrolla sus funciones, puesto que no se produce por parte de la Administración el imprescindible estudio de las alternativas posibles, de las soluciones viables, sea para descartarlas o para elegir las, pero en cualquier caso para ponderarlas.

Por tanto, la ausencia de ponderación, de análisis de los elementos de juicio, equivale en realidad al no seguimiento del procedimiento. El cumplimiento aparente de los trámites tiene el mismo valor que su omisión: ninguno. En consecuencia, la ausencia de toma en consideración de alegaciones o informes deberá provocar la nulidad absoluta de la decisión, de conformidad, de nuevo, con el art. 62.1 e) LRJPAC, al producirse una vulneración del principio constitucional de objetividad.

El control judicial del expediente administrativo deberá comprobar que los trámites cumplidos dieron lugar a una auténtica valoración por parte de la Administración, y no se convirtieron en "puro trámite", en mera formalidad. El expediente debe acreditar que existieron *razones* para elegir la solución, razones que se contrastaron con los argumentos aportados por los ciudadanos y los órganos consultivos actuantes. La constancia de la respuesta a las alegaciones, de la consideración de los informes deberá hallarse en el expediente, que, como ya se dijo, debe constituirse en "contexto de justificación" de la resolución. En este sentido, como se verá, la *motivación* de las decisiones también desempeña un importante papel, por cuanto una de sus funciones debe ser acreditar que la Administración realmente consideró los elementos de juicio existentes en el expediente, al

exteriorizar las razones que, derivadas del procedimiento, sustentan la resolución de que se trate.

Si de ese análisis del expediente administrativo se deduce que el cumplimiento del procedimiento fue aparente, por cuanto no existió auténtica ponderación de las circunstancias del caso concreto, existirá una violación del deber de objetividad constitucional (art. 103.1 CE), un supuesto de malaadministración que deberá conducir a la nulidad de pleno derecho del acto, reglamento o plan deficientemente elaborado<sup>1259</sup>. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando las alegaciones efectuadas por los ciudadanos en un trámite de información pública no tengan respuesta, o la tengan pero no sea "razonada", tal y como exige el art. 86.3 LRJPAC, al efectuarse la misma mediante formularios estereotipados, que no contesten realmente las sugerencias, quejas, alternativas u opiniones planteadas en relación al caso concreto.

En estos casos, se producirá una vulneración del derecho de los ciudadanos a que sus alegaciones sean tomadas en cuenta y respondidas de forma razonada (arts. 35 e), 86.3 LRJPAC)<sup>1260</sup>, lo que debe conducir a la invalidez de la decisión adoptada<sup>1261</sup>. En este

---

<sup>1259</sup> STS de 13 de marzo de 1971 (Ar. 2177): "... porque sólo la omisión del procedimiento, a la que debe equipararse un aparente cumplimiento que merezca igual calificación que la omisión... pueden fundar la nulidad de pleno derecho...".

<sup>1260</sup> Además de una vulneración del *principio de congruencia*, por cuanto no se habrán resuelto todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquéllas otras derivadas del expediente, entre las que se cuentan las presentadas durante los trámites participatorios por los ciudadanos, aunque no sean interesados (art. 89.1 LRJPAC). En este sentido, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 482, y FANLO LORAS, A., "Disposiciones generales...", op.cit., pág. 244, y la STS de 7 de diciembre de 1972 (Ar. 5169), referida al principio de congruencia en la LPA, en la que se sostiene el derecho a que la Administración examine lo alegado, sin perjuicio de que sea acogido o rechazado.

<sup>1261</sup> Esta es la solución propugnada por TRAYTER, J.M., *El control...*, op.cit., pág. 175, en relación al ámbito de las informaciones públicas urbanísticas, en aplicación del art. 62.2 LRJPAC. En general, vid. PEREZ MORENO, A., "Crisis...", op.cit., pág. 130, quien considera deber de los tribunales no sólo controlar la omisión de la participación, sino "si el cumplimiento en cada expediente de la participación administrativa ha sido suficiente y congruente. Por esta vía es, pues,

sentido nos parecen criticables sentencias como las del TS de 10 de mayo de 1990 (Ar. 4059) y 11 de octubre de 1995 (Ar. 7510), en las que el control judicial omite el análisis de si las alegaciones presentadas en trámites de información pública urbanística han sido consideradas y contestadas razonadamente por la Administración<sup>1262</sup>. En cambio, la STS de 30 de junio de 1989 (Ar. 4936) constituye un buen ejemplo de control judicial en este punto. Al detectar el incumplimiento del art. 38.2ºb) RP en la elaboración de un Plan General, considera que esta infracción tiene valor invalidante, por cuanto se trata de "un requisito formal que asegura el cumplimiento material" del principio de participación ciudadana en el planeamiento urbanístico.

Respecto a la ausencia de ponderación de los informes consultivos, la conclusión debe ser también la invalidez de la decisión. Efectivamente, no basta con solicitar el dictamen, sea

---

posible discernir sobre las corruptelas en la participación (simulación, discriminada, condicionada o dificultada, interferida, eliminada materialmente cuando ni se leen ni se estudian las alegaciones, abusiva, etc.).

<sup>1262</sup> Si bien hay que tener en cuenta que ambas son anteriores a la LRJPAC, y, por tanto, al establecimiento explícito del deber de responder razonadamente a las alegaciones de los ciudadanos (art. 86.3 LRJPAC). De todas maneras, el cumplimiento del deber contenido en el art. 38.2ºb) RP regía en el momento de ser dictadas, y las mismas no lo toman en consideración.

En la primera, entre los fundamentos de derecho de la sentencia apelada aceptados por el TS se advierte que "no puede considerarse como defecto formal invalidante la escasa atención que según la recurrente ha dispensado a sus alegaciones y observaciones" la Administración (que las desestimó sin razonar el motivo), pues "ello es causa de las propias insuficiencias de la normativa". El TS señala que las alegaciones incorporadas al expediente no expresan "más que un criterio diferente al del Plan". Pero, ¿se tuvo en cuenta ese criterio? Si, como parece, ello no fue así, entonces se imponía la invalidez de la revisión del Plan General, pues ¿cómo saber que la solución adoptada es la más acertada en su servicio al interés general si no se ha cumplido el deber de buena administración?

En la segunda, el TS afirma, en relación al art. 125 RP, que "el que el anteproyecto fuera o no un proyecto totalmente definido no impedía que los ciudadanos, los propietarios, las asociaciones, etc., pudieran proponer modelos urbanos distintos. Nada impide que, ya en esa fase preliminar, el Ayuntamiento muestre sus preferencias por un modelo determinado, lo que no limita las posibilidades de alegación ni de puesta de manifiesto de las razones políticas, económicas, medioambientales, culturales, etc., que según el parecer de quien se avalen otro modelo urbanístico diferente". Ello es cierto, pero ¿se tuvieron en cuenta las alegaciones efectuadas? ¿tuvieron respuesta?. Este punto es el permitiría conocer si el trámite del 125 RP fue desarrollado de modo puramente formal o de forma efectiva.

esa solicitud facultativa o preceptivo, sino que el mismo deberá ser objeto de consideración por el órgano encargado de decidir, y en caso de separarse del criterio mantenido por el órgano consultivo deberá explicarse en la motivación la razón. Esa explicación, como ya dijimos, es, precisamente, la garantía de que el informe ha sido realmente ponderado, aunque, cuando no sea vinculante, el órgano de la Administración activa pueda apartarse del mismo<sup>1263</sup>.

Ahora bien, para que se produzca una nulidad de pleno derecho, sanción reservada para supuestos de especial gravedad, deberá constatarse por el tribunal que no existió valoración administrativa del expediente, vulnerándose el art. 103.1 CE. Si tal valoración existió pero fue defectuosa por algún motivo, deberá ponderarse judicialmente, ante cada concreta situación, si tal defecto debe comportar la *anulabilidad* o no de la resolución final, al no cumplirse el deber de objetividad, en aplicación en este caso del art. 63.1 LRJPAC.

---

<sup>1263</sup> La ausencia de ponderación entendemos que equivale a la ausencia de solicitud, porque si el dictamen se solicita es para tomarlo en consideración, por lo que el cumplimiento formal del trámite es igual que su incumplimiento.

Un ejemplo en este sentido nos lo ofrece la STS de 16 de julio de 1996 (Ar. 6428) que conoció de la impugnación de diversos Reales Decretos referidos al reconocimiento de Diplomas, Certificados y otros Títulos de Farmacia de los Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea, así como al ejercicio del derecho de establecimiento. El preceptivo dictamen del Consejo de Estado, que fue solicitado, expuso la recomendación de que en desarrollo de una directiva comunitaria los Reales Decretos contuvieran alguna referencia al conocimiento de la lengua castellana para el ejercicio profesional en España. Los impugnantes alegaron que los textos de los Reglamentos no tuvieron en cuenta la sugerencia del Consejo de Estado. El TS desestima la alegación con el argumento de que el dictamen era preceptivo pero no vinculante, añadiendo que "la jurisdicción no puede sustituir a la Administración en lo que son competencias propias de ésta".

El razonamiento es impecable, pero ¿se analizó por el Tribunal si la Administración había tomado en consideración la sugerencia del Consejo de Estado, aunque fuera para rechazarla?. Como puede apreciarse, aquí debiera haber jugado un papel fundamental la motivación que acompañara a los Reglamentos contenida en su Exposición de Motivos. Sin embargo, estamos adelantando acontecimientos. En nuestra opinión, fundamentada en el apartado dedicado a las relaciones entre motivación y procedimiento, debería ser obligatoria la motivación de los reglamentos, en su exposición de motivos o/y en una memoria que se incluyera en el expediente, de forma semejante a lo que ocurre en el caso de los planes de urbanismo. Esa motivación debe desempeñar un papel clave, tanto en el caso de los reglamentos como en el del resto de decisiones administrativas, para apreciar si el dictamen del órgano consultivo ha sido o no objeto de la debida ponderación antes de la toma de la resolución.



Por ejemplo, si realizado un trámite de información pública se dejan de responder específicamente una serie de alegaciones, pero en cambio se contesta de forma razonada el resto, deberá ponderarse por el tribunal la trascendencia de esa ausencia de respuesta, poniéndola en conexión con las contestaciones efectuadas y con la decisión final, para determinar si es susceptible de provocar o no la anulabilidad de ésta<sup>1264</sup>.

En definitiva, el control judicial deberá operar caso por caso, verificando si existen auténticas razones que justifiquen la decisión adoptada, como fruto de una real ponderación administrativa de la circunstancias del caso, cuya ausencia causará la invalidez de la resolución, en la línea de control desarrollada por la jurisprudencia alemana, comunitaria<sup>1265</sup>, italiana<sup>1266</sup> o norteamericana<sup>1267</sup>. En cualquier caso, por supuesto,

---

<sup>1264</sup> Quizás el vicio procedimental no tenga entidad ni siquiera para provocar la anulabilidad de la solución finalmente elegida. Así, por ejemplo, puede suceder que la Administración haya realizado una respuesta "común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales", opción que le otorga el citado art. 86.3 LRJPAC, en cuyo caso nada habrá que objetar jurídicamente, y la decisión final será válida al haberse cumplido el deber de objetividad. O que, aunque no se haya contestado a una alegación, ésta se recoja en la solución final adoptada, con lo que, en definitiva, también habrá sido tenida en cuenta.

<sup>1265</sup> Vid. al respecto GONZALEZ-VARAS, S., "El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del derecho comunitario para el proceso administrativo español (Informe sobre el Parlamento Europeo acerca del futuro de la política social comunitaria)", *RAP*, núm. 135, pp. 316 y ss., y CASADO CASADO, L., "El control de la discrecionalidad administrativa en el Derecho Comunitario europeo", *RVAP*, núm. 44-1, 1996, pp. 137 y ss., quienes dan cuenta del control efectuada por los tribunales alemanes y la jurisprudencia comunitaria sobre la existencia y suficiencia de valoración administrativa en los casos en los que existe un ámbito discrecional.

<sup>1266</sup> Vid. al respecto las referencias jurisprudenciales contenidas en VAIANO, D., *La riserva...*, op.cit., pp. 315 y 316, notas 83 y 84, donde se citan numerosas decisiones judiciales, en las que se deriva del art. 97 de la Constitución el deber de realizar una instrucción suficiente y adecuada, así como una valoración de los intereses públicos y privados envueltos en la toma de decisión.

<sup>1267</sup> En relación a la doctrina judicial del *hard look*, vid. con carácter general, por ejemplo, BREYER, S.G., y RICHARD, S.B., *Administrative Law and Regulatory policy. Problems, text and cases*, Boston-Toronto-London, Little Brown and Company, 1992, pp. 351 y ss., y en la doctrina española, las referencias contenidas en LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, Civitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1991, pp. 122 y ss.,

semejante margen de apreciación judicial, imprescindible ante la diversidad de supuestos que la realidad cotidiana presenta, nada tiene que ver con el puro decisionismo carente de justificación racional, pues la arbitrariedad judicial también está prohibida, como es sabido, por el art. 9.3 CE<sup>1268</sup>. No cabe el arbitrio judicial en la determinación de si se ha vulnerado o no el deber de buena administración en un supuesto concreto, por cuanto la sentencia que así lo aprecie deberá, a su vez, *motivar* razonadamente porqué considera que ha existido una infracción de tal entidad<sup>1269</sup>.

En este sentido, es preciso señalar que el control judicial del cumplimiento del deber de objetividad ha de dirigirse a comprobar que la decisión discrecional adoptada está fundada, al haberse realizado la ponderación de los hechos e intereses implicados. Ahora bien, ello no puede significar la sustitución judicial de la ponderación administrativa. En el proceso no cabe que el órgano judicial realice la ponderación que la Administración no hizo al resolver o la vuelva a efectuar de nuevo, a fin de obtener de este modo un resultado conducente a anular la solución administrativa y, en su caso, a sustituir la valoración

---

GONZALEZ GARCIA, J.V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 117 y ss. Vease también lo que se expone en el último capítulo de este estudio, en relación al papel institucional que deben desempeñar los tribunales de justicia en el aseguramiento del cumplimiento del deber de buena administración.

<sup>1268</sup> Respecto a esta cuestión, vid. las consideraciones efectuadas desde una perspectiva general que se contienen en el interesante trabajo de NIETO, A., "El dorso metalegal de las resoluciones judiciales", en AA.VV., *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús Gonzalez Pérez, vol.I, Madrid, Civitas, 1993, pp. 61 y ss.

<sup>1269</sup> En relación al control de la discrecionalidad judicial, vid. MARTIN-RETORTILLO, L., "Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial", *RAP*, 100-102, 1983, pp. 1083 y ss., GONZALEZ SALINAS, P., "La motivación arbitraria de las sentencias", *REDA*, núm. 82, 1994, pp. 279 y ss., y VAZQUEZ SOTELO, J.L., "Discrecionalidad y Derecho Procesal", *Justicia*, núm. III-IV, 1995, pp. 51 y ss.

Sobre los problemas que puede comportar el control judicial en caso de excederse de sus funciones, vid. lo que se argumenta en el último capítulo, a propósito de los límites del control judicial del procedimiento de desarrollo de la función administrativa.

condenando a la Administración a adoptar una decisión determinada. No es función judicial realizar ponderaciones en base a criterios extrajurídicos, puesto que el servicio al interés general, de conformidad eso sí con el deber de objetividad entre otros, corresponde constitucionalmente a la Administración<sup>1270</sup>.

Corresponde, pues, a la Administración tomar una decisión discrecional razonable, en el sentido de reflexionada, ponderada y objetiva. A la jurisdicción contenciosa no le corresponde entrar en la discusión sobre si existe o no otra decisión más acertada, sino, simplemente, asegurarse de que la adoptada lo es, comprobando que, efectivamente, ha existido una valoración objetiva fundada en suficientes datos, sin sustituir esa valoración por la suya propia.

Teniendo en cuenta la distribución funcional aludida, algunas decisiones judiciales que reponderan los intereses implicados en la toma de una decisión discrecional son altamente discutibles, desde una perspectiva estrictamente constitucional. Es el caso, por ejemplo de la STS de 16 de febrero de 1988 (Ar. 1418). En la misma se conocía de la impugnación de un acuerdo del Ayuntamiento de Madrid de proceder a la instalación y apertura de un centro de tratamiento y rehabilitación de toxicómanos en diversos edificios, de propiedad municipal, de la ciudad, situados un barrio con una alta concentración de escuelas. Los recurrentes alegaban que tal ubicación ponía en peligro a los escolares, afirmación que apoyaban en un informe de un Hospital dependiente del Instituto Nacional de la Salud, produciéndose por esa causa una vulneración de los arts. 15 y 17 CE. El Ayuntamiento al contestar a la demanda negaba tal peligro, puesto que se trataba de un centro de seguimiento para atender a personas abstemias totales y completamente desintoxicadas, el cual no estaba destinado a la atención inicial sino a la recuperación y reinserción de personas que ya se encontraban curadas.

---

<sup>1270</sup> Vid. supra Capítulo IV.4.

Afirmaba que con la creación de este centro se cumplía un deber constitucional, ajustándose la decisión al ordenamiento urbanístico. Entre la documentación aportada por el Ayuntamiento para avalar su decisión figuraba una respuesta del Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas a consulta formulada por el Alcalde, en la que se negaba que existiese ningún riesgo derivado de la apertura de este tipo de centros, afirmando la conveniencia de promoverlos en zonas urbanas; una respuesta de la Comunidad Autónoma de Madrid en la que se hacía constar que el centro se ajustaba plenamente a las directrices del Plan Regional de la Droga, siendo su creación "uno de los recursos imprescindibles para la lucha contra la droga en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid"; un informe técnico del Ayuntamiento de Barcelona, donde existían ya en marcha experiencias similares y un dictamen donde se aludían a centros semejantes existentes en otras ciudades españolas.

Pues bien, el TS, a la vista de estas circunstancias, reconoce que no se puede dudar de que "el drogadicto o el toxicómano haya de ser sometido a tratamiento adecuado, como un enfermo más que es, con todos los derechos que le otorga la Constitución"; acepta que "el Ayuntamiento tiene derecho de utilizar sus propias edificaciones para la finalidad indicada", sin que discuta la Sala "la competencia municipal para luchar contra la droga cumpliendo así lo prevenido en el Plan Nacional del Gobierno de 24 de julio de 1984, y los informes científicos aportados por el Ayuntamiento, porque no podría hacerlo al constituir esta lucha esencial en el momento actual".

Es decir, el TS no detecta ninguna vulneración del ordenamiento jurídico, ni constata una falta de fundamentación de la decisión discrecional del Ayuntamiento, avalada por informes y dictámenes. Sin embargo, el tribunal acaba anulando la ubicación del centro decidida. El razonamiento que conduce a tal conclusión se basa en "la necesidad de efectuar una comparación entre la finalidad a que obedece la instalación del Centro Integral referido,

imprescindible en toda Sociedad y sobre todo en la española, dada la situación actual, porque también los drogadictos y los toxicómanos han de estar protegidos por el artículo 15 y la salud es un derecho que tienen reconocido en el artículo 43 de la Constitución, y la que surge del derecho del niño y del adolescente a no ser atacado en su integridad física y moral, cuando hayan de acudir a los Centros docentes". Y esta ponderación entre todos los valores mencionados debe decantarse, según el tribunal y a diferencia de lo decidido por el Ayuntamiento, a favor de la integridad física y moral de los niños, pues sus intereses son prevalentes, de conformidad con la interpretación que debe derivarse del Derecho Internacional, por exigencias del art. 10.2 CE. En consecuencia, teniendo presente que "la protección de la moral es uno de los objetivos básicos en una sociedad democrática (...), siendo dato importante que la moral que se pretende proteger sea la de los jóvenes y niños en temas, además que habida cuenta de su edad y circunstancias pueden incitarles a adoptar conductas antisociales o pueden depravarles y corromperles", el TS considera que el funcionamiento de los centros escolares y del centro de prevención, tratamiento y reinserción social son incompatibles. Como el centro escolar estaba ya en funcionamiento previamente, "una razón de orden lógico (...) obliga a no cambiar su anterior destino, sino a no autorizar el referido Centro Integral", pues si bien el Ayuntamiento puede utilizar sus edificios para esa finalidad, "lo razonado anteriormente justifica su no utilización, si el mismo, como Administración Pública que es, ha de cumplir con el art. 103.1 de la Constitución de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con el principio de eficacia, que ha de presidirle".

El notable esfuerzo argumental desplegado en la sentencia no puede ocultar que se intenta razonar jurídicamente una ponderación basada en criterios metajurídicos, aunque la misma se intente revestir tras el manto de los arts. 15 y 43 CE. Si bien es cierto que la

decisión adoptada por el Ayuntamiento puede ser discutible, en base a concepciones extrajurídicas de la sociedad y del problema social que supone la drogadicción, lo cierto es que, como el propio tribunal reconoce, la decisión no vulneraba ningún precepto legal ni reglamentario y estaba suficiente y sólidamente fundada. Por todo ello, nos parece desacertada la mención del art. 103.1 CE como argumento justificatorio de la nulidad. Bien al contrario, la asignación funcional contenida en el mismo (es la Administración la que sirve al interés general) y el recto entendimiento del principio de objetividad (existía en el supuesto la fundamentación precisa según el propio tribunal) no justificarían la extralimitación en el control que se produce en la sentencia. Debe tenerse en cuenta que la decisión adoptada traducía la política municipal del momento en la lucha contra las drogas, la elección de la cual, al ser ajustada al ordenamiento jurídico - compartida o no, pues esa es otra cuestión - correspondía al órgano competente y democráticamente legitimado para ello<sup>1271</sup>.

Ese respeto de las consideraciones metajurídicas implicadas en la ponderación de las

---

<sup>1271</sup> No se trata, por otro lado, de una decisión aislada. En este sentido, la STS de 4 de mayo de 1993 (Ar. 3572) se enfrenta a un caso semejante - se trataba de la ubicación decidida por unanimidad por un Ayuntamiento de un centro de atención a drogodependientes - y lo resuelve también de igual forma, con apoyo explícito en la sentencia que se acaba de criticar. Por su parte, la STS de 12 de mayo de 1995 (Ar. 3976) conoce de la impugnación, por vulneración del art. 15 CE, de la concesión de una autorización municipal para la construcción de una Estación de Autobuses ubicada en las proximidades de un Colegio. La sentencia acepta efectuar de nuevo la ponderación realizada por la Administración, aunque en esta ocasión concluye que el interés consistente en la existencia de la Estación supera a la incidencia de la misma en la integridad física y moral de los niños, por lo que decide no anular la licencia.

En cambio nos parece correcta la STS de 27 de junio de 1988 (Ar. 8203), en la que se conocía de la impugnación por un Ayuntamiento de la decisión autonómica de ubicar en el término municipal unas denominadas Comunidades Terapéuticas de Drogadictos. El TS niega que exista vulneración de los arts. 14,15 y 24 CE, tal y como alegaba el Ayuntamiento, ya que al examinar el expediente que refleja el procedimiento de adopción de la decisión comprueba que la medida está "fundada en un designio de evidente interés público, que ciertamente concurre en la actuación de la Administración a quien no se puede imputar que ha procedido sin ponderar circunstancias concurrentes como son la elección del lugar distante del núcleo de población, suficiente en el caso y la calidad del régimen terapéutico; el riesgo no lo crea la Administración sino la realidad de las cosas y está por ver que haya un contacto inevitable entre toxicómanos a rehabilitar y población a contaminar".

circunstancias del caso no impide, por otro lado, que sea labor judicial detectar y anular aquellas decisiones que vulneren el *principio de proporcionalidad*. Como en su momento se expuso<sup>1272</sup>, este principio general del Derecho constituye un límite jurídico a la actividad de la Administración y una útil herramienta para el control judicial de la misma. En consecuencia, aquellas ponderaciones administrativas, aun fundamentadas correctamente, que traspasen el marco trazado por el principio de proporcionalidad deberán ser objeto de anulación judicial, pese a que respeten el deber de objetividad. En este sentido, el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*, al que nos referimos, impide que se adopten decisiones administrativas, a pesar de ser fruto de una fundada reflexión, en las que el daño infligido a los derechos e intereses de los ciudadanos rebase claramente el beneficio al interés general que la decisión pueda reportar. Como se puso de relieve, esta técnica debe ser manejada con cuidado, por los riesgos de extralimitación judicial que presenta, pero su prudente uso no debe ser descartado, en aquéllos casos, probablemente excepcionales, en los que la relación entre ventajas e inconvenientes esté manifiestamente descompensada. Así, la STS de 6 de junio de 1990 (Ar. 4806) acepta el uso de este tipo de control<sup>1273</sup>, mientras que la STS de 18 de marzo de 1993 (Ar. 3375) lo utiliza en el caso concreto, declarando

---

<sup>1272</sup> Vid. supra Capítulo IV.4.3

<sup>1273</sup> Esta sentencia conocía de la impugnación de la Revisión de un Plan General respecto de la calificación de una porción de finca. En ésta se hallaba una explotación agrícola cuyo suministro de agua se obtenía de un pozo sito en la propia finca. El plan califica como sistema comunitario deportivo precisamente la porción de finca donde se sitúa el pozo. El recurrente afirma que al eliminar el pozo se arruina la explotación y que la parte donde se pretende situar la zona deportiva no la hace viable, existiendo en consecuencia un desequilibrio entre la utilidad pública que se busca y el sacrificio de la propiedad privada que se produce. La decisión del TS, si bien rechaza en el caso concreto el recurso al no probarse que la zona deportiva prevista sea técnica o económicamente inviable, acepta implícitamente la posibilidad de controlar "si hay desproporción entre la utilidad pública y general que persigue la Revisión en esa concreta zona y los sacrificios que se imponen al recurrente y a los habitantes de la misma en general".

inválido el resultado de la ponderación administrativa<sup>1274</sup>. Se vuelve a poner de relieve así la diferencia entre los principios de objetividad, que actúa como guía de comportamiento positivo de la Administración, y de proporcionalidad, que se alza como un límite jurídico que las decisiones administrativas no pueden sobrepasar<sup>1275</sup>.

---

<sup>1274</sup> Se conocía en la misma la impugnación de la aprobación definitiva de la revisión y adaptación de un Plan General, en concreto respecto del trazado previsto de una vía pública por el interior de un complejo industrial, ya prevista en el anterior planeamiento. El perito procesal hace referencia a las grandes distorsiones que ese vial causaría en la industria, alterando el proceso de fabricación y las condiciones de seguridad del mismo. El Ayuntamiento, por su parte, acepta que "el interés actual en que se mantenga en el planeamiento como de uso público y general no es objetivo prioritario", reconociendo el servicio que, desde los comienzos de la instalación de la empresa, el vial ha prestado a la industria.

A la vista de todo ello, el TS anula la determinación urbanística del plan relativa al vial, "al suponer la vía cuestionada una gran distorsión para el funcionamiento de una importante industria, que ha venido utilizando como propia dicha vía desde su instalación, sin que conste en estos autos con certeza la titularidad de aquélla, y al no resultar que la supresión de dicha vía perjudique gravemente los intereses protegidos por el planeamiento".

<sup>1275</sup> Vid. supra Capítulo IV.2.2 a) en su parte final y Capítulo IV.4.4.

En este sentido, parece detectarse una confusión entre ambos conceptos en la STS de 30 de septiembre de 1995 (Ar. 6769). En la misma se conocía de la apelación contra una sentencia de instancia que había anulado una sanción administrativa, fijando la cantidad exacta correspondiente, inferior en 300.000 pesetas a la inicial establecida por la Administración. Ante las alegaciones de invasión de la discrecionalidad administrativa, el TS niega que tal cosa haya sucedido pues el tribunal de instancia "no ha sustituido con su decisión la discrecionalidad que a la Administración corresponde para imponer la sanción dentro de los límites establecidos legalmente" sino que "se limitó a tener en cuenta, con el fin de hacer eficaz el principio de proporcionalidad, la naturaleza y circunstancias de la infracción y sus efectos". La Administración "viene obligada a una valoración correcta de los hechos determinantes o presupuestos que condicionan su actuación", cosa que "no hizo en este caso al sancionar al infractor por no haber tenido en cuenta las concretas circunstancias según las que debía moderar la multa impuesta", ya que "no se ha expresado que se hayan tenido en cuenta aquellas circunstancias que, de existir, hubieran debido tener trascendencia para moderar la multa impuesta". Por ello, la sala de instancia actuó correctamente según el TS, al apreciar "la inexistencia de antecedentes del sancionado y la carencia de efectos de la infracción (lo que no hizo la Administración apelante en las decisiones objeto del recurso contencioso-administrativo)" y reducir la cuantía de la multa.

Lo que parece evidente, según el relato de la sentencia, es que en el ejercicio de la discrecionalidad la Administración no respetó la directiva de *objetividad*, pues no tomó en consideración las circunstancias del caso. El TS, en vez de detectar este problema y anular la sanción por esta causa, acepta la posibilidad de fijar ya en sede judicial directamente el importe de la multa, amparándose en el principio de proporcionalidad. Sin embargo, parece discutible que pueda hacerse tal cosa, por cuanto un principio general del Derecho es incapaz determinar la cuantía correcta de la multa, con una precisión, por cierto, de hasta la última peseta.

Se muestra contrario a esta posibilidad, SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 141, nota 59, y el propio TS en su sentencia de 19 de octubre de 1988 (Ar. 7858). Vid. sin embargo la STS de 22 de abril de 1988 (Ar. 3398), donde se acepta, y la STS de 5 de mayo de



---

Hasta el momento hemos expuesto las consecuencias que la ausente o deficiente fundamentación de las decisiones adoptadas deben comportar respecto a éstas. Sin embargo, consideramos que las consecuencias de la vulneración del deber constitucional de buena administración, al carecer el comportamiento administrativo de la necesaria objetividad, *despliegan también efectos durante el desarrollo del proceso contencioso-administrativo*. En concreto, como a continuación se argumentará, la violación del art. 103.1 CE afecta a la *presunción de legalidad* de las decisiones administrativas y, por tanto, incide sobre la cuestión de la *carga de la prueba* en el proceso judicial, así como sobre la *ejecutividad* que de los actos o normas administrativos carentes de fundamentación.

En primer lugar, procede analizar las relaciones entre deber de objetividad, fundamentación de las decisiones administrativas y autotutela declarativa o privilegio de ejecutividad de la Administración.

Como es sobradamente conocido, la autotutela declarativa o privilegio de ejecutividad de la Administración implica que las decisiones administrativas obligan, desde que son dictadas a su inmediato cumplimiento, aunque puedan surgir discrepancias sobre su respeto del ordenamiento jurídico. Esas posibles discrepancias deberán sustanciarse mediante una impugnación de la decisión, que no implica, en principio, la suspensión de la obligación de cumplimiento, puesto que el acto o norma de la Administración despliega de inmediato sus efectos (cumplidos, claro está los requisitos de eficacia, como la notificación, la publicación, etc.). En definitiva, la existencia de un *privilège du préalable* conlleva que la Administración,

---

1993 (Ar. 3707), en la que se utiliza el principio de proporcionalidad para fijar la cuantía de una multa en 501.000 pesetas.

en nuestro sistema jurídico, puede decidir previamente a toda intervención judicial. La decisión administrativa se beneficia de una "presunción de legalidad", la cual permite que la Administración pueda modificar unilateralmente las situaciones jurídicas sobre las que actúa. Por ello, los actos o normas administrativos deben cumplirse sin necesidad de que exista ninguna sentencia previa que así lo declare, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la relación *inter privatos*, donde la autotutela de sus posiciones jurídicas es excepcional y meramente facultativa<sup>1276</sup>.

En la LRJPAC, tal privilegio se encuentra recogido en los arts. 57.1 y 94. En el primero se indica que "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa". Por su parte, el art. 94 LRJPAC señala que "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos...".

Como también es conocido, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del principio de autotutela administrativa en diversas sentencias, en las que ha afirmado que el mismo no es incompatible con el texto fundamental. Así, por citar dos ejemplos recientes, la STC 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 3, recuerda, que el principio de autotutela administrativa no está en "pugna, en sí mismo, con regla o principio constitucional alguno de la Constitución", con cita de una anterior STC 22/1984, FJ 4, por cuanto la configuración constitucional de la Administración "como institución al servicio de los intereses generales y cuya actuación ha de quedar informada, entre otros principios, por el de su eficacia (art. 103.1)". De igual modo, la STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 4, ha

---

<sup>1276</sup> Por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, vol.I, op.cit., pp. 470 y ss.

señalado que "ciertamente, el privilegio el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 de la Constitución (STC 22/1984, y en términos generales y abstractos la ejecutividad de sus actos tampoco resulta incompatible con el art. 24.1 de la Constitución (STC 66/1984 y AATC 548/1988, 930/1988 y 1095/1988)".

En definitiva, puede apreciarse como el TC no sólo considera constitucional el privilegio de ejecutividad de las decisiones administrativas, sino que, además, encuentra su fundamento y justificación en la propia Constitución, en el art. 103.1, el cual, como ya sabemos, contiene un mandato a la Administración para que sirva a los intereses generales de forma objetiva y eficaz. En definitiva, es precisamente el necesario servicio objetivo de manera efectiva y real a los intereses generales, es decir la necesidad de una buena administración, el que explica y da sentido a este privilegio<sup>1277</sup>.

La razón de ser constitucional de la autotutela declarativa debe ser tenida muy en cuenta al abordar las consecuencias de este privilegio. La *presunción de legalidad* de las decisiones administrativas, asociada al mismo, supone que los interesados deberán impugnarlas para destruir tal presunción. La carga de accionar se desplaza al particular, quien, si quiere destruir la presunción de legalidad de la resolución administrativa, deberá recurrir. Sin embargo, y ello es de la mayor importancia, una vez el particular recurre en vía judicial, levantando la carga derivada de la presunción de validez de la decisión, *corresponde a la Administración acreditar la fundamentación de la decisión, mediante la exhibición del expediente en el que deben constar las razones que condujeron a adoptar tal decisión, en definitiva la justificación de que la decisión ahora impugnada se adoptó de tal*

---

<sup>1277</sup> La jurisprudencia del TS argumenta de igual modo el fundamento del privilegio de autotutela con cita del art. 103.1 CE, en la línea establecida por el TC. En este sentido, y entre la numerosa jurisprudencia existente, vid. por toda ella el ATS de 18 de marzo de 1991 (Ar. 2284).

*manera que se ha cumplido el mandato constitucional de servicio objetivo a los intereses generales. Si no se aporta tal fundamentación, porque no existe expediente o porque éste no justifica la existencia de los elementos de juicio precisos para resolver, así como su real ponderación, la inicial presunción de legalidad, que conllevó la carga de recurrir, debe trocarse ahora, a la vista del expediente, en una presunción de ilegalidad, que la Administración deberá destruir, si ello es posible, durante el proceso judicial.*

Lo afirmado no es más que la consecuencia lógica de la razón de ser de la presunción de legalidad de las decisiones administrativas. Como vimos, su fundamento se halla en el cumplimiento del deber de servicio objetivo y eficaz a los intereses generales (art. 103.1 CE). Este modo de servir a los intereses generales sólo es posible si se sigue un procedimiento administrativo adecuado (art. 105 CE), en el cual deberán introducirse los datos y elementos de juicio necesarios, que deberán ser valorados reflexivamente antes de la adopción de la decisión final. En consecuencia, servicio objetivo y eficaz de los intereses generales está íntimamente conectado a procedimiento administrativo, por cuanto, como sabemos ya, "los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente *ajustándose al procedimiento establecido*" (art. 53.1 LRJPAC).

Consecuencia inexorable de todo lo dicho es que, de igual modo que los arts. 103.1 CE y 105 CE deben ser interpretados conjuntamente, los arts. 57.1 y 94 LRJPAC deben ser conectados con el citado art. 53.1 LRJPAC. Por tanto, *las decisiones administrativas se presumen válidas siempre y cuando hayan seguido el procedimiento administrativo establecido, por cuanto el privilegio de ejecutividad sólo tiene sentido y razón de ser si es instrumento para un servicio objetivo y eficaz de los intereses generales.* Como ha destacado BELADIEZ ROJO, para que la alteración unilateral de modificaciones jurídicas producto del

privilegio de autotutela "sea compatible con las exigencias mínimas de seguridad jurídica es necesario que la Administración sólo pueda actuar cuando haya adoptado las garantías suficientes para presumir válida su actuación. Sólo así pueden considerarse legítimas la perturbación de la paz jurídica que la ejecutividad propia de las decisiones de la Administración conlleva"<sup>1278</sup>. La seguridad jurídica, principio esencial en el Estado de Derecho como ha declarado el TC<sup>1279</sup>, exige que el privilegio de autotutela venga avalado por la existencia de un procedimiento previo, en el que se hayan ponderado las circunstancias del caso y garantizado así los derechos e intereses de los ciudadanos y el servicio adecuado al interés general<sup>1280</sup>.

Por ello, una vez el particular ha recurrido, la remisión del expediente y el contenido de éste devienen claves para conocer si la decisión impugnada tiene o no fundamentación suficiente para mantener su presunción de validez. Como ha señalado la STS de 19 de octubre de 1987 (Ar. 8667), "el proceso seguido ante la Jurisdicción contencioso-administrativa integra en su desarrollo, como título fundamental, la remisión del expediente administrativo - art. 61 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa -; ello implica una incorporación en bloque al proceso de todos los elementos vertidos a lo largo del procedimiento administrativo, de suerte que el órgano jurisdiccional ha de tomar en

---

<sup>1278</sup> BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pp. 118 y 119.

<sup>1279</sup> Así, STC 27/1981, de 20 de julio, que señala que el principio de seguridad jurídica viene a ser el compendio o síntesis de los otros principios citados en el art. 9.3 CE, por cuanto "es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable" e "interdicción de la arbitrariedad... equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad".

<sup>1280</sup> Sobre las conexiones entre autotutela y procedimiento administrativo, vid. las consideraciones de PARADA, J.R., "Los principios de audiencia...", op.cit., pp. 300 y ss., y de GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit. pp. 503 y ss., en las que se ponen de relieve que la procedimentalización del actuar administrativo equilibra y aporta garantías en relación a los privilegios de que goza la Administración para el logro del servicio al interés general.

consideración todos los datos que figuren en el expediente, aunque no aparezcan en las alegaciones procesales de las partes". El tribunal debe analizar, como ya se expuso, el expediente, para verificar si la decisión impugnada tiene los datos y elementos de juicio precisos y si éstos han sido ponderados en cumplimiento del deber de objetividad, pues como destaca la STS de 23 de abril de 1986 (Ar. 2956), "la Sala ha de juzgar la adecuación a Derecho de un acto administrativo *el cual ciertamente no puede surgir de la nada, sino que ha de ser resultado de una serie de actuaciones administrativas debidamente documentadas, a lo que se llama y constituye el expediente administrativo, el cual refleja el procedimiento del que el acto trae causa; pero este procedimiento es garantía del acierto de la decisión que se tome, y protección o salvaguarda en su caso de los derechos de los eventuales afectados por aquélla, los cuales - aparte de cuando corresponda, tener ocasión de intervenir formulando alegaciones y probándolas - encuentran en el expediente la expresión del iter del razonamiento que lleva a formar esa decisión y no otra...*".

En definitiva, en el expediente deben constar "los datos que permiten "determinar, conocer y comprobar" de qué manera la resolución sirve al interés público. La carga de esa prueba corresponde, pues, a la Administración, a quien la ley obliga a practicar de oficio la "instrucción" necesaria para que la resolución que se adopte esté fundada en un análisis razonado de lo que conviene al interés público", ya que "la prueba del interés público corre a cargo de la Administración y su omisión provoca una presunción contraria a su concurrencia en el acto impugnado"<sup>1281</sup>. Como ha sido notado el privilegio de ejecutividad si bien "desplaza la carga de accionar al administrado, no implica necesariamente un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba dentro del proceso", pues "la Administración es titular de la carga de la prueba con normalidad en el plano material de las

---

<sup>1281</sup> SAINZ MORENO, F., "Sobre el interés público...", op.cit., pp. 450 y 451.

relaciones (arts. 80 y 81 LPC), de modo que si la ha desatendido y no obstante ha dado sin prueba por probados determinados hechos la decisión que se adopte será inválida". En definitiva, y de acuerdo con lo expuesto, "la autotutela declarativa de que se beneficia la Administración desplaza, pues, la carga de accionar a la otra parte (...), pero esto no implica que se dé un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, carga ésta última que con normalidad corresponde a la Administración, incurriendo en un vicio legal el acto que la desatiende en este supuesto"<sup>1282</sup>.

La Administración, en cumplimiento del deber de objetividad, debe acreditar en el expediente que la decisión adoptada goza de suficiente fundamentación que la sostenga, que se apoya en datos y elementos de juicio y que ha existido una ponderación de la que se han derivado razones que justifican la elección efectuada. Si el expediente no demuestra tales extremos, la presunción de legalidad deja de tener sentido, al no instrumentarse como un medio de servicio objetivo y eficaz al interés general, decayendo el privilegio de ejecutividad y apareciendo una *presunción de ilegalidad*. De ahí la extraordinaria importancia del expediente, puesto que actúa como espejo del procedimiento seguido y, en definitiva, como acreditación del cumplimiento del deber constitucional de servicio objetivo a los intereses generales<sup>1283</sup>.

---

<sup>1282</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 492 y 493. Vid. arts. 1214 Código Civil y 74.4 LJCA.

<sup>1283</sup> Por tanto, la Administración debe poner especial diligencia en la formación y conservación de los expedientes administrativos. RICO GOMEZ, J.I., "El expediente administrativo y el proceso administrativo: un análisis de jurisprudencia", *REDA*, núm. 71, 1991, pág. 414, señala que "en la práctica, salvo honrosísimas excepciones, los expedientes administrativos ofrecen un estado lamentable; ni se folian, ni se numeran, con lo que aparte de los evidentes riesgos de extravío y las innegables molestias que la consulta de un expediente desordenado lleva consigo, surgen serias dudas acerca de la falsedad material de los documentos en ellos contenidos (alteración de la redacción, trucado de hojas, simulación o destrucción de la totalidad o de parte sustancial del mismo)". Aparte de las consecuencias penales, en las que ahora no vamos a detenernos, la falta de justificación de la realización de trámites o de toma en consideración de los mismos debe conducir al cese de la presunción de legalidad de la decisión impugnada, debido a la falta de fundamento de la misma.

En consecuencia, cuando la Administración ejerce potestades discrecionales, la justificación de la decisión adoptada no puede basarse en "la mera afirmación del "porque sí" por parte de la Administración y el traslado al recurrente de la carga de demostrar el "porque no" "<sup>1284</sup>. El ejercicio de la discrecionalidad debe hallar justificación en el expediente administrativo, donde deberán encontrarse las razones que fundamentan que la decisión es ajustada al ordenamiento, incluidas las que sustentan el criterio metajurídico que ha utilizado la Administración para elegir la solución que considera más acertada. Como expone la STS de 15 de noviembre de 1995 (Ar. 8549), no basta con alegar la existencia de discrecionalidad, sino que el expediente debe reflejar el cumplimiento del "deber de razonar las decisiones", ya que "no es conforme a los principios de la carga de la prueba exigir a los administrados una prueba que no está en su mano realizar", como es demostrar que una decisión discrecional no es la más adecuada en su servicio al interés general<sup>1285</sup>.

---

<sup>1284</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrariedad...*, op.cit., pág. 114, nota 74.

<sup>1285</sup> En este sentido, es modélica la STS de 9 de julio de 1996 (Ar.5970). En la misma se analizaba un acuerdo municipal por el que se ampliaba el número de licencias de autotaxi. La sentencia de instancia había anulado esta decisión discrecional al no haberse acreditado su necesidad y conveniencia, así como la valoración de una serie de elementos recogidos en la legislación aplicable. El TS confirma la sentencia, señalando que "la validez de un acuerdo que modifica el servicio establecido, exige de parte de la Administración que pruebe la realidad de la conveniencia y necesidad de tal modificación, sin que se pueda admitir, como se pretende, que sean los afectados, los que impugnen el acuerdo, los que acrediten la no necesidad y la no conveniencia de la modificación del servicio", pues la discrecionalidad conferida por el ordenamiento "se ha de entender y aplicar para tomar la iniciativa en la determinación del servicio que quiere tener pero obviamente, siempre que a su juicio concurren las circunstancias y presupuestos exigidos por la norma y ello lo exponga y lo acredite en cada uno de sus extremos, incumbiéndole (...) no sólo exponer y analizar la situación del servicio antes de su modificación, sino porqué y qué quiere modificar y cuáles son las necesidades que pretende cubrir y cómo".

La anulación de la decisión municipal por éste motivo, falta de fundamentación, no significa, como pone de relieve la sentencia comentada, que el control judicial se exceda de su función ni que vulnere la autonomía municipal. La revisión judicial del modo de ejercer la discrecionalidad puede y debe comprobar la existencia de la adecuada fundamentación, comprobación que respeta la autonomía municipal, por cuanto corresponde al Ayuntamiento valorar la conveniencia de aumentar el número de licencias de autotaxi, pero, eso sí, con el deber de "acreditar que las nuevas licencias que propone son necesarias y convenientes para el servicio". Como en el supuesto analizado no lo ha hecho - vulnerando el principio de objetividad, añadimos nosotros - procede la declaración de la invalidez de la decisión, lo que no impide, como acertadamente destaca el TS, "futuras actuaciones



En definitiva, la ausencia de la adecuada fundamentación de la decisión en el expediente hace cesar su presunción de legalidad, al vulnerarse los arts. 103.1, 105 y 53.1 LRJPAC, que son presupuesto necesario para el juego de los arts. 57.1 y 94 LRJPAC. Surge entonces, a la vista de la inexistencia de expediente o de los defectos del mismo, una presunción de ilegalidad, por incumplimiento del deber constitucional de comportamiento objetivo. Al incumplir su obligación de prueba del acierto y respeto al ordenamiento de la decisión, debe presumirse que la misma es contraria a éste<sup>1286</sup>.

Por tanto, la Administración deberá demostrar durante el proceso, si puede, que la resolución adoptada tiene fundamento y sirve de forma adecuada al interés general. Y decimos si puede, pues en el caso de las decisiones discrecionales no será posible acreditar durante el proceso lo que no se realizó durante el procedimiento. Si se omitieron trámites dirigidos a ilustrar la discrecionalidad (información pública, dictámenes del Consejo de Estado) o si se cumplieron defectuosamente (no se respondieron las alegaciones presentadas), la formación de la voluntad está viciada, por lo que no es posible, ni tiene sentido ahora en la dinámica de un proceso judicial, intentar "probar" (?) que la decisión es la mejor posible en el servicio al interés general. En puridad, no se trata de un problema de prueba. En un proceso judicial no se puede probar que una decisión sea la más acertada o no, sino que lo que debe acreditarse es que cuando se tomó la Administración se había situado en la mejor

---

de la Corporación recurrente, en ejercicio de la competencia atribuida, siempre claro está que acredite la necesidad y conveniencia de nuevas licencias de autotaxis para el servicio".

<sup>1286</sup> En el mismo sentido, DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pág. 260, afirmando que: "ciertamente, ante la ausencia de material probatorio que respalde mínimamente la decisión adoptada por la Administración y teniendo en cuenta que la presentación de dicho material debe ser fácil en principio para la Administración, la omisión por su parte de toda actividad que pruebe los hechos constitutivos de la conformidad de la decisión discrecional al interés público podrá considerarse por el juez un elemento presuntivo bastante para dar por demostrada la afirmación de la parte contraria, incluso aunque ésta no haya realizado una actividad probatoria mínima".

de las posiciones posibles para afirmar que su elección estaba justificada, mediante el manejo de los datos y de los elementos de juicio precisos para que la decisión fuera acertada.

La distinción de funciones constitucional impide, por otro lado, que el tribunal supla la ausencia de fundamentación de la decisión administrativa, efectuando él la ponderación que no se realizó durante el procedimiento administrativo. Tomás-Ramón FERNANDEZ señala que "no es infrecuente que los Tribunales, otorgando a la presunción de legalidad que se predica de los actos administrativos un plusvalor que va más allá de lo que constituye el sentido institucional de la misma, inviertan el planteamiento muchas veces eximiendo de hecho a la Administración de justificar su decisión, supliendo con sus propios razonamientos, incluso, la insuficiencia de los de aquélla y volcando del lado del particular sin matiz alguno la carga de la prueba", actitud judicial en la que este autor detecta "un notable error de enfoque, que transtorna los términos del debate y otorga en definitiva, a la Administración por vía interpretativa una prima adicional a las que por Ley le están atribuidas, más allá, pues, de lo querido por el legislador y, por supuesto, por la propia Constitución, de la que en absoluto puede deducirse"<sup>1287</sup>.

Efectivamente, esta actitud judicial - a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos críticamente con anterioridad, al comentar la STS de 11 de enero de 1995 (Ar. 462) - no sólo carece de base constitucional, sino que, bien al contrario en nuestra opinión, supone una invasión indebida de la función administrativa. El control judicial (arts. 106.1 y 117 CE) no se articula para el servicio objetivo del interés general, función que corresponde a la Administración (art. 103.1 CE). En consecuencia, si ésta no fundamenta una decisión discrecional, porque no procede a realizar una auténtica ponderación del material del expediente, no cabe que un tribunal contencioso supla la ausencia de justificación, de razones

---

<sup>1287</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrariedad...*, op.cit. pág. 113.

en el expediente con una ponderación efectuada en sede judicial. Una sentencia que tal cosa hiciera estaría, a nuestro entender, excediendo el ámbito de sus posibilidades constitucionales, por lo que sería susceptible de los oportunos recursos por parte del particular afectado<sup>1288</sup>.

Ahora bien, la ausencia de fundamentación o los graves defectos de ésta, al provocar la desaparición de la presunción de validez de la decisión administrativa, *comportan al mismo tiempo que la efectividad de la decisión deje de tener sentido, arrastrando, por tanto el decaimiento del privilegio de ejecutoriedad.*

Esta última afirmación merece una consideración más pausada, si bien, como se verá no es más que la consecuencia lógica de la ausencia de servicio objetivo al interés general, auténtico arco de bóveda constitucional de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad.

Como dijimos, la falta de fundamentación o la existencia de una fundamentación gravemente defectuosa muestran que, en principio, la función administrativa de servicio a los intereses generales no ha seguido el preciso procedimiento administrativo, con lo que ese servicio no puede ser objetivo y, en consecuencia, adecuado. Ello conlleva, como vimos, el decaimiento de la presunción de validez de la decisión, que, a la vista del expediente, debe trocarse por una presumible invalidez, por vulneración del art. 103.1 CE. *Pues bien, ese desfallecimiento de la presunción de legalidad debe, necesariamente, provocar que desaparezca su consecuencia más inmediata: que la decisión produzca efectos que puedan ser impuestos por la propia Administración. El privilegio de ejecutoriedad (art. 95) se ve*

---

<sup>1288</sup> Esta invasión de ámbitos funcionales de la Administración, en perjuicio además del particular, podría constituir motivo suficiente para articular un recurso de casación. El art. 95.1 LJCA señala entre los motivos susceptibles de fundar este tipo de recurso el "abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción" (apartado 1), así como el "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia...". Además, como una sentencia de este tipo no contendría una motivación fundada en Derecho, sino que procedería a realizar un ponderación con criterios extrajurídicos, sería susceptible de recurso de amparo por vulneración del art. 24.1 CE.

Sobre esta cuestión vid. SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit. pp. 160 y 161, y GONZALEZ SALINAS, P., *"La motivación..."*, op.cit., pp. 279 y ss.

*arrastrado así por la desaparición de la presunción de legalidad*, pues no cabe otra consecuencia, teniendo presente que, como vimos ha declarado en diversas ocasiones el TC, "el privilegio de autotutela atribuido a la Administración no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103.1 de ésta" (STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 4).

*Los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad sólo tienen razón constitucional de ser en la eficacia del servicio objetivo a los intereses generales. En los casos en que esta base falle, ambos carecen de sentido, por lo que los efectos de las decisiones administrativas carentes de la suficiente fundamentación deben cesar.*

En consecuencia, cuando el tribunal contencioso, ante la ausencia o graves defectos del expediente administrativo, constate la falta absoluta de procedimiento administrativo, la omisión de trámites fundamentales o la ausencia de la debida ponderación administrativa de los materiales recogidos en el mismo, puede decretar la suspensión de los efectos de la decisión administrativa así adoptada, o "acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso", pues "la fiscalización plena, sin inmunidades del poder de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la Constitución comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos", por utilizar las palabras de la STC 148/1993, de 29 de abril de 1993<sup>1289</sup>.

---

<sup>1289</sup> Respecto a la cuestión de las medidas cautelares positivas, pueden consultarse entre otros, los trabajos de GARCIA DE ENTERRIA, E., "Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco", *REDA*, núm. 71, 1991, pp. 377 y ss., "Nuevas medidas cautelares "positivas": la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)", *RAP*, núm. 126, 1991, pp. 297 y ss., "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas),

Ante la ausencia o grave defecto en el seguimiento del necesario procedimiento administrativo, que dé lugar a la vulneración del deber de objetividad del art. 103.1 CE, la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE debe comportar que, a la vista del expediente donde se constaten esos vicios procedimentales, sean concedidas las medidas cautelares precisas para asegurar que el ejercicio injustificado de la autotutela no fruste la salvaguardia de los intereses o derechos cuya protección judicial se demanda.

Como puso de relieve FONT LLOVET<sup>1290</sup>, "el principio general de la ejecutoriedad de los actos administrativos no es sino consecuencia de la presunción legal de validez que los protege. Sólo cuando fallan los requisitos mínimos, cuando están ausentes las más elementales apariencias externas de legitimidad, deja de operar, ya desde el inicio, la regla de la eficacia inmediata de los actos administrativos. Los manifiestos y graves vicios de nulidad absoluta señalan la pauta de tal circunstancia". Para hacer operativo este razonamiento teórico, pues en la realidad sólo la sentencia del juez contencioso declarando la nulidad acabaría con la imposición de hecho por parte de la Administración de actos nulos de pleno derecho, sería precisamente "la suspensión judicial de los actos viciados de nulidad de pleno derecho, decretado por la sola concurrencia de tal circunstancia" la que "vendría a completar en el plano de la realidad la verdadera efectividad de la teoría de las nulidades".

---

y "jurisdicción plenaria" de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales", *REDA*, núm. 79, 1993, pp. 475 y ss., trabajos todos ellos recogidos con posterioridad en la monografía de este autor titulada *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 2ª edición, 1995, y "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (référé-provision). A propósito del auto del presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997 (asunto *Antonissen*)", *RAP*, núm. 142, 1997, pp. 225 y ss., TORNOS MAS, J., "Derecho a la enseñanza en la lengua materna y medidas cautelares positivas (comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 1993)", *REDA*, núm. 81, 1994, pp. 121 y ss., y CALVO ROJAS, E., "Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso", *REDA*, núm. 83, 1994, pp. 465 y ss.

<sup>1290</sup> FONT LLOVET, T., "Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos", *REDA*, núm. 34, 1982, pp. 485 y ss.

La vulneración del deber de objetividad por ausencia de fundamentación o graves defectos en ésta destruye la presunción de legalidad de la decisión, por lo que la apariencia de legitimidad del acto decae. Si bien en un principio esa presunta legitimidad existe (art. 57.1 LRJPAC), con lo que la "apariencia de buen derecho juega ex lege en favor de la Administración"<sup>1291</sup>, *ante la ausencia de expediente o a la vista de sus defectos, la apariencia de buen derecho de la decisión administrativa desaparece, siendo sustituida por una apariencia de ilegalidad*. Como ha sido notado, "cuando nos encontramos ante un acto nulo de pleno derecho no existe ni siquiera esta apariencia que en otros casos favorece la legitimidad del acto e impide al recurrente alegar en su propio favor una eventual apariencia de "mejor" derecho", pues "al Juez le basta con apreciar la manifestación exterior que reviste el acto para darse cuenta *in actu oculis* de que en el mismo no concurren las condiciones mínimas, la indispensable apariencia externa de legalidad. En este mismo instante se traslada automáticamente la presunción de buen derecho hacia el solicitante de la suspensión. La simplicidad de tal operación, y la evidencia que caracteriza a los vicios de nulidad absoluta, hacen posible que el Tribunal pueda llevarla a cabo con las máximas garantías ya desde el primer momento *con el mero examen del expediente*, sin correr el peligro de tener que modificar su juicio en el momento de dictar sentencia"<sup>1292</sup>.

Ante la situación descrita, el tribunal debe tener en cuenta esa apariencia de falta de objetividad de la decisión y ponderarla en la decisión sobre la adopción de medidas cautelares, puesto que, a la vista del expediente o de su falta, la apariencia de buen derecho se desplaza al recurrente. Debe jugar entonces el criterio del *fumus boni iuris* o apariencia

---

<sup>1291</sup> FONT LLOVET, T., "Nuevas consideraciones...", op.cit., pág.486.

<sup>1292</sup> FONT LLOVET, T., "Nuevas consideraciones...", op.cit., pág. 486. (Los subrayados son nuestros).

de buen derecho, como elemento a considerar junto al art. 122 LJCA<sup>1293</sup>, conectado a la idea de "abuso de ejecutividad", la cual ha sido manejada por el profesor GARCIA DE ENTERRIA al comentar diversas resoluciones judiciales<sup>1294</sup>.

Como se ha señalado, la doctrina del *fumus boni iuris* debe ser aplicada con tiento, por cuanto "la apariencia de buen derecho tiene que estar sustentada en razonamientos convincentes, con base en hechos ciertos, como pudiera ser, a título de ejemplo, que la sentencia de instancia ya se hubiese pronunciado con anterioridad al auto de la pieza separada, por haber sufrido ésta retraso procesal por cualquier circunstancia; porque tal doctrina del "fumus boni iuris" implica, en mayor o menor medida, una incursión en el fondo del asunto y por ello su aplicación debe hacerse con extrema cautela"<sup>1295</sup>. Esa

---

<sup>1293</sup> En este sentido, la STS de 10 de marzo de 1995 (Ar. 2159), recogiendo la doctrina sentada, entre otros, por los AATS de 15 de enero de 1991 (Ar. 504), y 17 de enero de 1991 (Ar. 503), señala que "la aplicación jurisprudencial del artículo 122.2 de la Ley de la Jurisdicción, según el cual "procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil", se realiza a través de un juicio ponderado en el que la operatividad de dicha regla es conjugada en contraste con otros dos elementos interconcurrentes: el interés público y la apariencia de buen derecho".

Sobre el manejo por la jurisprudencia de estos criterios, vid. AGUADO CUDOLÀ, V., "La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo", en MARTIN-RETORTILLO, L. (Dir.), *La protección jurídica...*, op.cit., vol.II, pp. 1675.

<sup>1294</sup> Sobre el criterio del *fumus boni iuris* en su aplicación al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, pueden consultarse los estudios de GARCIA DE ENTERRIA, E., "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del "fumus boni iuris" (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general", *REDA*, núm. 69, 1991, pp. 65 y ss., "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la "apariencia de buen derecho" para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad", *REDA*, núm. 70, 1991, pp. 255 y ss., "La aplicación de la "apariencia de buen derecho" como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra Reglamentos", *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 411 y ss., publicados con posterioridad en la obra *La batalla...*, op.cit..

<sup>1295</sup> STS de 13 de marzo de 1995 (Ar. 1956). Como indica AGUADO CUDOLÀ, V., "Evolución...", op.cit., pág. 1707, "el *fumus boni iuris* debe ser considerado, en este sentido, como un elemento importante del que debe disponer el juez de lo contencioso en el incidente de suspensión. Ahora bien ello no supone que sea el eje exclusivo en torno al cual gire la concesión de la medida cautelar. De otra forma, constituiría una opción de escaso respaldo legal dada la literalidad del art. 122.2 LJCA. Un precepto que si bien debe de interpretarse desde otras perspectivas no puede considerarse en gran parte incompatible con el art. 24.1 de la CE".

necesaria cautela justifica que la apariencia de buen derecho del recurrente deba estar basada en esos "razonamientos convincentes", que deberán estar apoyados en documentos que justifiquen la existencia de ese *fumus boni iuris*. La acreditación de éste "debe deducirse con aquella probabilidad razonable y seria del relato de los hechos y fundamentos de Derecho en que se fundamenta la petición de suspensión" (ATS de 18 de junio de 1991 (Ar. 5190)), mediante la aportación por el recurrente de documentos (actos administrativos, resoluciones judiciales...) que demuestren la consistencia de la apariencia de su buen derecho<sup>1296</sup>.

Ahora bien, la necesaria cautela en el manejo del criterio del *fumus boni iuris* y la exigencia de prueba por parte del recurrente de la apariencia de su buen derecho, no nos debe hacer olvidar las peculiaridades del proceso contencioso, donde entra en liza un sujeto dotado de privilegios excepcionales, los cuales, como vimos, tienen su única razón de ser en la eficacia del servicio objetivo a los intereses generales. La existencia del privilegio de autotutela administrativa coloca a la Administración en una posición jurídica peculiar, en más, respecto al recurrente. Se produce así una desigualdad, la cual, para que no degenera en discriminación, "ha de estar justificada por venir exigida como una medida proporcionada para el cumplimiento de las funciones y fines de interés general" que se atribuyen a la Administración, existiendo, entonces, "un criterio jurídico para determinar en qué medida los privilegios y las prerrogativas de los poderes públicos se ajustan a la Constitución"<sup>1297</sup>.

Es decir, el principio de igualdad exige que los privilegios de la Administración, en lo que nos interesa ahora los de ejecutividad y ejecutoriedad, deban estar justificados

---

<sup>1296</sup> En relación a las medidas cautelares en el proceso civil y a su prueba documental, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, F., y RAMOS MENDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, pp. 36 y ss.

<sup>1297</sup> GOMEZ-FERRER MORANT, R., "Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos", *REDA* núm. 33, 1982, pág. 186.



constitucionalmente en el servicio objetivo al interés general (art. 103.1 CE). Justificación que deberá ser especialmente intensa cuando la desigualdad afecta e incide en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva<sup>1298</sup>, como ocurre en el ámbito de la autotutela administrativa y la posible adopción de medidas cautelares.

Por todo ello, en la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, no sólo deberá ponderarse judicialmente la aportación de documentos por parte del recurrente que funden esa apariencia, sino que, también, es importante la consideración judicial de la forma en que la Administración se ha comportado antes de la sustanciación del pleito, así como el modo en que ésta actúe durante el mismo, a fin de detectar si se está ante un supuesto de *abuso de autotutela*, es decir, de uso de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad pese a la ausencia de su razón de ser: el servicio objetivo a los intereses generales. Si tal cosa sucede, si la Administración ha puesto en marcha su formidable maquinaria sin que persiga con ello el logro de la eficacia en el servicio objetivo al interés general, la desigualdad justificada devendrá en discriminación, y por tanto, procederá el restablecimiento de la igualdad procesal mediante la aplicación de las medidas cautelares precisas para garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva del ciudadano afectado.

Como ha señalado GARCIA DE ENTERRIA, "la Administración goza del insuperable poder de autotutela, por virtud del cual hace ejecutoria sus decisiones, sean éstas las que sean, y es capaz de imponerlas de hecho por sus propios medios a los administrados que las ejecuten o las admitan de grado. Los administradores tendrían que ser de sustancia divina si no abusaran con alguna frecuencia de ese formidable poder, que echa sobre el administrado la tremenda carga de un proceso impugnatorio cuyo final se demora a cuatro, a siete, a diez

---

<sup>1298</sup> GOMEZ-FERRER MORANT, R., "Derecho...", op.cit., pág. 187.

años (...). El abuso de la autotutela no es, pues, nada infrecuente y una buena parte de los procesos que hoy inundan nuestros Tribunales son recursos en que esos abusos son visibles *ictu oculi*. Con estos procesos la Administración se ampara en un privilegio formal para sostener una injusticia de fondo, intentando agotar a sus contrarios sobre la base de la extraordinaria duración de los procesos que les toca sufrir(...). Es, justamente, esa situación de abuso de la autotutela la que sólo puede combatirse con el sistema expeditivo de medidas cautelares... "<sup>1299</sup>.

Pues bien, un supuesto de abuso de autotutela se produce cuando la Administración pretende hacer efectivas decisiones cuyas carentes de toda fundamentación, con graves deficiencias por omisión de trámites procedimentales importantes o huérfanas de la necesaria ponderación previa a su adopción. En todos estos supuestos - constitutivos de nulidades de pleno derecho, como ya nos consta (art. 62.1 e) LRJPAC) - no existe servicio objetivo al

---

<sup>1299</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., "La nueva doctrina del Tribunal Supremo...", en *La batalla...*, op.cit., pp. 176 y 177. Abuso de autotutela que, en el ámbito de la realización de obras públicas, conduce al predominio de los hechos consumados. Como es conocido, cuando existe vía de hecho en el ejercicio de la potestad expropiatoria y la obra se ejecuta completamente, el TS acepta el mantenimiento de ésta, si bien declara la compensación de los daños y perjuicios causados por la usurpación inmobiliaria, llevada a cabo con ausencia total de procedimiento o con un cauce procedimental groseramente viciado.

Esta doctrina jurisprudencial tiene antecedentes en España tan antiguos y espectaculares como la explanación de la actual Plaza de Cataluña de Barcelona, efectuada de noche y por sorpresa (vid. la Sentencia de la Sala 1ª del TS, de 9 de abril de 1913, en *Colección de Jurisprudencia Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Tomo 127 (2º 1913), abril-junio, pp. 111 a 136). El Consejo de Estado ha aceptado la teoría de la convalidación de la vía de hecho, de origen francés, en su Dictamen de 20 de Junio de 1962 (Expediente núm. 28.777). Tal doctrina implica, en la práctica, una falta de trascendencia absoluta de graves vicios procedimentales, y, en consecuencia, una convalidación de la malaadministración, con violación de derechos de los particulares (compensada, como dijimos, por la indemnización), *pero también con un inadecuado servicio a los intereses generales* (¿cómo saber que la ubicación de la infraestructura era la más acertada si no existió procedimiento que lo garantizase?), vicio constitucional que se ve así sanado por la fuerza normativa de lo fáctico.

Sobre esta doctrina vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Expropiación y Jurisdicción*, Madrid, 1976, pág. 145. En relación a la aplicación jurisprudencial de la misma, pueden consultarse las referencias que da DE LA CRUZ FERRER, J., "El control...", op.cit., pág. 313, así como, más recientemente, la STS de 11 de noviembre de 1993 (Ar. 8202), en relación a la construcción de la cárcel catalana de "Quatre Camins".

interés general, vulnerándose el art. 103.1 CE. En consecuencia, el tribunal contencioso, a la vista del expediente donde se reflejará la ausencia o el gravemente viciado procedimiento administrativo seguido, puede apreciar la *apariencia de mal derecho* de la Administración -y el correlativo *fumus boni iuris* del recurrente - y, por tanto, decaída la presunción de validez de la decisión, deberá proceder a suspender el acto o norma o a adoptar las medidas cautelares adecuadas en cada caso. El juez, al intentar poner en la balanza, de un lado, la eficacia en el servicio objetivo a los intereses generales y, del otro, la tutela judicial efectiva, debe constatar en estos casos que la misma se decanta claramente en favor del art. 24.1 CE, puesto que aquí se ha violado, debido al modo de desarrollo de la función administrativa, el art. 103.1<sup>1300</sup>.

Por ello, la apariencia de buen derecho del recurrente debe constatarse también sobre la base el procedimiento seguido por la Administración para adoptar su decisión ahora objeto de impugnación, mediante el análisis del expediente. En el ATS de 17 de enero de 1991 (Ar. 503), el Tribunal tuvo en cuenta, precisamente, la actuación administrativa previa al proceso, como argumento para apreciar la existencia de una apariencia de buen derecho. En concreto, el TS analiza el modo en que la Administración tuvo en cuenta el recurso de reposición presentado en vía administrativa, señalando que "por silencio desestimó la reposición - se destaca el dato por su importancia en el campo de las medidas cautelares - y nada aduce en relación con la misma en esta pieza separada de suspensión". Nótese que el comportamiento administrativo, en este caso la ausencia de toma en consideración del recurso, es utilizado en el proceso como indicio revelador para la adopción de medidas cautelares.

Como destacó GARCIA DE ENTERRIA, precisamente al comentar este auto, "la

---

<sup>1300</sup> Sobre la ponderación judicial entre el derecho fundamental del art. 24 CE y la eficacia del art. 103.1 CE, vid. TORNOS MAS, J., "*Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial*", REDA, núm. 61, 1989, pp. 124 y ss.

apariencia de buen derecho debe contrastarse tanto sobre la consistencia aparente de los títulos que invoca el recurrente como, de manera especialmente relevante, con la falta de seriedad en la respuesta de la Administración"<sup>1301</sup>. El modo en que la Administración desarrolla su función, el seguimiento de un procedimiento administrativo inadecuado, donde no sean tomados en consideración, con seriedad, los hechos e intereses envueltos antes de decidir, debe ser un argumento a manejar en sede procesal para apreciar la existencia de *fumus boni iuris*, y en consecuencia, para adoptar las medidas cautelares precisas que pongan fin al privilegio de autotutela, el cual gira ya desprendido de su eje, al no tratarse de una decisión que sirva de forma objetiva al interés general (art. 103.1 CE).

En este sentido, es significativo que en las "Conclusiones del Seminario de la Magdalena sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa"<sup>1302</sup> se destaque por parte de los expertos intervinientes que "con carácter general parece inexcusable que en la decisión de las medidas cautelares deba atenderse, en todo caso, a la apariencia de buen derecho del recurrente y a la seriedad o falta de ella en la eventual oposición" (punto 13). Esa seriedad debe existir no sólo en sede procesal, sino que debe derivarse del expediente, como muestra de que también en vía administrativa el procedimiento seguido orientó efectivamente la toma de la decisión final.

A la vista del expediente - o ante la recalcitrante reticencia de la Administración a remitirlo al tribunal, lo que puede ser un indicio racional de su inexistencia<sup>1303</sup> -, el

---

<sup>1301</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., "La consolidación...", op.cit., en *La batalla...*, op.cit., pág. 208.

<sup>1302</sup> Pueden consultarse en *RAP*, núm. 141, 1996, pp. 429 y ss.

<sup>1303</sup> En este sentido, el ATS de 1 de marzo de 1990 (Ar. 1951) ha indicado que "dada la íntima conexión de la medida cautelar que es la suspensión de la ejecución con el derecho a la tutela judicial efectiva que recoge el artículo 24 de la Constitución, habrá que entender que la tardanza de la Administración en la remisión del expediente será un dato más tendente a justificar la suspensión".

tribunal, ponderando siempre las concretas circunstancias de cada caso, puede constatar la existencia de "un *fumus* de arbitrariedad y de abuso de autotutela"<sup>1304</sup>. En consecuencia, ante la ausencia de servicio objetivo al interés general, el órgano jurisdiccional debe restablecer la igualdad, haciendo cesar el privilegio de autotutela de la Administración y otorgando las medidas cautelares precisas para hacer efectivo el derecho del art. 24.1 CE.

La adopción de medidas cautelares cuando no existe fundamentación suficiente que avale la decisión adoptada puede tener, además, efectos pedagógicos, puesto que será una advertencia a la Administración para que ésta desarrolle su función conforme al deber constitucional de buena administración, con auténtica consideración de las circunstancias del caso antes de decidir. El juego del *fumus boni iuri* entendido de esta forma, puede "imprimir en nuestra vida administrativa un saludable revulsivo que le permite enderezar a los poderes públicos hacia el servir "con objetividad" (art. 103.1 de la Constitución) los intereses generales", ayudando al logro de "una saludable diligencia y seriedad de la Administración al afrontar sus conflictos con los ciudadanos, impidiéndole apoyarse, como es por desgracia tan frecuente, en la simple ventaja de posición que le procura la técnica de la autotutela, que le permite desdeñar cualquier oposición o intentar retrasar su obligada rendición de cuentas ante los tribunales"<sup>1305</sup>.

En definitiva, en las palabras de la Exposición de Motivos de la LJCA ya conocidas, "la necesidad de una Jurisdicción contencioso-administrativa eficaz, trasciende la órbita de lo individual y alcanza al ámbito colectivo", ya que el "entorpecimiento a la buena y recta administración" que supone, en este preciso supuesto, la ausencia de fundamentación de las

---

<sup>1304</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., "La consolidación...", op.cit., en *La batalla...*, op.cit., pág. 211.

<sup>1305</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., "La nueva doctrina del Tribunal Supremo...", op.cit., y "La consolidación...", op.cit., en *La batalla...*, op.cit., pp. 189 y 211.

decisiones administrativas, debe conducir a que la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante el uso de las medidas cautelares, coopere "al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas".

**d) Racionalidad y relación lógica entre la fundamentación y la decisión final.**

Como hemos visto hasta el momento, el deber constitucional de objetividad impone en el ámbito del procedimiento un mandato de investigación y ponderación de los hechos e intereses envueltos antes de tomar una decisión. La adecuada instrucción debe quedar reflejada en el expediente. Y a partir de esos datos introducidos en el procedimiento será cuando el órgano resolutorio procederá a valorar las circunstancias concretas y a elegir aquella solución que considere más adecuada en su servicio al interés general.

Debe ahora ponerse de relieve las conexiones entre los momentos de ponderación y de decisión, por cuanto es preciso que exista una conexión lógica entre ambos momentos, de tal manera que la decisión final sea consecuente con el material y las razones acreditadas en el expediente.

Como SAINZ MORENO ha notado, "los antecedentes que preceden a la decisión no son técnicamente vinculantes, pero vinculan a quien decide en cuanto que le obligan a actuar coherentemente con ellos, esto es, dentro de los márgenes razonables que ellos trazan"<sup>1306</sup>. La ponderación de los hechos e intereses introducidos en el procedimiento debe dar lugar a la existencia de una justificación racional en el expediente, coherente con la realidad de los hechos y carente de errores lógicos<sup>1307</sup>. Pero, además, la decisión a que conduzca esa ponderación debe tener una relación lógica con la fundamentación existente en el expediente,

---

<sup>1306</sup> SAINZ MORENO, F., "Reducción...", op.cit., pág. 92, y *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pág. 349.

<sup>1307</sup> En este sentido, FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad...*, op.cit., pp. 248 y 249.

de tal modo que no es posible adoptar una decisión que esté en oposición al razonamiento seguido durante el procedimiento administrativo. *La resolución finalmente elegida debe tener una conexión lógica y racional con los fundamentos de la misma, en virtud del deber de racionalidad del art. 9.3 CE que ya conocemos.*

Como ha notado CASSESE, el deber de ponderación objetiva derivado del principio de imparcialidad de la Constitución Italiana debe complementarse con el deber de tener en cuenta el resultado de esa ponderación. En palabras de este autor, "l'imparzialità è posta in evidenza dall'obbligo di procedere ad un esame comparativo e da quello di tener conto dei risultati di questo esame. Reciprocamente, parzialità vi sarà quando non si sia compiuto il necessario raffronto o non sia tenuto conto dei risultati di tale raffronto"<sup>1308</sup>.

En la misma línea, BARONE<sup>1309</sup>, en referencia a la posible distinción lógica entre un momento valorativo y otro volitivo en el ejercicio de la discrecionalidad, ha señalado que que la administración debe comportarse de manera "razionale e conseguente", por lo que, "si questo è vero, apparirà normalmente accettabile che i due momenti sin ora tenuti distinti, quello valutativo e quello volitivo, sono in realtà intimamente connessi nel senso che il primo già contiene il secondo. Se, infatti, in sede di valutazione l'autorità giunge a la conclusione che bisogna adottare un certo provvedimento, nel contesto di un agire logico e conseguente ciò importa già il volere quel determinato provvedimento".

El deber de racionalidad implica no sólo la existencia de un razonamiento lógico, sino la consistencia lógica entre éste y la decisión, porque la fundamentación de la decisión, los antecedentes fácticos, jurídicos y la ponderación de las circunstancias, son "les prémisses

---

<sup>1308</sup> CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pág. 82.

<sup>1309</sup> BARONE, G., "Discrezionalità", op.cit., pág. 7.



logiques de la décision", la "condition et base logique"<sup>1310</sup>. En definitiva, el principio de racionalidad conecta en el ámbito procedimental con el *principio de congruencia* (arts. 89 y 138.2 LRJPAC), el cual exige que "la resolución deba ser congruente con las actuaciones realizadas en la fase de instrucción del procedimiento"<sup>1311</sup>.

Así, la STS de 2 de junio de 1967 (Ar. 2550) advierte que el ejercicio de la discrecionalidad "ha de hacerse *en consecuencia con lo que resulte de las circunstancias, datos e informes que consten en las actuaciones administrativas*". En este sentido, la STS de 6 de mayo de 1992 (Ar. 3486) señala que "la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previso informes, que la norma jurídica de aplicación determine e *interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue*".

De tal manera que, en relación a los *informes* no vinculantes obrantes en el expediente, la Administración puede separarse de los mismos mediante la oportuna motivación (art. 54.1 c). Sin embargo esa motivación deberá contraponer razones sólidas a esos informes, razones que, además, no podrán romper la conexión lógica con la justificación de la decisión que pueda obrar en el propio expediente. En el caso de la STS de 6 de diciembre de 1974 (Ar. 4831), por ejemplo, existían en el expediente un abrumador número de informes que eran favorables a la legalización de una caseta de pescadores situada en la zona marítimo-terrestre. Sin embargo, pese a esos informes, la Administración la denegó,

---

<sup>1310</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, pp. 542 y 543, con cita de doctrina francesa al respecto.

<sup>1311</sup> MENENDEZ REXACH, A., "Procedimientos administrativos: finalización y ejecución", en LEGUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORON, M., *La nueva Ley...*, op.cit., pág. 254. Vid. también GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 493 y ss., y VADRÍ FORTUNY, M.T., y PONCE SOLÉ, J., "La nueva posición...", op.cit. pp. 144 y 145.

sin aportar argumentos para ello. El TS estimó el recurso planteado contra esa decisión, en la que SAINZ MORENO, al comentar la resolución judicial, señalaba se había roto la "vinculación racional" con el expediente<sup>1312</sup>.

En definitiva, el ejercicio de la discrecionalidad "ha de hacerse en consonancia con lo que aparezca en las circunstancias, datos e informes, que de una manera reglada han de constar en las actuaciones administrativas", por lo que los informes obrantes en el expediente "si bien no son vinculantes, sí controlan la repetida discrecionalidad", al ser de "obligada ponderación"<sup>1313</sup>. La separación de los informes deberá motivarse, aportando razones lógicas y coherentes que muestren la consistencia lógica entre procedimiento seguido y la decisión resultante. Cuando no se cumpla ese deber de racionalidad, el control judicial deberá declarar la invalidez de la resolución<sup>1314</sup>.

Lo mismo ocurre en el caso de las *alegaciones* de los ciudadanos y la *respuesta* a las mismas. La decisión finalmente adoptada debe ser coherente con la respuesta otorgada a esas alegaciones, pues el deber de racionalidad obliga a la Administración a no actuar de forma ilógica o irracional, contraviniendo las propias razones justificativas del expediente.

En la STS de 3 de julio de 1993 (Ar. 5493) se impugnaba el trazado del colector de una estación depuradora. La Administración, al aprobar el proyecto de construcción de la

---

<sup>1312</sup> SAINZ MORENO, F., "Reducción...", op.cit., pág. 87.

<sup>1313</sup> STS de 22 de mayo de 1975 (Ar. 2410).

<sup>1314</sup> Ejemplos de anulación de actos administrativos por incoherencia con los informes obrantes en el expedientes son las SSTS de 15 de octubre de 1981 (Ar. 3673) y de 21 de septiembre de 1995 (Ar. 6617). En la primera, aun siendo todos los informes existentes favorables a que se concediera la prórroga a un Magistrado, la decisión discrecional de la Administración fue contraria sin argumentos que la respaldaran, por lo que se declara su invalidez, ya que "realizó una errónea apreciación de los hechos determinantes, incurriendo con ello el acto de jubilación en un error de hecho sobre el elemento causa". En la segunda, se deniegan unas subvenciones solicitadas, pese a los informes positivos contenidos en el expediente. La fundamentación de la decisión no se desvirtúa con suficientes argumentos que demuestren que no se ha roto la conexión racional entre el expediente y la denegación, por lo que el TS procede a anular ésta.

estación depuradora y declaratorio de la utilidad pública y de la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios, dio como razón para justificar el trazado elegido que la red coincidía con una avenida proyectada. El recurrente alegaba que el trazado había devenido injustificado, por cuanto en el Plan General de Ordenación Urbana de la población, definitivamente aprobado, no existía la aludida avenida, hecho no negado en el proceso por la Administración.

A la vista de la situación referida, el TS acude directamente al expediente administrativo, donde, al contestar las alegaciones del expropiado, se encontraban las razones justificativas del trazado elegido. En un informe técnico obrante en el expediente que respondía a las alegaciones, se sostenía lo siguiente: "las conducciones previstas en el Anteproyecto citado se han trazado, siempre que ello ha sido posible, por viales o caminos existentes o previstos en los planes generales de los Ayuntamientos respectivos. En el caso que nos ocupa, se trataba de prolongar el colector existente en la calle de acceso al Parque Ansaldo hasta alcanzar el colector denominado R-1 que discurre paralelo a la carretera N-332. Existían dos alternativas técnicamente viables: a) Prolongación por Avda. de Benidorm prevista en el Avance del PGOU, de 750 m de longitud; b) Prolongación paralela al Camí de Palmeretes, de 265 m. Se eligió la alternativa a) por ser un trazado a eje de un futuro vial. *Así pues, el trazado previsto en el Proyecto de referencia se ajusta al del Anteproyecto, es viable técnicamente y atiende a las necesidades del servicio, no admitiéndose la alternativa propuesta por el afectado por las razones anteriormente expuestas, mientras se mantengan las previsiones del Avance del PGOU de Sant Joan en la zona*".

Sin embargo, el proyectado vial no fue recogido, finalmente, en la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana. En consecuencia, la decisión adoptada, de acuerdo con las razones que la fundaban, dejó de tener sentido, rompiéndose la conexión

lógica con el expediente. La respuesta a las alegaciones constituye en este caso el punto de referencia que toma el tribunal para apreciar esa incoherencia, analizando el expediente para ello. Ante lo expuesto, el Tribunal constata que "la alternativa elegida con base en el mismo ha quedado desprovista de justificación y con ella la necesidad de ocupación de la finca del apelante", por lo que se declara la nulidad del acuerdo de necesidad de ocupación de la misma, en un ejemplar control de la consistencia lógica entre expediente y decisión final<sup>1315</sup>.

También la STS de 21 de febrero de 1994 (Ar. 1455) nos muestra un magnífico ejemplo de control judicial de la coherencia lógica entre la respuesta a las alegaciones y la decisión finalmente adoptada. En este caso, se trataba de un recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Vall d'Uxó contra la denegación por la Comunidad Autónoma de Castellón de la aprobación definitiva de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana, en relación a la reducción de la anchura de una calle de diez a seis metros.

El TS aborda la cuestión de si la decisión municipal de reducir la anchura de la calle era o no racional, y en consecuencia, si se producía una vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Para dilucidarlo, el TS acude directamente al expediente administrativo, donde se reflejaban las actuaciones practicadas por el Ayuntamiento en el procedimiento de elaboración de la Modificación litigiosa, y procede al análisis de la respuesta municipal a las alegaciones ciudadanas. Éstas exponían que el estrechamiento del vial "constituye una arbitrariedad y un contrasentido y no resiste el más mínimo criterio urbanístico", a lo que se responde que "es cierto considerando el tema a nivel de planeamiento, partiendo de la estructura del plan".

---

<sup>1315</sup> Vid. la STS de 9 de diciembre de 1993 (Ar. 9258), con un razonamiento y conclusión idénticos.

Como puede apreciarse, la Administración respondió las alegaciones, teniéndolas en cuenta, pero, inexplicablemente, la decisión final se aparta de las razones aportadas en el expediente, insistiendo en la ordenación urbanística que había sido considerada arbitraria. A la vista de lo que el TS decreta la nulidad de la modificación, pues "no tenía la racionalidad exigible desde el punto de vista del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

En definitiva, la Administración debe actuar objetivamente, investigando y ponderando las circunstancias del caso antes de decidir. Pero además esa ponderación deberá ser racional y la decisión finalmente elegida deberá guardar una racional conexión con el fundamento existente en el expediente, como exigencias derivadas del principio de racionalidad (art. 9.3 CE)<sup>1316</sup>. El control judicial deberá verificar el cumplimiento de ese mandato de racionalidad, extendiéndose a comprobar "la razonabilidad de la decisión, esto es, sobre su coherencia con los antecedentes de hecho y de derecho en que se funda"<sup>1317</sup>. En caso de que tal conexión lógica no exista, procederá la declarar la invalidez de la decisión (art. 63.1 LRJPAC), por vulneración del art. 9.3 CE<sup>1318</sup>.

---

<sup>1316</sup> DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 192 y 193, destaca la imposibilidad de prescindir de los datos obrantes en el expediente en el momento de decidir.

<sup>1317</sup> SAINZ MORENO, F., "Reducción...", op.cit., pág. 92, y *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pág. 349.

<sup>1318</sup> Lo aquí apuntado es el fundamento del test de la *substantial evidence*, empleado por la jurisprudencia norteamericana en relación a los procedimientos formales. Este test exige no sólo que la decisión venga respaldada por un suficiente fundamento fáctico, sino que, además, exista una racional conexión entre el mismo y esa decisión. Vid. al respecto MCGRATH, M.J. "Convergence of substantial evidence and arbitrary and capricious standards during informal rulemaking", *George Washington Law Review*, 54, núm. 4, pp. 541 y ss.

**3. Procedimiento administrativo y coordinación. Técnicas procedimentales de coordinación y deber de ponderación de los intereses públicos implicados, como orientación positiva referida al diseño normativo de procedimientos y al modo de desarrollo de la discrecionalidad.**

En páginas anteriores expusimos la incidencia que el principio de coordinación del art. 103.1 CE tiene sobre el modo de desarrollo de la función administrativa de servicio a los intereses generales<sup>1319</sup>. Allí se puso de relieve como este principio no actúa sólo sobre el ámbito de la organización administrativa, sino que también orienta el modo de actuación, la forma como se lleva a cabo la actividad de la Administración. Como se argumentó, *el principio de coordinación supone la existencia de un deber jurídico positivo, integrante del más genérico concepto de buena administración, consistente en la obligación de cada Administración de tomar en consideración, de ponderar realmente los intereses públicos encarnados por otras Administraciones.*

También se aludió entonces a la visión doctrinal estática de la coordinación, entendida como producto o resultado del ejercicio de funciones de dirección. Perspectiva, que, por otro lado, ha tenido incluso reflejo en la jurisprudencia del TS. Así, en la STS de 3 de junio de 1986 (Ar. 193), se señala que la coordinación "no es un principio - aunque como tal lo trata el art. 103.1 de la Constitución - sino un objetivo, una meta, un resultado", producto del "recto ejercicio de las funciones directivas (planificación, organización, mando y control)", pues "sólo cuando se tiene potestad decisoria se puede obtener ese resultado que es la coordinación"; en definitiva "como principio o como función la coordinación, sencillamente,

---

<sup>1319</sup> Vid. supra Cap. IV.2.2.b)

es inencontrable".

Como pusimos de relieve, creemos, sin embargo, que la coordinación puede ser vista desde una perspectiva dinámica, de tal manera que actúe como un criterio, como una guía respecto al ejercicio de las competencias por cada Administración. En esta línea parecen inscribirse las reflexiones de MORELL OCAÑA<sup>1320</sup>. Este autor hace referencia a la concepción estática de la coordinación, la cual trata "en definitiva, de colocar el centro de gravedad de las organizaciones en la legitimación del que manda; y la cohesión de los elementos integrantes en la existencia de creencias y objetivos que son compartidos". La coordinación, desde esta perspectiva "exige una racionalidad en los esfuerzos plurales a fin de acceder a un resultado concreto: el de una mayor eficacia de la organización", pero "'racionalidad" es traducida como acatamiento, y "eficacia" como productividad fabril", sobre el fundamento de la existencia de una autoridad que se impone sin discusión.

Frente a esta idea de coordinación, "la coherencia entre esfuerzos plurales, con vistas al logro de un resultado común a todos los que intervienen - aspiración elemental de la coordinación - ha de descansar sobre un nuevo y distinto soporte, un nuevo fundamento: *el asentimiento y solidaridad de los afectados por ella*. Soporte, desde luego menos tangible y seguro que el que proporciona la autoridad de una jefatura no discutida ni contestada; pero, claro está, exigencia inexorable: al menos, cuando tal autoridad no se dé". Partiendo de este cambio en la filosofía manejada, entonces el concepto de coordinación muta. Si "en la estampa clásica, alguien define desde arriba esos objetivos, y la coordinación permite abordar su consecución en términos de mayor productividad", con la nueva visión propuesta por este autor "desde el instante en que se constata que nadie ostenta una situación de

---

<sup>1320</sup> MORELL OCAÑA, L., "La Coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas con la Administración Local", *D.A.*, núm. 230-231, 1992, pp. 77 y ss.

predominio indiscutido, los objetivos de la organización han de ser fruto de un compromiso, una concatenación de perspectivas e intereses diversos". En consecuencia, desde esta distinta perspectiva "*la coordinación no es sólo un imperativo de productividad en el contexto de las acciones plurales; es también exigencia que se hace presente con carácter previo: se han de coordinar*, antes de emprender cualesquiera acciones, las distintas aspiraciones e intereses de los sujetos o grupos que habrán de llevarlas a cabo"<sup>1321</sup>.

Este cambio de perspectiva de la idea de coordinación debe trasladarse al ámbito de las relaciones intrae e interadministrativas, de acuerdo con el nuevo contexto surgido de la Constitución Española. Ante la distribución del poder en distintos niveles territoriales y el juego del principio de autonomía, la heterogeneidad de los intereses públicos, en ocasiones incluso contrapuestos, ha de reconducirse de tal forma que se garantice y respete la voluntad de los sujetos públicos en presencia. La coordinación persigue ambos objetivos, actuando como criterio o "*modo de ejercicio* de las actividades de que se trate (...); se trata de sustantivar los *criterios* a que atenerse en el ejercicio, por cada uno de los sujetos, de la actividad encomendada, de la *actividad propia*"<sup>1322</sup>.

En este marco, surge entonces la idea ya expuesta de la coordinación como concepto *dinámico*, ligado al modo de desarrollo de la función, en conexión con el proceso de toma de decisiones. Como expone MORISI, el *decision making* se constituye en instrumento coordinador, donde los "agentes que participan en cualquier proceso decisional son inevitablemente inducidos a situarse en una posición de "interdependencia partidista". Aunque expresan intereses y objetivos en contraste, todos ellos tienen la necesidad de los demás para

---

<sup>1321</sup> MORELL OCAÑA, L., "La coordinación...", op.cit., pág. 80. (Los subrayados proceden del original).

<sup>1322</sup> MORELL OCAÑA, L., "La coordinación...", op.cit., pág. 82. (Los subrayados proceden del original).



perseguirlos con cierto realismo. Deben encontrar los unos en los otros mutuo apoyo o, al menos, una mutua no hostilidad, o, en último extremo, una recíproca y sensible no interferencia. En realidad, es extremadamente difícil *jerarquizar* las posiciones y los intereses puestos en juego por el proceso decisonal y es altamente improbable que una regulación mayoritaria de las interacciones decisonales consiga, por sí misma, condensar o congeniar la variedad de pretensiones subjetivas en la *voluntas* de un hipotético decisor unívoco. Salvo que se dé por descontado, en virtud de ese decisor y de su decisión, un fuerte déficit de eficacia operativa y de legitimación política. El mutuo ajuste se configura, pues, como el criterio verdadero y basilar de la decisión político-administrativa"<sup>1323</sup>.

En este sentido, el procedimiento de adopción de decisiones debe permitir la exposición y conocimiento de los diversos intereses públicos implicados, a fin de que sean tomados en consideración por quien debe decidir. Es cierto que, como vimos el TC ha aceptado en su jurisprudencia, la coordinación no deja de suponer "un límite efectivo al ejercicio de competencias" del ente coordinado. Pero también lo es que la decisión coordinadora no puede actuar desconociendo o sin tomar en consideración la pluralidad de intereses públicos que aparezcan involucrados. Como ha sostenido la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 4 B e):

"cuando en un mismo ámbito coinciden las competencias de unas instancias centrales y autonómicas del Estado, no es admisible que ninguna de ellas se arrogue un poder omnímodo o puramente discrecional"

---

<sup>1323</sup> MORISI, M., "La coordinación decisonal para la transformación urbana: el caso italiano", *D.A.*, núm. 230-231, 1992, pp. 180 y 181.

Ello significa que la decisión coordinadora debe considerar, ponderar los intereses en presencia y las diferentes alternativas posibles, cumpliendo así el mandato derivado del principio de coordinación y plasmado normativamente en los arts. 4.1 b) LRJPAC y 55 b) LBRL, como tuvimos ocasión de ver. Surge, pues, un *deber positivo* de actuación, consistente en la real valoración de los intereses públicos en presencia, para sopesarlos y ponderarlos efectivamente en la toma de la decisión coordinadora<sup>1324</sup>. Este mandato implica que "el ejercicio de las competencias de cada Administración es legítimo en la medida que se realiza ponderando la totalidad de los intereses públicos implicados, de forma ajustada al orden competencial"<sup>1325</sup>, por lo que "la decisión que se adopte en último término por el titular de la competencia prevalente (coordinadora) debe ser siempre motivada y habrá debido ponderar los intereses en presencia y las diferentes opciones posibles. De su "razonabilidad" dependerá que supere o no el control por el Tribunal competente en caso de que, ante la falta de acuerdo, el conflicto se plantee en vía judicial"<sup>1326</sup>

Este deber positivo se complementa con el *límite negativo* a la coordinación representado por el *principio de proporcionalidad*. Un ejemplo del juego de este principio lo encontramos en el art. 3 B TCE, junto a los principios de atribución y subsidiariedad, al señalarse que "ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los

---

<sup>1324</sup> MORELL OCAÑA, L., "La coordinación...", op.cit., pág. 119 y FERNANDEZ FARRERES, G., "Relaciones interadministrativas: Comunidades Autónomas y Administración Local", en FONT LLOVET, T. (Dir.), *Anuario del Gobierno Local 1995*, Marcial-Pons - Diputación de Barcelona, Madrid, 1995, pág. 219, consideran que el deber del art. 55 b) LBRL - y por tanto, el del art. 4.1 b) LRJPAC - es *negativo*, consistiendo en una obligación de abstención. Disentimos de esta opinión, por cuanto el mandato de ponderación incluye un deber positivo de actuación, precisamente el de ponderar los intereses públicos implicados al desarrollar las competencias. Como veremos, de este mandato positivo de actuación se derivan concretas consecuencias respecto al modo de desarrollo de las competencias mediante el procedimiento administrativo.

<sup>1325</sup> SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 124.

<sup>1326</sup> MENENDEZ REXACH, A., "Coordinación...", op.cit., pág. 255.

objetivos del presente tratado". Este principio guarda semejanzas con el de subsidiariedad, como decimos también contenido en este precepto<sup>1327</sup>, aunque es distinto, por cuanto el de proporcionalidad actúa respecto de todas las competencias comunitarias, exclusivas y concurrentes, y, dando por supuesto que la Comunidad es competente, se aplica en referencia a la intensidad de la intervención comunitaria, al cómo se efectúa el ejercicio de la competencia. Su significado podría resumirse de la siguiente manera: a igualdad de eficacia, debe elegirse el modo de acción menos intervencionista y que deje mayor libertad a los Estados. Si el medio elegido debe ser normativo, debe seleccionarse, a su vez, el que suponga menos intervención, a fin de evitar un exceso de reglamentación (por ejemplo, preferencia por la elaboración de una Directiva antes que de un Reglamento). Este principio postula, pues, que la intervención comunitaria debe ser la mínima posible, a fin de obtener los objetivos comunitarios con el máximo respeto posible del mantenimiento de las competencias de los Estados miembros<sup>1328</sup>.

Otro ejemplo normativo de consagración del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones interadministrativas, éste ya de aplicación en nuestro Derecho

---

<sup>1327</sup> art. 3 B TCE:

"En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario".

<sup>1328</sup> Sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito comunitario y sus relaciones con el de subsidiariedad, vid. ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, 3ª ed., pág. 59, ORTEGA, L., "Autonomía Local y Subsidiariedad Europea", en FONT LLOVET, T. (Dir.), *Anuario del Gobierno Local 1996*, Marcial Pons-Diputación de Barcelona, Madrid, 1996, pp. 616 y 617 y BARNES VAZQUEZ, J., "El principio de subsidiariedad en el Tratado de Maastricht y su impacto sobre las regiones europeas", *Rivista Italiana di Diritto Público Comunitario*, núm. 5, 1994, pp. 847 y ss.

interno, nos lo brinda el art. 8.3 CEAL<sup>1329</sup>, el cual señala que:

"El control administrativo de las Entidades locales debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que se pretende salvaguardar"<sup>1330</sup>.

En España, el principio de proporcionalidad entendemos que debe regir la totalidad de las relaciones interadministrativas, no sólo aquéllas en la que entran en juego entidades locales, por cuanto dicho principio se halla implícitamente recogido en la Constitución<sup>1331</sup>,

---

<sup>1329</sup> La CEAL fue ratificada el 20 de enero de 1988 y publicada en el B.O.E. número 47, de 24 de febrero de 1989. Desde el punto de vista de nuestro ordenamiento constitucional, la CEAL es un Tratado Internacional válidamente celebrado - ha existido la previa autorización de las Cortes Generales a que hace referencia el art. 94 CE - que forma parte del ordenamiento interno desde su publicación oficial (art. 96 CE).

Como Tratado Internacional tiene en nuestro ordenamiento el rango de Ley, si bien como indica la CE en el art. 96: "Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional." Esta específica resistencia de los Tratados Internacionales en nuestro Derecho se explica no con criterios de jerarquía sino desde el principio de competencia.

Sobre el régimen jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho español, vid. por todos GARCIA DE ENTERRIA Y TOMAS-RAMON FERNANDEZ, *Curso...*, vol.I, op.cit., pp.141 y ss. Como se indica en esta obra en la pág. 143, "La materia cubierta por los Tratados y convenios internacionales suscritos por España queda acotada como una esfera autónoma más dentro de nuestro concreto sistema de fuentes y sometida a un tratamiento procesal específico, el propio del Derecho Internacional (...), tratamiento que la defiende frente a eventuales invasiones por cualesquiera otros tipos de normas legales cuyo ámbito operativo se circunscribe a bloques de materias diferentes y separados."

<sup>1330</sup> Un comentario al mismo, señalado que recoge el principio general de proporcionalidad, en MATTHÉOU, P., "L'incorporation de la Charte Européenne de l'autonomie locale en droit grec", *European Review of Public Law*, vol. 6, núm. 2, invierno 1994, pág. 331.

<sup>1331</sup> STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 2, STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7 y STC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2, en las que se sostiene que el principio de proporcionalidad es inherente a la cláusula de Estado de Derecho y puede ser deducido también de valor Justicia del art. 1.1 CE.

actuando no sólo como protección de los derechos e intereses de los ciudadanos frente a la actividad administrativa, sino también como garantía de la autonomía de los distintos niveles de poder<sup>1332</sup>. En consecuencia, y en virtud del mismo, la intervención coordinadora de los niveles territoriales superiores debe ser la mínima posible, asegurando el máximo respeto de las competencias e intereses de ámbito inferior.

Queremos señalar, sin embargo, *que mientras el principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones interadministrativas actúa una garantía defensiva de los respectivos ámbitos competenciales, y en este sentido como un límite de la coordinación, el deber positivo de ponderación de intereses juega como guía orientadora, en positivo, del desarrollo de las competencias, como medio para el logro de esa coordinación.*

Pues bien, el procedimiento administrativo se configura como una institución que puede ayudar a hacer efectivo ese mandato de ponderación derivado del principio constitucional de coordinación. El procedimiento es, en este sentido, uno de los mecanismos de coordinación posibles, si bien no el único, tanto desde la perspectiva de las relaciones intraadministrativas como en el ámbito de la interadministrativas.

Respecto a la primera vertiente, el deber positivo de ponderación de los distintos intereses públicos implicados en un determinado ámbito debe encontrar plasmación mediante *el diseño de adecuados procedimientos sectoriales*, que, en conjunción en su caso con las

---

<sup>1332</sup> La STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, indica que si bien "el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales", también señala que "esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción de otro tipo de preceptos constitucionales", como pudiera ser el art. 137 CE, por ejemplo. ORTEGA ALVAREZ, L., "El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local", en FONT LLOVET, T. (Dir.), *Anuario del Gobierno Local*, Madrid-Diputació de Barcelona-Marcial Pons, 1997, pp. 99 y ss., especialmente 111 y ss. así lo ha puesto de relieve, señalando que "el principal efecto del principio de proporcionalidad aplicado al sistema competencial estribaría en que, en el uso de sus competencias, los niveles estatal y autonómico no pueden invadir injustificadamente el espacio competencial reservado a los entes locales".

pertinentes reformas organizativas, permitan esa coordinación, a la par que fomentan la *eficacia* de la actividad administrativa. Una experiencia positiva en este sentido lo constituyen las Oficinas de Gestión Unificadas creadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma catalana.

Antes de la creación de estas unidades, existía en la sociedad catalana una inquietud por la complejidad, el costo y la duración de los trámites dirigidos a crear nuevas empresas. En 1989, la Cámara de Comercio Industria y Navegación de Barcelona realizaba una propuesta conducente a la creación de centros únicos de gestión. En un estudio realizado en 1991 por CEPYME, se señalaba que la creación de una nueva empresa comportaba 40 trámites procedimentales y más de 9 meses.

Al hilo de estas inquietudes, la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, estableció en su art. 68 la necesidad de crear "las oficinas de gestión unificada para determinados procedimientos", señalando en su art. 70 que por Decreto del Gobierno catalán se podían crear "tantas oficinas de gestión unificada como procedimientos complejos haya establecidos y así lo aconseje el volumen o la incidencia económica y social de éstos"<sup>1333</sup>. Este decreto de creación debería "regular el procedimiento y las normas de funcionamientos de la oficina de gestión unificada". Respecto al procedimiento, el art. 72 aclara que, sin rebajar las garantías de los particulares, ese Decreto debería establecer "las normas de procedimiento necesarias para coordinar y agilizar las actuaciones concurrentes de los diferentes órganos que han de intervenir en el proceso y que pertenezcan a la Administración de la Generalidad"<sup>1334</sup>.

---

<sup>1333</sup> El apartado segundo de este art. 70 aclara que a los efectos de esta ley se entienden por procedimiento complejo "aquél en el cual, por disposición legal o reglamentaria, han de intervenir órganos de diversos Departamentos".

<sup>1334</sup> Por otro lado, aun en el caso de existir procedimientos complejos y no considerarse precisa la creación de una Oficina de Gestión Unificada, el art. 73 establece que "el órgano con competencia más específica ha de instruir un expediente único y ha de dictar una resolución única", para lo que

Partiendo de esta norma, en 1990 se crea la primera Oficina de Gestión Unificada (en adelante OGU)<sup>1335</sup>, que agrupaba funciones relativas a siete departamentos de la Generalitat. Esta primera oficina se limitaba al ámbito territorial de Barcelona, desarrollando únicamente funciones de información y asesoramiento al ciudadano de los trámites requeridos para instalar o modificar una industria, así como la tramitación de la documentación, sin poder resolutorio.

En 1992, tras una evaluación de esta primera etapa de funcionamiento, la OGU adquiere capacidad resolutoria<sup>1336</sup>, aunque limitada a la resolución de la inscripción en el registro industrial en determinados casos<sup>1337</sup>.

En 1993 se extiende la OGU a Lérida, Tarragona y Gerona<sup>1338</sup>.

Los objetivos que inspiraron la creación de la OGU parecen evidentes. Se trata de un intento de modernización de la Administración catalana, en la línea de lo aconsejado posteriormente por el Consejo de las Comunidades Europeas, en su recomendación 90/246, de 28 de mayo de 1990, en la que se instaba a los Estados miembros a modernizar la administración, creando unidades orientadoras y adoptando medidas de simplificación y de

---

el Gobierno "puede determinar, con carácter general, los órganos con competencia más específica en los asuntos de carácter repetitivo en los cuales concurren diversos órganos con competencias decisorias". He aquí otra medida coordinadora, mediante la acumulación de procedimientos complejos en uno sólo, en este caso sin diseño de una medida organizativa *ad hoc*.

<sup>1335</sup> Decreto 191/1990, de 30 de julio, de creación de la Oficina de Gestión Unificada para establecimientos industriales.

<sup>1336</sup> Decreto 156/1991, de 17 de junio, por el que se regula el procedimiento administrativo para la instalación, la ampliación y el traslado de industrias con la intervención de las oficinas de gestión unificada para establecimientos industriales.

<sup>1337</sup> Industrias con menos de 25 millones de inversión, menos de 10 trabajadores y menos de 25 KW de potencia eléctrica instalada. La adquisición de capacidad resolutoria de la OGU permitió acelerar la tramitación, al poder ya facilitar la documentación necesaria para contratar los suministros energéticos precisos.

<sup>1338</sup> Decreto 8/1992, de 20 de enero.

mejora de los procedimientos.

La OGU pretende unificar la tramitación de expedientes de creación y modificación de establecimientos industriales, superando la complejidad hasta entonces existente, al intervenir en la decisión diversos Departamentos con procedimientos distintos. De este modo se persigue la coordinación de la actividad administrativa, a fin de simplificar y acelerar los trámites administrativos. Se intenta lograr así un equilibrio adecuado entre diversos valores en presencia. De un lado, la competitividad de las empresas, aspecto que indudablemente tiene conexión con el art. 40.1 CE. De otro, la protección y promoción de la seguridad, de la salud en el trabajo y del medio ambiente (arts. 40.2 y 45 CE).

A tal fin, el diseño normativo elegido avanza en dos direcciones que, como nos consta, son complementarias. La primera, la vertiente organizativa. A fin de lograr la coordinación intraadministrativa se crea una unidad específica, incardinada en la Secretaría General del Departamento de Industria y Energía. Esta unidad cuenta con un personal reducido<sup>1339</sup>, formado por funcionarios provenientes de diversos departamentos, seleccionados de acuerdo con los objetivos a lograr<sup>1340</sup>. La segunda, el aspecto procedimental. A fin de lograr la coordinación, simplificación y celeridad deseadas, "en el proceso de creación de la OGU se analizaron, trámite a trámite, todos los procedimientos en los que participa (la OGU), lo que significó aplicar un esquema de re-ingeniería de procesos que destacaba los factores de contenido por encima de los meramente formales"<sup>1341</sup>.

---

<sup>1339</sup> 13 personas en la OGU de Barcelona y 3 en las de Gerona, Lérida y Tarragona.

<sup>1340</sup> Vid. al respecto ALCOVER, E., BAIZAN, A y SALVADOR, M., "La Oficina de Gestión Unificada para establecimientos industriales de la Generalitat de Catalunya: una experiencia de modernización administrativa", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 5-6, 1996, pp. 118 y ss.

<sup>1341</sup> ALCOVER, E., BAIZAN, A., y SALVADOR, M., "La Oficina de Gestión Unificada...", op.cit., pág. 122.



¿Qué evaluación puede efectuarse de este intento de reforma organizativa-procedimental? Los estudios existentes parecen arrojar un balance claramente positivo. La demanda de servicios de la OGU ha crecido considerablemente<sup>1342</sup>. El objetivo de agilizar la tramitación del procedimiento se está logrando "con unos excelentes resultados", mientras los indicadores de calidad (actitud y profesionalidad del personal, utilidad de la oficina) "presentan un balance muy positivo"<sup>1343</sup>.

La OGU representa, pues, un paso esperanzador en la vía del logro de una buena administración, mediante la combinación de medidas organizativas y procedimentales. Respecto a estas últimas, esta experiencia reafirma la importancia de proceder a cuidados diseños procedimentales, a fin de lograr la coordinación y eficacia en el comportamiento administrativo<sup>1344</sup>. Creemos que esta vía puede tener aplicación en otros ámbitos de la actividad administrativa<sup>1345</sup>.

---

<sup>1342</sup> Según datos proporcionados por FLORENSA i PALAU, M.L., "La modernització de la gestió administrativa a la Generalitat de Catalunya", *Autonomies*, núm. 18, julio 1994, pp. 22 y ss., en abril de 1992 49 industrias habían utilizado en servicio de la OGU, mientras al mes siguiente ya eran unas 230. En 1994, el ingreso de expedientes venía a ser de una media de 300 mensuales.

<sup>1343</sup> ALCOVER, E., BAIZAN, A. y SALVADOR, M., "La Oficina de Gestión Unificada...", op.cit., pp. 120 y ss. Respecto a la celeridad, casi el 90% de los expedientes se resuelven el mismo día en que se presenta la documentación. Vid. al respecto los gráficos contenidos en FLORENSA i PALAU, M.L., "La modernització...", op.cit., pp. 37 y ss.

<sup>1344</sup> Se insiste en esta idea en la parte final del Trabajo. Vid. *infra* Capítulo VI.1.

<sup>1345</sup> En idéntico sentido, ALCOVER, E., BRIZAN, A. y SALVADOR, M., "La Oficina de Gestión Unificada...", op.cit., pág. 122, señalando como "la potenciación de la coordinación intergubernamental se plantea como uno de los ejes estratégicos para avanzar en la mejora de la gestión pública de unas administraciones orientadas al servicio público".

Por lo que se refiere a las *relaciones interadministrativas*, por ejemplo, el art. 5 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, señala que "los planes de carreteras del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales *deberán coordinarse* entre sí en cuanto se refiera a sus mutuas incidencias, para garantizar la unidad del sistema de comunicaciones y armonizar los intereses públicos afectados, *utilizando al efecto los procedimientos legalmente establecidos*". El art. 38 de esta misma ley señala igualmente que "toda actuación en una red arterial se establecerá previo acuerdo entre las distintas Administraciones públicas interesadas de forma coordinada con el planeamiento urbanístico vigente", indicándose que "a tal efecto, *deberán utilizarse los procedimientos legalmente establecidos para asegurar la colaboración y coherencia de actuaciones* en una red arterial en materia de inversiones y prestación de servicios".

La imbricación entre procedimiento administrativo y coordinación también ha sido puesto de relieve por el TC en su sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 20 e), al indicar que:

"La *coordinación* de los planes hidrológicos de cuenca que corresponde elaborar a la Administración del Estado o a Organismos de ella dependientes con las diferentes planificaciones que les afecten *ha de realizarse primordialmente a través del procedimiento de elaboración de aquéllos*, como dispone el art. 38.4 de la propia Ley de Aguas".

El TS, por su parte, ha destacado que teniendo en cuenta la "esencial igualdad posicional de las Administraciones Territoriales", y que "el principio constitucional de autonomía de las entidades locales proclamado en los arts. 137 y 140 de la Constitución

española, y el administrativo de la descentralización, impiden ejercer facultades de control sobre la actividad general de unos centros de poder sobre otros", las técnicas de relación entre Administraciones:

"han de tener por objeto más bien la definición del marco y *de los procedimientos* que faciliten el encuentro y la comunicación, incluso informal, para la colaboración y coordinación interadministrativas fundamentalmente voluntarios y de base negocial."

BELADIEZ ROJO ha destacado que en muchas ocasiones "el instrumento técnico que va a permitir coordinar a los distintos órganos administrativos para que ejerzan sus competencias del modo más eficaz para los intereses públicos respetando al mismo tiempo el ejercicio de las competencias que sobre una determinada materia pudiera corresponderles, va a ser el procedimiento"<sup>1346</sup>. En este sentido, la doctrina ha resaltado el importante papel del procedimiento de elaboración de planes administrativos como factor de coordinación competencial<sup>1347</sup>. En definitiva, "va de suyo que la eficacia del principio ha de consistir

---

<sup>1346</sup> BELADIEZ ROJO, M., *Validez y...*, op.cit., pág. 127.

<sup>1347</sup> Desde una perspectiva general, Vid. SALAS HERNANDEZ, J., "El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la Administración local desde la perspectiva de la descentralización territorial" y MARTIN-RETORTILLO, S., "Descentralización y planificación económica", ambos trabajos contenidos en MARTIN-RETORTILLO, S. (Dir.), *Descentralización administrativa y organización política*, Alfaguara, Madrid, 1973, vol.II, pág. 673, y vol.III, pág. 140, respectivamente, BLANCO TELLA, L. y GONZALEZ NAVARRO, F., *Organización...*, op.cit., pp. 123 y ss, MENENDEZ REXACH, A., "Coordinación...", op.cit., pág. 239, y SANCHEZ MORON, M., "La coordinación...", op.cit., pág. 27, quien se refiere a la elaboración de planes como la "técnica funcional de coordinación por excelencia". En relación, específicamente, a los planes de urbanismo, vid., por ejemplo, MORELL OCAÑA, L., "La coordinación...", op.cit., pág. 117, y la STS de 30 de noviembre de 1993 (Ar. 9046), la cual señala la función de los mismos de "coordinación vinculante de todas las competencias administrativas sobre el territorio".

en imponer al ordenamiento organizativo y de *procedimiento administrativo* el arbitrio de las *técnicas idóneas y suficientes* para asegurar el valor de la coordinación"<sup>1348</sup>.

Un repaso al ordenamiento jurídico vigente permite detectar numerosos supuestos de coordinación por medio del procedimiento administrativo, mediante la previsión de trámites directamente dirigidos a tal fin. Entre estas técnicas, sin ánimo de realizar una exposición exhaustiva, se encuentran los *informes* que deben ser emitidos, en el seno de un procedimiento administrativo determinado, por una Administración Pública distinta a la que finalmente dictará la resolución finalizadora del mismo. También es una técnica de coordinación procedimental la *aprobación definitiva* por parte de la entidad superior de un procedimiento tramitado por la inferior. Finalmente, también actúan como mecanismos coordinadores los trámites procedimentales articulados con la finalidad de permitir *la participación de Administraciones Públicas* en la toma de la decisión final, tales como, por ejemplo, las consultas o audiencias.

Por lo que se refiere a los *informes*, diversas normas sectoriales prevén el empleo de este mecanismo para el logro de la coordinación entre los diversos intereses públicos. Así, por ejemplo, los arts. 7.2 y 33 del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, establecen la existencia de un informe preceptivo y vinculante autonómico - esta última característica para el caso de que impliquen la denegación o la imposición de medidas correctoras - insertado en el procedimiento para la concesión de la licencia municipal de actividades clasificadas<sup>1349</sup>.

---

<sup>1348</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Estado social...*, op.cit., pp. 138 y ss. Los subrayados son nuestros.

<sup>1349</sup> En relación a este informe vid. DOMPER FERRANDO, J., "Las licencias municipales de medio ambiente *version* la licencia de actividades clasificadas", en ESTEVE PARDO, J. (Coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1996,

La Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, prevé, por su parte, la necesidad de un informe favorable de la Administración del Estado, en cuanto a la delimitación del dominio público estatal susceptible de adscripción a las Comunidades Autónomas, usos previstos y medidas de protección del mismo: sin este informe favorable estatal, los proyectos de obras autonómicos referidos al dominio público "no podrán entenderse definitivamente aprobados" (art. 49). Los arts. 112 y 117.2 también señalan que será necesario informe preceptivo y vinculante del Estado en relación a todos los planes y normas de ordenación territorial y urbanística que ordenen el litoral, previsión que la STC 149/1991, de 4 de julio, entendió constitucional, al no suponer vulneración alguna de las competencias de las Comunidades autónomas. Esta sentencia en su FJ 7 A c) así lo sostuvo, efectuando las siguientes precisiones:

"la existencia de un informe previo, y preceptivo, en tales casos, es así un medio razonable para asegurar que la realización de los planes y proyectos no encuentre al final un obstáculo insalvable. Cosa distinta es, naturalmente, el carácter vinculante que a tales informes preceptivos se otorga,(...), pues la fuerza que así adquieren esos informes convierte de hecho la aprobación final del plan o proyecto en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas y esa concurrencia necesaria sólo es constitucionalmente admisible cuando ambas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia.(...).

En el contemplado en el párrafo a), la competencia ejercida, mediata

---

pp. 479 y ss, en las que se pone de relieve que el respeto de la autonomía municipal supone que el alcance del mismo quede limitado a aquellos aspectos propios de la competencia autonómica en los que se vea envuelto un interés supralocal, decayendo el carácter vinculante del mismo "en relación a aquéllas actividades cuyos efectos perniciosos no trascienden el término municipal o cuyo interés general no sea prevalente al municipal".

o inmediatamente, por las Comunidades autónomas que han de aprobar los planes o normas de ordenación territorial es la que, con carácter exclusivo, le conceden los respectivos estatutos sobre la materia, en tanto que la competencia estatal (más precisamente facultad inherente en la titularidad estatal) es la que tiene por objeto la protección física del demanio y la garantía de su utilización y no es sólo a estas tareas a las que el precepto se refiere al mencionar todas las disposiciones de la Ley y de las normas dictadas para su desarrollo y aplicación. (...) es obvio que entre las disposiciones de la Ley se encuentran, por ejemplo, las que prohíben determinadas actuaciones en la zona de protección o las limitan en la zona de influencia, que hemos considerado legítimas como normas de protección del medio ambiente costero, cuya ejecución corresponde, por esa razón, a las Comunidades Autónomas. Cuando entienda que los planes o normas de ordenación territorial infringen tales normas, la Administración estatal podrá sin duda objetarlas, pero su objeción no resulta vinculante, pues no es a la Administración estatal sino a los Tribunales de Justicia a quien corresponde el control de legalidad de las Administraciones autónomas y a éstos deberá recurrir aquélla para asegurar el respeto de la Ley cuando no es la competente para ejecutarla. *Cuando, por el contrario, el informe de la Administración estatal proponga objeciones basadas en el ejercicio de facultades propias*, incluida la de otorgar títulos para la ocupación o utilización del demanio o preservar las servidumbres de tránsito o acceso, para referirnos sólo a las derivadas de la titularidad demanial, a las que como es lógico, cabe añadir las que derivan de otras competencias sectoriales (defensa, iluminación de costas, puertos de interés

general, etc.), *su voluntad vinculará sin duda a la Administración autonómica, que habrá de modificar en concordancia los planes o normas de ordenación territorial o urbanística*". (Los subrayados son nuestros)<sup>1350</sup>.

Una técnica idéntica de coordinación procedimental es la recogida por el art. 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Según este precepto, "para articular la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario", el planeamiento urbanístico deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales como sistema general portuario. Éste deberá ser desarrollado a través de un plan especial o instrumento equivalente. Durante el procedimiento de elaboración del mismo, antes de la aprobación definitiva, la Autoridad Portuaria ha de pronunciarse sobre "los aspectos de su competencia". Si se omite el informe o éste es negativo, no podrá procederse a la aprobación definitiva. En estos casos, la Ley prevé que, a falta de acuerdo expreso entre las Administraciones, sea el Consejo de Ministros quien informe, con carácter vinculante, sobre las competencias estatales en materia

---

<sup>1350</sup> En relación a este informe preceptivo y vinculante como mecanismo procedimental de coordinación competencial, vid., por ejemplo, las consideraciones de POVEDA DÍAZ, M.T., "La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y la planificación territorial y urbanística", *RDU*, op.cit., pp. 84 y ss., y PERNAS ROMANI, B., "El informe, como instrumento de coordinación, en la Ley de Costas", *Estudios Territoriales*, núm. 34, 1990, pp. 145 y ss.

Una aplicación concreta de la doctrina del TC expuesta puede encontrarse, por ejemplo, en la STS de 3 de mayo de 1995 (Ar. 4170). El TS conoce en la misma de la impugnación por parte de la Administración del Estado de la aprobación definitiva por el Gobierno Balear de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Felanitx. El Estado basaba su recurso en que la aprobación definitiva se había realizado obviando el informe de la Dirección General de Puertos y Costas, que el mencionado art. 112 de la Ley de Costas exige como preceptivo y vinculante. El TS, con cita explícita de la STC 149/1991, de 4 de julio, y análisis detallado del contenido del informe, desestima la impugnación, basándose en la falta de efecto vinculante de las concretas objeciones formuladas en el mismo.

porturaria<sup>1351</sup>.

También exige un informe preceptivo y vinculante la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, en su art. 10.2, a fin de coordinar el planeamiento urbanístico y las competencias estatales en materia de carreteras<sup>1352</sup>. Esta técnica también está prevista en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, cuyo art. 7.1 señala que "durante la tramitación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales no podrán realizarse actos que supongan una transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos de dicho Plan". A tal fin, el siguiente apartado señala que una vez iniciado el procedimiento de elaboración de uno de estos planes, "no podrán otorgarse ninguna autorización, licencia o concesión que habilite para la realización de actos de transformación de la realidad física y biológica, sin informe favorable de la Administración actuante". Este informe sólo podrá ser negativo cuando el acto pretendido incurra en alguna de las circunstancias ya expuestas del art. 7.1. Por su parte, la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, prevé en su art. 20, apartados primero y tercero respectivamente, la necesidad de un informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados en el caso de la

---

<sup>1351</sup> En relación a este mecanismo coordinador, vid. JIMENEZ DE CISNEROS, F.J., "La ordenación jurídica de la zona de servicio de los puertos de interés general", *RVAP*, núm. 36, 1993, pp. 192 y ss., y "Los planes especiales de ordenación de los espacios portuarios", en AA.VV., *La ordenación urbanística y la Ley de Puertos*, Consorcio Zona Franca de Vigo, 1994, pp. 79 y ss.

<sup>1352</sup> Art. 10.2 de la Ley de Carreteras:

"Acordada la redacción, revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico que afecte a carreteras estatales, el órgano competente para otorgar su aprobación inicial deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, para que emita, en el plazo de un mes, y con carácter vinculante, informe comprensivo de las sugerencias que estime conveniente".



elaboración de un Plan especial de Protección de áreas afectadas por la declaración como Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, así como la exigencia de que el otorgamiento de licencias o la ejecución de las ya otorgadas durante la elaboración de dicho plan deberá contar con una resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados<sup>1353</sup>.

En otras ocasiones, los informes previstos por la normativa, aún siendo preceptivos, no tienen el carácter de obstativos. Ejemplos en este sentido son los arts. 117.1 de la Ley de Costas<sup>1354</sup>, el art. 57.4 DLcat<sup>1355</sup> o el art. 38.2 B) y C) de la Ley valenciana 6/1994,

---

<sup>1353</sup> En relación a estos instrumentos procedimentales de coordinación, vid., por ejemplo, ALEGRE AVILA, J.M., *Evolución y Régimen Jurídico del Patrimonio Histórico*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, pp. 158 y ss., y ALONSO IBAÑEZ, M., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial-Pons-Universidad de Oviedo, 1994, pp. 143 y ss., quien señala, en referencia al art. 20.3 que "en los Conjuntos históricos, hasta la aprobación definitiva, la coordinación entre las distintas Administraciones intervinientes se alcanza con la previsión de necesidad de licencia urbanística informada favorablemente por la Administración cultural, lo que se puede alcanzar en el mismo expediente administrativo. Es decir, la consecuencia de la consideración de la resolución favorable equivalente a informe es que es posible su articulación procedimental en un único procedimiento". La STS de 11 de abril de 1995 (Ar. 4167) aplica este precepto en relación a la concesión de una licencia de demolición, poniendo de relieve que en el caso concreto "los órganos informantes se manifiestan con singular laconismo sin dar explicación alguna en sus dictámenes que, más que tales, parecen propiamente resoluciones".

<sup>1354</sup> Art. 117.1 Ley de Costas:

"En la tramitación de todo planeamiento territorial y urbanístico que ordene el litoral, el órgano competente, para su aprobación inicial, deberá enviar, con anterioridad a dicha aprobación, el contenido del proyecto correspondiente a la Administración del Estado para que ésta emita, en el plazo de un mes, informe comprensivo de las sugerencias y observaciones que estime convenientes".

Sobre este trámite, POVEDA DÍAZ, M.T., "La Ley de Costas...", op.cit., pág. 909, señala que "posiblemente se ha querido que las observaciones y sugerencias que tenga que formular la Administración del Estado, sobre el proyecto elaborado por los técnicos, sean tenidas en cuenta antes de la aprobación inicial, y ello se considera oportuno, si como se pronuncia la Sentencia de 21 de junio de 1985, el acto de aprobación inicial: "Supone una primera valoración de esa realidad proyectada en el Plan o Proyecto de que se trate, que como tal puede resultar positiva, dando paso así a los siguientes trámites del procedimiento, pero que muy bien puede resultar negativa por considerar jurídicamente inadecuada la iniciativa de planificación urbanística cuya tramitación se pretende, en cuyo caso denegará la aprobación inicial".

de 15 de noviembre<sup>1356</sup>.

Otra técnica distinta de coordinación recogida en el ordenamiento, como ya se apuntó, es la de la *aprobación definitiva*, por una instancia de ámbito territorial superior, de procedimientos bifásicos<sup>1357</sup>. Este es el caso de la aprobación por el Gobierno de los Planes Hidrológicos de Cuenca intracomunitarios, prevista en el art. 38.6 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas:

"Los Planes Hidrológicos de cuenca que hayan sido elaborados o revisados al amparo de lo dispuesto en el art. 16, serán aprobados si se ajustan a las prescripciones de los artículos 38.1 y 40, no afectan a los recursos de otras cuencas, y, en su caso, se acomodan a las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional".

La STC 227/1988, de 29 de noviembre, declaró en su FJ 20 d) que este acto de aprobación:

---

<sup>1355</sup> Este precepto establece la necesidad de solicitar, en la elaboración de Planes Generales, Normas Subsidiarias y de Planes Parciales y especiales, un informe de determinados organismos, como por ejemplo la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña o la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles.

<sup>1356</sup> Este artículo exige que el órgano competente para la tramitación del planeamiento urbanístico lo someta a "informes de los distintos Departamentos y órganos competentes de las Administraciones exigidos por la legislación reguladora de sus respectivas competencias, salvo que ya se hubieran alcanzado acuerdos interadministrativos. Excepto en este último caso, cuando se trate de Planes Generales, será preceptivo el informe de las Conselleries competentes en materia de Educación y Sanidad", así como a "dictamen de los Municipios colindantes al que promueva el Plan General o, si el Plan es promovido por Administración no municipal, de todos los Ayuntamientos afectados".

<sup>1357</sup> Sobre este tipo de procedimientos administrativos, vid. por todos GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico...*, pp. 61 y ss.

"no configura un supuesto de control sobre el ejercicio de una competencia propia y exclusiva de las Comunidades Autónomas. Los planes hidrológicos de cuenca, cuyo contenido regula el art. 40 y que tienen carácter vinculante según el art. 38.3, comprenden una serie de disposiciones relativas a la protección y aprovechamiento de los recursos hidráulicos(...) que inciden en la actividad de diferentes Administraciones públicas - la de las Comunidades Autónomas, en primer lugar, pero también las del Estado y otros entes territoriales e institucionales - (...). Por ello, si hubiera de admitirse que cada Administración puede realizar las actividades de su competencia en régimen de estricta separación, la planificación hidrológica se haría imposible. *De donde se sigue que en materia de política hidráulica se acentúa la necesidad de una específica coordinación entre las diferentes Administraciones interesadas(...).* Con arreglo a lo dispuesto en el art. 149.1.13º de la Constitución en materia de planificación de la actividad económica, la coordinación es competencia del Estado, lo que permite entender, siguiendo la doctrina sentada en la STC 144/1985, de 25 de octubre, que en este caso el acto de aprobación que contempla el art. 38.6 de la Ley de Aguas es *materialmente una actividad de coordinación, ya que a través del mismo se integran en un solo sistema ordenado las acciones emprendidas por diversas entidades u órganos, de suerte que es la determinación definitiva y unitaria del plan la que posibilita la acción homogénea de todos ellos en relación con un mismo recurso.* Por lo demás, no es dudoso que la regulación del precepto impugnado no trata de suplantar la voluntad planificadora de la Comunidad Autónoma por la del Estado, *sino que pretende sólo integrar aquélla en el*

*conjunto superior de la política hidráulica general, evitando las disfunciones que pudieran producirse. En definitiva, la coordinación de actividades que implica la planificación hidrológica de cuenca se realiza según la Ley, mediante un doble mecanismo: la integración de voluntades y actividades afectadas en el procedimiento de elaboración del plan, que corresponde llevar a cabo a las Comunidades Autónomas competentes en relación con las cuencas intracomunitarias, y un acto final de aprobación por el Gobierno mediante el cual se coordina la decisión de aquéllas con las peculiares exigencias de la política hidráulica, a las que antes se ha hecho referencia. Por todo ello, el art. 38.6 de la Ley de Aguas no puede reputarse inconstitucional"*( Los subrayados son nuestros)<sup>1358</sup>.

Este mecanismo de coordinación procedimental también está previsto en el ámbito urbanístico, a través de la *aprobación definitiva del planeamiento municipal*. Merece la pena detenernos un momento en el análisis de la funcionalidad de este acto, estrechamente ligada al impacto de los principios constitucionales de autonomía, en este caso municipal, y coordinación<sup>1359</sup>.

---

<sup>1358</sup> Sobre este acto de aprobación del Gobierno de los Planes Hidrológicos de Cuenca autonómicos, vid. IRUJO EMBID, A., *La planificación Hidrológica. Régimen Jurídico*, Tecnos, Madrid, 1991, ORTIZ DE TENA, M.C., *Planificación Hidrológica*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 272 y ss., y TENA PIAZUELO, V. y GIMENO, J.M., "El sistema de planificación Hidrológico como manifestación del fenómeno de la planificación económica: precisiones conceptuales y régimen jurídico", en BERMEJO VERA, J. (Dir.), *Constitución y Planificación Hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 68 y ss.

<sup>1359</sup> Sobre la aprobación definitiva de los planes de urbanismo, pueden consultarse entre otros, los siguientes trabajos: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Dictamen sobre la legalidad de ordenanzas municipales sobre uso de suelo y edificación", *RAP* núm. 50, 1966, pág. 319, RODRIGUEZ MORO, N., "Los planes de ordenación urbana: su aprobación y posible impugnación", *RAP*, num.50, 1966, pp.147 y ss., CARCELLER FERNANDEZ, A., "La aprobación definitiva de los planes de urbanismo", *RDU*, num.25,1971, pp.75 y ss., GOMEZ FERRER-MORANT, R., "La aprobación

El procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos municipales culmina con un acto denominado de aprobación definitiva cuya realización corresponde - con carácter general - a las CC.AA.<sup>1360</sup>.

Tradicionalmente ha existido una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del acto de aprobación definitiva del Plan, provocada, en gran medida, por las deficiencias de la regulación normativa existente sobre el carácter y alcance de la competencia del órgano administrativo encargado de aprobar<sup>1361</sup>.

Es a finales de la década de los ochenta - coincidiendo casi en el tiempo con la interpretación rígida efectuada por el TC sobre la cuestión de los controles administrativos en sus sentencias número 213 y 259 de 11 de noviembre y 21 de diciembre de 1988,

---

definitiva de los planes municipales de urbanismo como acto de fiscalización", *REDA*, num.10, 1976, pp.521 y ss., FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: notas críticas", *RDU*, num. 112, 1989, DELGADO BARRIO, Javier, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 69 a 82, PAREJA I LOZANO, Carles, "Concurrència d'interessos i competències urbanístiques", *Autonomies*, num. 14, julio 1992, TORNOS MAS, Joaquín, "Aprobación definitiva de planes urbanísticos y autonomía municipal", *La Ley*, T-1991, vol. 2, pp. 662 y ss., y en "La actividad de control sobre los entes locales", en AA.VV., *Informe...*, op.cit., pp. 117 y ss., PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 63 y ss., y TRAYTER JIMENEZ, J.M., *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas-Fundación Abad Oliva, Madrid, 1996, pp. 103 y ss.

<sup>1360</sup> Así, por ejemplo, en Cataluña, el DLcat. establece en su art. 50 la competencia en la aprobación definitiva de los distintos tipos de planes de urbanismo, la cual queda en todos los casos - excepto en los de planes parciales que desarrollen sectores de urbanización prioritaria, estudios de detalle y proyectos de urbanización - en manos de la Comunidad Autónoma catalana. Cabe añadir que este art. 50 del DLcat. ha sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad planteada por el auto de 6 de abril de 1993 de la sección tercera de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con una posible vulneración de la autonomía municipal.

Una excepción a la tónica general de competencia autonómica en la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico es la constituida por la ley Balear 9/1990, de 27 de junio, de atribución de competencias a los Consells Insulars en materia de urbanismo y habitabilidad. A partir de esta norma, la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana quede en manos de los Consells Insulars, como competencia propia de los mismos. El Gobierno Balear se reserva la competencia de emitir informe preceptivo y no vinculante previo a la aprobación (art. 2.3). Como indica FONT I LLOVET, Tomàs, "Las competencias...", op.cit., pág.89, esta ley supone la descentralización de las competencias urbanísticas, que se mantienen en su integridad en la esfera local.

<sup>1361</sup> Un análisis de la evolución histórica desde un punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinal puede hallarse en PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 64 a 70.

respectivamente <sup>1362</sup>- cuando el TS entra directamente a **contrastar** el art. 41, apartados 2 y 3, de la Ley del Suelo de 1976 y el art.132 del RP con la **autonomía municipal** garantizada en el art. 140 CE<sup>1363</sup>, cumpliendo de esta manera el mandato del art. 5.1 LOPJ y extrayendo de éste examen consecuencias respecto al acto de aprobación definitiva del planeamiento urbanístico municipal<sup>1364</sup>.

El punto de partida de esta jurisprudencia del TS, consolidada ya, es que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo motiva que la función de ordenación urbanística sea una competencia **compartida** por los Municipios y las CC.AA<sup>1365</sup>. La competencia municipal y autonómica se ejerce mediante un procedimiento **complejo**, de

---

<sup>1362</sup> En relación a estas dos sentencias, pueden consultarse los comentarios de FANLO LORAS, A., "El control de los entes locales, ¿modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada", *RAP*, 130, 1993, pp. 171 y ss., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "El urbanismo...", op.cit..

<sup>1363</sup> En Cataluña, por ejemplo, el art. 59.2 del DLcat. sigue repitiendo la misma vaga dicción contenida en la antigua Ley del suelo de 1976. El art. 114, apartados 2 y 4, del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que contenía la misma inconcreta fórmula de la Ley del Suelo de 1976 y que tenía aplicación supletoria, ha sido declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

<sup>1364</sup> Pueden citarse a modo de ejemplo, las sentencias del TS de 20 de marzo de 1990 (Ar. 2244), 30 de abril de 1990 (Ar. 3624), 13 de julio de 1990 (Ar.6034), 22 de diciembre de 1990 (Ar.10183), 30 de enero de 1991 (Ar.614 y 616), 12 de febrero de 1991 (Ar.948), 25 de abril de 1991 (Ar.3430), 30 de enero de 1992 (Ar.616), 13 de febrero de 1992 (Ar. 2828), 25 de febrero de 1992 (Ar.2974), 18 de mayo de 1992 (Ar.4219), 22 de septiembre de 1992 (Ar.6974), 21 de noviembre de 1993 (Ar.6623), 21 de febrero de 1994 (Ar. 1455) y 23 de junio de 1994 (Ar.5339), entre otras.

<sup>1365</sup> STS de 21 de febrero de 1994 (Ar.1455):

"Y así las cosas, resulta claro que la diversidad de intereses presentes en el campo del urbanismo hacen de la de planeamiento una potestad de titularidad compartida por los Municipios y las Comunidades Autónomas"

Como puede apreciarse, el TS usa el término "potestad" en referencia a la competencia y la técnica de ejercicio de la potestad de ordenación del uso del suelo - el planeamiento, como hemos expuesto en páginas anteriores - en vez de ésta.

carácter **bifásico**<sup>1366</sup>. En el seno de este procedimiento, a la aprobación inicial y provisional - que corresponden al Municipio y mediante las que actualiza su competencia<sup>1367</sup> - les sigue con posterioridad la aprobación definitiva por parte de la Comunidad Autónoma, resolución que pone término al procedimiento complejo planificador<sup>1368</sup>.

La existencia de esta aprobación definitiva posterior a la actuación municipal está justificada, según el TS, por el predominio del interés supralocal sobre el local. Éste dato

---

<sup>1366</sup> STS de 26 de junio de 1994, Ar.5339:

"Su actuación se lleva a cabo a través de un procedimiento bifásico en el que la aprobación provisional del municipio, en lo que ahora importa, sigue en el tiempo la definitiva de la Administración autonómica".

<sup>1367</sup> STS de 13 de octubre de 1986, Ar. 6423: "la potestad para "redactar" y "formular" los Planes Generales de Ordenación Urbana, corresponde a los Ayuntamientos respectivos, y, por ende, la modificación de los mismos...".

Acerca de la diferencia de significado jurídico entre los términos "redacción", "formulación" y "tramitación" utilizados en la legislación urbanística con poca precisión técnico-jurídica, vid. JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, "La ordenación...", op.cit., pág. 190.

<sup>1368</sup> STS de 30 de abril de 1990 (Ar. 3624):

"es la aprobación definitiva la verdadera resolución que culmina y pone término al procedimiento, de suerte que las precedentes aprobaciones inicial y provisional son meros actos de trámite y por tanto inimpugnables. No se desconoce con ello la competencia municipal en la materia - ya se ha dicho que se trata de una competencia compartida - únicamente se afirma que sólo con la aprobación definitiva se obtiene el acto definitivo susceptible de impugnación con arreglo a lo dispuesto en los arts. 113.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 37.1 de la Ley Jurisdiccional."

El carácter complejo del procedimiento de planificación en el ámbito urbanístico es expuesto con gran claridad en la STS de 26 de enero de 1988 (Ar.428), en la que se indica que este procedimiento "tiene un carácter complejo, (...), lo que significa que los llamados actos de aprobación inicial, provisional y definitiva constituyen actos terminales de procedimientos concatenados que persiguen la finalidad última de producir esos instrumentos urbanísticos", operando estos procedimientos como "fases de iniciación y de instrucción respecto del que termina con la llamada aprobación definitiva, equivalente a la fase de terminación en un procedimiento simple".

La jurisprudencia del TS ha reiterado numerosas veces la inimpugnabilidad de los actos de aprobación inicial y provisional, a excepción de que estén aquejados de vicios causantes de nulidad radical (STS de 14 de marzo de 1988, Ar. 2000, respecto de la aprobación inicial y STS de 19 de octubre de 1993, Ar. 7367, en relación con la provisional).

también ampara el hecho de que el **objeto** sobre el que recaiga la decisión autonómica sean tanto los aspectos reglados como los discrecionales del plan municipal<sup>1369</sup>.

Siendo jurídicamente correcta la existencia del acto de aprobación definitiva, el TS procede a la delimitación de su **alcance** mediante una interpretación del art. 41.2 de la ley del Suelo de 1976 y del art. 132.2 RP conforme con las exigencias derivadas del principio de autonomía municipal del art. 140 CE<sup>1370</sup>. El ámbito del acto autonómico de aprobación definitiva debe matizarse según estén o no en juego en el **caso concreto intereses supralocales**<sup>1371</sup>.

**Cuando las determinaciones del plan se ocupan de intereses sin transcendencia fuera del ámbito municipal, el control autonómico sólo puede ser de legalidad**<sup>1372</sup>. Con

---

<sup>1369</sup> El TS suele apoyarse en la STC 170/1989, de 19 de octubre, para afirmar esa preeminencia del interés supramunicipal. Esta sentencia indica en su FJ 9 que "en la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante éste último".

<sup>1370</sup> STS de 22 de diciembre de 1990, Ar. 10183:

"Pero hoy, el art. 41.2 del Texto Refundido ha sufrido las consecuencias del principio de autonomía municipal - art. 140 de la Constitución - que ha determinado un nuevo entendimiento de aquél - (...) - en virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución - art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...) -, principio este que naturalmente opera con una peculiar intensidad respecto de las normas preconstitucionales al recibir el apoyo de la disposición derogatoria tres de la Constitución."

<sup>1371</sup> STS de 24 de diciembre de 1990, Ar. 10191:

"Así las cosas, será de indicar que hoy la Comunidad Autónoma no puede examinar el plan "en todos sus aspectos": el ámbito de su conocimiento y decisión depende, por un lado, de que se trate de aspectos reglados o discrecionales y, por otro, de que las determinaciones afecten o no a intereses supralocales..."

<sup>1372</sup> En el ejercicio de este control de legalidad, la Comunidad Autónoma puede tener en cuenta tanto la normativa urbanística como la que sin serlo contenga determinaciones que afecten al ámbito del urbanismo, como aclara la STS de 18 de julio de 1988, Ar. 6082, puesto que "el ordenamiento jurídico constituye una unidad y no puede admitirse que los órganos con competencias urbanísticas sólo puedan aplicar normas precisamente urbanísticas con desconocimiento de otras que aun no considerándose formalmente como tales puedan contener reglas determinantes de la calificación de los terrenos".



este criterio se examinarán tanto los aspectos reglados como los discrecionales del plan urbanístico. Respecto de los primeros - estándares, trámites procedimentales...-, si existen conceptos jurídicos indeterminados y éstos conllevan un margen de apreciación, éste margen corresponderá al Municipio<sup>1373</sup>. Por lo que hace a las determinaciones discrecionales, la Comunidad Autónoma debe controlarlas utilizando únicamente parámetros jurídicos, entre los que se encuentran, lógicamente, los principios generales del Derecho<sup>1374</sup>. Esta

---

<sup>1373</sup> Un ejemplo concreto en este sentido lo constituye la STS de 13 de julio de 1990 (Ar.6034)

El Municipio había decidido la ubicación de una zona edificable en la parte alta de la montaña de Montjuich, de tal forma que no obstaculizara las vistas de una antigua fortaleza militar. La Generalitat varía esa situación de la zona edificable, estableciéndola en la parte baja de la montaña, invocando como argumentos el impacto visual y la importancia paisajística de la decisión municipal.

El TS entiende de aplicación al supuesto el antiguo art. 73 de la LS de 1976, que en su apartado b) estaba repleto de conceptos jurídicos indeterminados (art. 73 "Las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto: b) En los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje o desfigurar la perspectiva propia del mismo"). Dado que en este caso no existían intereses supralocales a proteger por la Comunidad Autónoma, el margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados corresponde al Municipio, ya que "En definitiva, si lo que se discute son las vistas desde el castillo y la visibilidad de éste, ha de concluirse que se trata de un tema local en el que debe prevalecer la apreciación municipal".

<sup>1374</sup> En el caso de la STS de 18 de mayo de 1992 (Ar.4219), la decisión de la Comunidad Autónoma de excluir una porción de suelo de la clasificación como suelo urbanizable dada por el Municipio, es considerada por el TS respetuosa con el principio de autonomía local y, por tanto, con el ámbito de discrecionalidad municipal, pese a no concurrir intereses supralocales. La razón es que en este caso la decisión de la Comunidad Autónoma es consecuencia de un control de legalidad efectuado mediante principios generales del Derecho, en concreto con el parámetro del principio general de interdicción de la arbitrariedad. Así, el TS entiende que la decisión es fruto de la constatación por parte de la Comunidad Autónoma de la irracionalidad de la clasificación municipal (que no tiene en cuenta características físicas del terreno - fuertes pendientes, zona boscosa, orientación - que motivan la sustitución autonómica de la clasificación por la de suelo no urbanizable) aunque pone de manifiesto que "se trata de un supuesto límite", ya que se hace difícil precisar el criterio (de mera legalidad o de oportunidad) empleado en la aprobación definitiva. En referencia al uso del principio de interdicción de la arbitrariedad en el control de legalidad efectuado por la Comunidad Autónoma, vid. también la STS de 21 de febrero de 1994, Ar. 1455.

jurisprudencia encuentra apoyo normativo en el art. 8 de la CEAL<sup>1375</sup>.

Ahora bien, y esto es lo que nos interesa en este momento, cuando, por el contrario las determinaciones del plan afectan a intereses supralocales, además del control de legalidad ( tanto de los aspectos reglados - correspondiendo ahora, en caso de existencia de conceptos jurídicos indeterminados, el margen de apreciación a la Comunidad Autónoma- como de los discrecionales) cabe un **control de oportunidad** autonómico consistente en la **sustitución** del criterio discrecional municipal por el de la Comunidad Autónoma, con la finalidad de "asegurar una coherencia presidida por la prevalencia de tales intereses superiores"<sup>1376</sup> y lograr así una *coordinación* entre éstos y los municipales<sup>1377</sup>. En las elocuentes palabras de la STS de 18 de julio de 1988, Ar.6082:

---

<sup>1375</sup> Este artículo establece en sus apartados primero y segundo que:

1. "Todo control administrativo sobre las Entidades locales no puede ser ejercido sino según las formas y en los casos previstos por la Constitución o por la Ley".

2. "Todo control administrativo de los actos de las Entidades locales no debe normalmente tener como objetivo más que asegurar el respeto a la legalidad y de los principios constitucionales".

La STS de 21 de febrero de 1994, Ar. 1455, conoce de la impugnación de la aprobación definitiva autonómica de una modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Vall d'Uxó. Esta sentencia cita explícitamente el art. 8 CEAL, del que dice deriva "la licitud de un control sobre la actuación del los entes locales que tienda a "asegurar el respeto a la legalidad y a los principios constitucionales"". Vid. en idéntico sentido la STS de 25 de octubre de 1995 (Ar.7711).

<sup>1376</sup> STS de 12 de febrero de 1991, Ar.948.

<sup>1377</sup> En idénticos términos, reiterando el carácter **coordinador** del acto de aprobación definitiva, la STS de 5 de diciembre de 1990, Ar. 9732. En esta sentencia, el TS considera que la denegación de la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Toledo por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha no vulnera la autonomía municipal, por cuanto el plan municipal afecta a competencias autonómicas contempladas en el Estatuto de Autonomía.

"Así las cosas y puesto que el urbanismo implica una ordenación integral del territorio que afecta no sólo a los intereses locales sino a otros muy variados sobre los que como se ha visto no pueden incidir negativamente las decisiones de los entes locales, hay que entender subsistente el control de oportunidad que se lleva a cabo con la aprobación definitiva *para garantizar la coordinación de los intereses locales con aquellos por los que han de velar otras Administraciones Territoriales*". (Los subrayados son nuestros).

La delimitación efectuada por el TS del alcance del acto de aprobación definitiva - que realiza la función de control de legalidad y mecanismo de coordinación - se basa en la distinción entre la existencia o no de intereses supralocales. Si bien el control de legalidad actuará en todo caso, existan o no intereses supramunicipales implicados en las concretas determinaciones del plan, la vertiente coordinadora del acto autonómico solo se pondrá en marcha cuando hagan acto de presencia intereses supralocales. Éstos, en consecuencia, se convierten en la llave que faculta a la Comunidad Autónoma a imponer su criterio discrecional frente al municipal, a fin de lograr la preservación de los mismos<sup>1378</sup>.

Las opiniones doctrinales ante esta línea jurisprudencial han sido un tanto dispares. Así, PAREJA LOZANO considera que la distinción entre los círculos de interés municipal y supramunicipal es artificiosa y que llevada a sus últimas consecuencias daría lugar a una laminación de las competencias autonómicas sobre la materia<sup>1379</sup>, en tanto que TORNOS realiza una valoración positiva de esta jurisprudencia, pues considera que la doctrina que sienta es lógica y se halla fundamentada con solidez, suponiendo una aplicación práctica de

---

<sup>1378</sup> STS de 10 de octubre de 1997 (Ar. 7486).

<sup>1379</sup> PAREJA I LOZANO, Carles, "Concurrència...", op.cit., pág.22.

la doctrina del TC en materia de relaciones interadministrativas<sup>1380</sup>. En lo que sí existe coincidencia doctrinal es en la constatación de la dificultad de precisar en cada caso concreto la existencia o no de intereses supralocales implicados en la regulación urbanística municipal<sup>1381</sup>, problema del que es consciente el propio TS, el cual en varias sentencias pone de relieve que "El sistema trazado es de indudable complejidad y desde luego sería deseable que en un planeamiento más amplio que el municipal se recogieran ya las determinaciones derivadas de intereses autonómicos, lo que simplificaría el trámite de aprobación definitiva: bastaría con la virtualidad del principio de jerarquía normativa en su aplicación al planeamiento"<sup>1382</sup>.

La caracterización de la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico parece encajar en el supuesto previsto en el art. 62 LBRL<sup>1383</sup>, precepto que, como ha señalado

---

<sup>1380</sup> TORNOS MAS, Joaquín, "Aprobación...", op.cit., La Ley, T-1991, vol. 2, pp. 662 y ss., y en "La actividad de control...", op.cit., en AA.VV., Informe..., op.cit., pp. 117 y ss.

<sup>1381</sup> PAREJA I LOZANO, Carles, "Concurrència...", op.cit., pág. 22, llama la atención sobre como esta determinación judicial puntual realizada sentencia a sentencia abre la puerta a un importante factor de inseguridad jurídica, por lo que considera imprescindible un pronunciamiento legislativo explícito que clarifique con carácter general la cuestión.

Por su parte, TORNOS MAS, Joaquín, "Aprobación...", op.cit., pág. 669, considera que el único problema de esta doctrina sentada por el TS "es que el sistema trazado es de indudable complejidad. Ahora estamos abocados a discernir en cada caso qué es o no propio y exclusivo del ente local. Pero, en todo caso, ahí está la labor del operador jurídico y, en última instancia, de los órganos judiciales revisores."

<sup>1382</sup> Sentencias del TS de 22 de diciembre de 1990, Ar.10183, 30 de enero de 1991, Ar.616 y 12 de febrero de 1991, Ar.948.

<sup>1383</sup> Art. 62 LBRL:

"En aquellos casos en que la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias en la materia, las Leyes reguladoras de la acción pública en relación con la misma asegurarán, en todo caso, a las entidades locales su participación o integración en actuaciones o procedimientos conjuntamente con la Administración del Estado y/o con la de la Comunidad Autónoma correspondiente, atribuyéndole a una de éstas la decisión final."

En la legislación autonómica, vid., por ejemplo, el art. 137 LMRLC.

el TC, prevé una facultad coordinadora<sup>1384</sup>. Recientes Leyes urbanísticas, como la valenciana o la madrileña, han venido a consagrar explícitamente la naturaleza coordinadora de este acto, haciéndose eco de la construcción jurisprudencial expuesta<sup>1385</sup>.

Finalmente, entre los instrumentos procedimentales de coordinación se encuentran los supuestos en los que Administraciones públicas distintas a la que va a tomar la decisión final pueden expresar sus observaciones y sugerencias mediante su *participación en trámites de audiencia, información pública o consulta*. Ejemplos en este sentido pueden hallarse en los arts. 244.2 del Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba la Ley de

---

Este art. 62 LBRL debe conectarse con el art. 52.2 a) LBRL, que indica que las resoluciones del Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Comisiones de Gobierno no pondrán fin a la vía administrativa cuando una Ley sectorial exija la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma.

Acerca del art. 62 en el contexto global de las relaciones interadministrativas previstas en la LBRL, vid. ALBERTI ROVIRA, Enoch, "La inserción de los entes locales en un sistema complejo: las relaciones de colaboración entre Administraciones", en AA.VV., *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP-Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 1992, pp.140 y ss, GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional", D.A, núm. 208, 1986, pp.88 y ss.

Sobre la relación entre el acto de aprobación definitiva de la ordenación urbanística municipal y el art. 62 LBRL, vid. LLISSET I BORRELL, F., *Manual de Dret Local*, Barcelona, Ed. E.A.P., 1986, pág. 220, y PAREJA LOZANO, Carles, "Concurrència...", op.cit., pág. 20.

<sup>1384</sup> STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f, STC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 5.

<sup>1385</sup> La Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, de actividad urbanística, recoge el contenido posible de la aprobación definitiva en su art. 40.1, donde se plasma la doble función de este acto como control de legalidad y mecanismo de coordinación entre los intereses locales y los supralocales, destacándose su cometido de "coordinar la política urbanística municipal con las políticas autonómicas de conservación del patrimonio cultural, de vivienda y de protección del medio ambiente" (apartado E), así como con la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio (apartados A, B, C, D).

Por su parte, la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, recoge en su art. 48 B) la función coordinadora de la aprobación definitiva. Ésta debe referirse a "el modelo territorial adoptado con objeto de salvaguardar su *compatibilidad*" con las políticas regionales de ordenación del territorio y desarrollo económico y social; a las clasificaciones y calificaciones urbanísticas, "a fin de garantizar la *adecuación*" de las mismas a intereses supralocales; finalmente a los sistemas generales municipales, "para asegurar su funcionalidad y *satisfactoria conexión y articulación con las infraestructuras y servicios autonómicos y estatales*".

régimen del suelo y ordenación urbana<sup>1386</sup>, y 10.1 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras<sup>1387</sup>. En ambos casos se prevé que la Administración que toma la decisión final pueda imponerla, obligando incluso a modificar el planeamiento afectado, pero se supedita esa medida a la participación de las otras Administraciones Públicas, a fin de que planteen alternativas, efectúen sugerencias y pongan de manifiesto qué intereses generales están implicados.

---

<sup>1386</sup> Este precepto señala que:

"Cuando razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con el planeamiento urbanístico en vigor.

En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al Ministro de Obras Públicas y Transportes quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe sucesivo del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes, y de la Comisión Central del Territorio y Urbanismo. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento, conforme a la tramitación establecida en la legislación urbanística".

En la normativa autonómica, vid. por ejemplo, art. 250.2 DLCat.

Sobre esta técnica, cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 56/1986, de 13 de mayo, recaída en relación al art. 180 de la Ley del Suelo de 1976, vid. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Manual de Derecho Urbanístico*, Abella El consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 10<sup>a</sup> ed., 1993, pp. 224 y ss.

<sup>1387</sup> Este artículo establece que:

"Cuando se trate de construir carreteras o variantes no incluidas en el planeamiento urbanístico vigente de los núcleos de población a los que afecten, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo deberá remitir el estudio informativo correspondiente a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales afectadas, al objeto de que durante el plazo de un mes examinen si el trazado propuesto es el más adecuado para el interés general y para los intereses de las localidades, provincias y Comunidades Autónomas a que afecte la nueva carretera o variante. Transcurrido dicho plazo y un mes más sin que dichas administraciones públicas informen al respecto, se entenderá que están conformes con la propuesta formulada.

En caso de disconformidad, que necesariamente habrá de ser motivada, el expediente será elevado al Consejo de Ministros, que decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso ordenará la modificación o revisión del planeamiento urbanístico afectado, que deberá acomodarse a las determinaciones del proyecto en el plazo de un año desde su aprobación".

En idéntico sentido, el art. 6 de la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, indica que el procedimiento de elaboración de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales "incluirlá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e *institucionales* afectados y de las asociaciones que persigan el logro de los principios del artículo 2 de la presente Ley"<sup>1388</sup>. En fin, las leyes autonómicas de ordenación del territorio también contemplan durante la elaboración de los planes la consulta de los intereses envueltos de otras Administraciones Públicas, mediante la participación procedimental de éstas<sup>1389</sup>.

---

<sup>1388</sup> Precepto cuya constitucionalidad fue expresamente ratificada en la STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 13. Destaca el componente coordinador entre distintos intereses generales que tiene este precepto CANALS AMETLLER, D., "La polémica Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: Competencias Estatales *versus* competencias autonómicas (comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, en relación con las SSTC 156/1995, de 26 de octubre, y 163/1995, de 8 de noviembre)", *RAP*, núm. 142, 1997, pp. 345 y ss.

<sup>1389</sup> Por ejemplo, arts. 8.4, 14.2 y 19 de la Ley catalana 23/1983, de 21 de noviembre, de Política Territorial; arts. 20, 21 y 24 de la Ley asturiana 1/1987, de 30 de marzo, de ordenación del territorio; arts. 10, 13 y 17 de la Ley vasca 4/1990, de 31 de mayo, de ordenación del territorio; arts. 18, 22 y 38 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo.