



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) i a través del Dipòsit Digital de la UB (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) y a través del Repositorio Digital de la UB (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) service and by the UB Digital Repository (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

En todos estos casos, el procedimiento, mediante la articulación de trámites específicos, se configura como una instancia coordinadora. La coordinación buscada no puede en ningún caso suponer una agresión a la autonomía de otras Administraciones públicas, como ha declarado el TC¹³⁹⁰ y como explícitamente recoge el art. 10.1 LBRL, en relación a los entes locales. Además, la intervención por parte de una entidad superior estará sujeta al principio de proporcionalidad ya aludido, lo que implica que deba ser la menor posible a fin de lograr la coherencia entre los distintos intereses generales. Estos son límites negativos que en ningún caso deben ser sobrepasados.

Ahora bien, además de respetar estos límites, las Administraciones deben, como sabemos, cumplir el deber positivo de ponderación de los intereses públicos antes de adoptar una decisión. Y este deber positivo puede cumplirse precisamente gracias al procedimiento administrativo, el cual permite la toma en consideración de las competencias e intereses de otras Administraciones. El procedimiento se configura así como una "evaluación de impacto" de la decisión a tomar sobre las competencias e intereses del resto de Administraciones¹³⁹¹.

Ello significa que el principio de coordinación impone que los trámites dirigidos a lograr la coherencia entre actividades públicas y la armonización de intereses generales deban ser cumplidos efectivamente¹³⁹². Que los informes, alegaciones, sugerencias u

¹³⁹⁰ STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 6.

¹³⁹¹ En referencia específica a las actuaciones públicas sobre el territorio, MENENDEZ REXACH, A., "La coordinación...", op.cit., pág. 295, señala que "toda actuación estatal (como la de cualquier otro poder público) debe ir precedida de la evaluación de su impacto territorial, entendiendo esta expresión no sólo en su sentido material, sino también en cuanto a su adecuación jurídica a los instrumentos de ordenación del territorio existentes, de modo que todas ella pasen, por así decirlo, la prueba de esa adecuación mediante el procedimiento correspondiente", destacando la necesidad de "un procedimiento que garantice suficientemente la ponderación de los diversos intereses en presencia".

¹³⁹² En este sentido, respecto a los procedimientos de elaboración de los planes hidrológicos, ha sido notado que éstos tratan de "asegurar que sean tenidos en cuenta los diferentes intereses en presencia, con finalidad de eficacia administrativa y de coordinación", por lo que "la intervención de

observaciones sean tomadas en cuenta por el órgano decisor, el cual deberá en todo caso valorarlos y tomarlos en consideración.

Respecto a los informes, el deber de toma en consideración abarca tanto los informes obstativos, evidentemente, como aquéllos que sin serlo se incorporen al procedimiento, sean éstos preceptivos o facultativos. En este sentido, entendemos que la previsión normativa de informes preceptivos pero no obstativos es también una técnica de coordinación, por cuanto va dirigida a que los mismos influyan en la decisión a adoptar, bien sea para aceptarlos o para rechazarlos, pero, en cualquier caso, para considerarlos, orientando así el poder de la Administración decisoria¹³⁹³.

Por lo que se refiere a las observaciones, alegaciones, sugerencias, o alternativas formuladas por Administraciones Públicas, éstas deben ser consideradas y ponderadas por la Administración decisoria. En este sentido, *consideramos que puede afirmarse que también en el ámbito de las relaciones interadministrativas existe un deber de toma en consideración y de respuesta razonada de las mismas, deber que es posible afirmar también en este ámbito, como derivación del principio de coordinación y, más específicamente, de los arts. 79.1 y 86.3 LRJPAC*¹³⁹⁴.

las Comunidades Autónomas en la elaboración de los instrumentos de planificación que afecten a sus legítimos intereses económicos no puede reducirse a ser el simple resultado de un trámite formal de audiencia o de mera información, ya que el pleno sentido del principio implica que la participación de las Comunidades Autónomas debe ser capaz de poder condicionar de forma sustantiva el contenido de los proyectos de planificación que sean elaborados por el Gobierno". Vid. BERMEJO VERA, J. (Dir.), *Constitución y...*, op.cit., pp. 73 y 192.

¹³⁹³ Como indica SANCHEZ MORON, M., "La coordinación...", op.cit., pág. 28, los informes y alegaciones pueden "suponer un cierto contrapeso a la potestad planificadora o coordinadora de las Administraciones superiores".

¹³⁹⁴ En este sentido, la Ley italiana de 7 de agosto de 1990 señala que el derecho a presentar alegaciones y documentos y a que sean tomados en consideración cuando sean pertinentes lo tienen los sujetos comparecientes en el procedimiento, ostenten éstos intereses privados o públicos (arts. 9 y 10).

La efectiva ponderación de los intereses públicos deberá quedar acreditada en el fundamento de la decisión final, debiendo tener, por tanto, reflejo en el expediente administrativo correspondiente¹³⁹⁵. Éste debe justificar que la decisión, que puede suponer una limitación de los intereses y competencias de otras entidades públicas, tiene razones ponderadas que la sustentan, apoyando la alternativa elegida en detrimento de otras posibles. Razones que luego deberán ser expuestas en la motivación.

En definitiva, las Administraciones "deben ser consultadas, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y *de forma apropiada*, a lo largo de los procesos de planificación y de decisión para todas las cuestiones que les afecten directamente", de tal forma que esa participación procedimental "permita armonizar los intereses públicos afectados", como sostienen, respectivamente, los arts. 4.6 CEAL y 58.2 LBRL, en referencia a los intereses locales, lo que consideramos extensible al resto. La coordinación procedimental, pues, no puede consistir en el cumplimiento aparente de unos trámites puramente formales, sino en la real ponderación de los intereses públicos implicados, introducidos gracias a esos trámites procedimentales.

Dos ejemplos, relativos a la articulación del deber de ponderación de intereses públicos por medio del procedimiento administrativo, pueden ayudar a concretar las observaciones efectuadas de modo general hasta el momento.

Por lo que se refiere a la *aprobación definitiva* autonómica del *planeamiento urbanístico municipal*, ya nos referimos a la misma en páginas anteriores. Según el TS y las

¹³⁹⁵ Es de interés en este sentido el art. 57.4 DLCat., el cual, prevé, como vimos, una serie de informes preceptivos en la elaboración del planeamiento urbanístico, informes que "se han de incluir en el expediente, y las determinaciones que se incorporen se han de hacer constar en el acuerdo de aprobación provisional". Entendemos que no sólo el informe debe incluirse en el expediente, sino que también deberá constar su valoración, bien sea para aceptar su contenido, en cuyo caso se hará constar en el acuerdo de aprobación provisional, bien para rechazarlo, lo que deberá efectuarse razonadamente.

normas autonómicas más recientes se trata de un acto de contenido coordinador, que a nuestro entender encuentra acomodo en la técnica prevista en el art. 62 LBRL. La consideración de la aprobación definitiva como acto de coordinación y su relación con el modelo de relaciones interadministrativas de la LBRL¹³⁹⁶, tiene unas consecuencias importantes respecto de los **límites** a que está sometido. Éstos se hallan recogidos en el art. 10 LBRL:

"1.La Administración local y las demás administraciones públicas ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos.

2.Procederá la coordinación de las competencias de las entidades locales entre sí y, especialmente, con las de las restantes Administraciones públicas cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas.

3.Las funciones de coordinación no afectarán en ningún caso a la

¹³⁹⁶ Esta faceta coordinadora del acto de aprobación definitiva supone un argumento en favor de la caracterización de la competencia municipal de ordenación urbanística como propia, dado que *sólo las competencias propias se someten a coordinación*, en tanto que las delegadas no se coordinan, sino que son dirigidas por el ente delegante, el cual también controla la discrecionalidad en su ejercicio (art. 7 LBRL).

En este sentido, la STC 27/1987, de 27 de febrero, en su FJ 2, indica que la coordinación:

"presupone, lógicamente la titularidad de las competencias en favor de la Entidad coordinada".

Sobre la competencia municipal de ordenación urbanística como competencia propia, teniendo presente los arts. 3.1 y 4.4 CEAL, vid. PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 60 a 63.

autonomía de las entidades locales."

Del artículo citado y de la interpretación efectuada por el TC en diversas sentencias, pueden deducirse una serie de *límites negativos* en el ejercicio por las CC.AA. del acto de aprobación definitiva como instrumento coordinador.

Así, para que proceda la coordinación respecto de un concreto plan urbanístico municipal deben darse los presupuestos jurídicos necesarios, esto es, en palabras del art. 10.2 LBRL, que las regulaciones urbanísticas municipales "transciendan el interés propio" del Municipio, "incidan o condiciones relevantemente" competencias de otras Administraciones o "sean concurrentes o complementarios" respecto de éstas. En definitiva, que la negación de la aprobación definitiva o la introducción de modificaciones respondan a la presencia de intereses supralocales que sea preciso salvaguardar.

En segundo lugar, si bien la coordinación supone un cierto poder de dirección por parte de la Comunidad Autónoma¹³⁹⁷ y un límite a la competencia propia municipal de ordenación urbanística - sin alterar ni su titularidad municipal ni su ejercicio¹³⁹⁸ -, *nunca puede suponer una vulneración de ésta* (art. 10. 1 LBRL)¹³⁹⁹. En concreto, y se trata de un punto fundamental, no puede eliminarse mediante este acto la discrecionalidad municipal

¹³⁹⁷ STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f :

"toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado..."

¹³⁹⁸ STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5, STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f.

¹³⁹⁹ STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5:

"pues la coordinación no entraña la sustracción de competencias propias de las entidades coordinadas, sino que implica tan sólo un límite a las mismas..."

en el ejercicio de la competencia de ordenación urbanística, puesto que en caso contrario se produciría una vulneración de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (art. 10.3 LBRL)¹⁴⁰⁰. La ordenación del uso del suelo es una competencia municipal que debe ser ejercida bajo su propia *responsabilidad* y que no puede entenderse reducida a una mera participación en un procedimiento, en el que las decisiones son tomadas por la Comunidad Autónoma¹⁴⁰¹.

Finalmente, la aprobación definitiva, en su vertiente de acto de coordinación, está sometida al *principio de proporcionalidad*. La potestad coordinadora otorgada por la legislación urbanística persigue el fin de lograr la coherencia entre la ordenación urbanística municipal y las competencias autonómicas con incidencia territorial. En consecuencia, el concreto acto de aprobación definitiva deberá, en cada caso, ajustarse a esa finalidad y ser congruente con la misma, y sólo podrá sustituir la discrecionalidad municipal en la medida en que sea necesario para coordinarla con el ejercicio de competencias autonómicas¹⁴⁰², de acuerdo con el ya aludido art. 8.3 CEAL.

La coordinación mediante el acto de aprobación definitiva está limitado en su

¹⁴⁰⁰ STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 6:

"(la coordinación) no puede traducirse en la emanación de órdenes concretas que prefiguren exhaustivamente el contenido de la actividad del ente coordinado, agotando su propio ámbito de decisión autónoma; *en cualquier caso, los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre elección o de discrecionalidad en favor de las Administraciones sujetas a la misma, sin el cual no puede existir verdadera autonomía.*" (El subrayado es nuestro).

¹⁴⁰¹ FONT LLOVET, Tomás, "Competencias...", op.cit., pág. 90, ha puesto de relieve el peligro de que la participación de los entes locales en procedimientos en los que la decisión última queda en manos de una Administración territorialmente superior pueda dar lugar a que el poder efectivo de adoptar decisiones bajo la propia responsabilidad - compartida en su caso - sea hurtado de la esfera local y sustituido por un "sucedáneo" del mismo, como es el simple concurso en la formulación de esas decisiones.

¹⁴⁰² En este sentido, SANCHEZ MORON, Miguel, "La coordinación...", op.cit., pág. 24.

contenido y alcance, pues, por la efectiva concurrencia de las circunstancias precisas, el respeto a la existencia de autonomía en el ejercicio de la competencia municipal y la no vulneración del principio de proporcionalidad. Ahora bien, debe subrayarse que esta decisión coordinadora no sólo está sometida a estos límites negativos, sino que, además, la toma de la misma está *orientada positivamente* por el deber constitucional de coordinación.

En este sentido, el art. 103.1 CE, junto con los ya citados 55 b) y 58.2 LBRL, 4.1 b) LRJPAC y 4.6 CEAL exigen que el ejercicio de la discrecionalidad autonómica, al adoptar el acto de aprobación definitiva de coordinación, se desarrolle de un modo determinado: *conociendo* los intereses municipales implicados en la ordenación urbanística y *ponderándolos* antes de denegar la aprobación definitiva o concederla introduciendo modificaciones del criterio discrecional del municipio.

Para ello, el procedimiento administrativo conducente a la aprobación definitiva de la ordenación urbanística deviene clave, como institución que permite ese conocimiento y ponderación. Como ya sabemos, el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico es un procedimiento *complejo y bifásico*, por cuanto se compone de una serie de subprocedimientos (para la aprobación inicial, para la aprobación provisional y para la aprobación definitiva), los cuales se articulan en dos fases sucesivas, una municipal (correspondiente a las aprobaciones inicial y provisional) y otra autonómica (precisamente la relativa a la aprobación definitiva). Si bien todos los subprocedimientos tienen importancia en el cumplimiento del deber de coordinación, por cuanto también en la adopción de la aprobación inicial y provisional deben conocerse y ponderarse los intereses públicos envueltos, el último de ellos que conduce al acto de aprobación definitiva, precisamente por su ubicación temporal y su funcionalidad, adquiere singular relevancia, por cuanto debe permitir el cumplimiento del deber constitucional de coordinación sin menoscabo de la

autonomía municipal, mediante la articulación coherente de las diversas políticas públicas sobre el territorio.

En el ámbito del ordenamiento italiano, MAROTTA ha destacado la gran importancia del procedimiento administrativo para evitar abusos en la utilización de la discrecionalidad por la instancia regional, con la consiguiente vulneración del legítimo ámbito de decisión en materia de ordenación urbanística que corresponde al nivel local¹⁴⁰³. Este autor pone de relieve como los poderes regionales de modificación del plan deben ser ejercitados mediante una "adeguata istruttoria ed una puntuale e congrua motivazione". El adecuado seguimiento de un procedimiento que permita una auténtica ponderación de los intereses públicos y privados envueltos es la mejor garantía para que no se produzca un abuso de discrecionalidad que elimine los poderes de decisión del nivel local. La autoridad regional debe comunicar la propuesta de modificación del plan al municipio - de conformidad con el art. 10 de la Ley de 17 de agosto de 1942, modificado por Ley 6 de junio de 1967 - y, además, como pone de relieve este autor, debe ponderar, tomar en consideración realmente las alegaciones y observaciones efectuadas por éste, justificando el por qué de las modificaciones que haya decidido introducir¹⁴⁰⁴. En caso de conflicto judicial entre Administraciones Públicas corresponderá al tribunal comprobar que tal ponderación efectivamente se realizó y que la justificación obrante en el expediente para sustentar la modificación - por ejemplo, las respuestas a las observaciones municipales - existe y es suficiente y coherente con la

¹⁴⁰³ MAROTTA, L., *Pianificazione urbanística e discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 79 y ss.

¹⁴⁰⁴ MAROTA, L., *Pianificazione...*, op.cit., pág. 92: "Sarà così necessario ed opportuno che, in sede di formazione del piano, vengano discussi ed approfonditi le caratteristiche essenziali ed i suoi criteri di impostazione, così che le modifiche che l'autorità sovraordinata volesse introdurre dovranno essere a loro volta illustrate da appropriate motivazioni sulle ragioni che le giustificano nell'ambito sempre della filosofia posta a fondamento del piano stesso".

motivación de la misma.

En nuestro país, el ordenamiento urbanístico ha descuidado tradicionalmente la regulación del procedimiento administrativo conducente a la decisión autonómica de aprobación definitiva, como tuvimos ocasión de ver. Sin embargo, *entendemos que aunque la normativa urbanística nada prevea al respecto, el principio constitucional de coordinación impone un deber procedimental consistente en que, con anterioridad a la denegación de la aprobación definitiva o a la modificación del criterio discrecional del municipio mediante ésta, el Ayuntamiento pueda exponer su puntos de vista* - bien sea mediante la emisión de un informe o a través de un trámite de audiencia¹⁴⁰⁵ - los cuales *habrán de ser ponderados por la Comunidad Autónoma, que deberá contestar razonadamente estas alegaciones municipales*, de conformidad con los ya mencionados arts. 79.1 y 86.3 LRJPAC. Sólo de esta manera puede entenderse que se da cumplimiento a los arts. 4.6 CEAL, 2.1 y 58.2 LBRL, puesto que sólo la ponderación de las alegaciones municipales, plasmada en la respuesta razonada de éstas permite que, como exigen estos preceptos, "el derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses" se desarrolle en "forma apropiada", permitiendo así "armonizar los intereses públicos afectados". La aprobación definitiva decidida tras esta ponderación *deberá además ser motivada*, de conformidad con el art. 54.1 f) LRJPAC¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁵ No vemos inconveniente en entender aplicable, pese a movernos en el ámbito de las relaciones administrativas, el art. 84 LRJPAC.

¹⁴⁰⁶ La exigencia de la motivación de las modificaciones introducidas por la aprobación definitiva ha sido subrayada en diversas ocasiones por el TS. Así, en la STS de 30 de enero de 1991 (Ar. 616), el TS anula las modificaciones introducidas por la Comunidad Autónoma catalana al Plan General de Ordenación Urbana de Cabrera de Mar debido a su falta de motivación. El TS acepta que la Comunidad Autónoma podía introducir las modificaciones directamente mediante el acto de aprobación definitiva, puesto que estaban en juego intereses supralocales derivados del nuevo trazado de una autopista y de una carretera nacional. Ahora bien, el TS advierte que "una modificación de este tipo ha de aparecer cuidadosamente motivada en el acuerdo de aprobación definitiva, explicitando su origen o base previa", añadiendo además que "cuando como ocurre en el supuesto litigioso el

Insistimos en que el informe o la audiencia del municipio autor del plan y la ponderación de sus observaciones deben existir en el suprocedimiento conducente a la decisión autonómica sobre la aprobación definitiva, por imperativo del art. 103.1 CE, en conexión con los arts. 55 b) LBRL y 4.1 b) LRJPAC, así como con los arts. 4.6 CEAL y 58.2 LBRL. El principio de coordinación exige esa consulta y ponderación, aun cuando la normativa urbanística autonómica no lo prevea expresamente, en el caso de que no formalice el procedimiento de elaboración del acto de aprobación definitiva¹⁴⁰⁷. Entendemos que dada la importancia del papel coordinador de este acto y la posible afectación de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada sería conveniente que las legislaciones autonómicas formalizaran el procedimiento de aprobación definitiva del planeamiento urbanístico, estableciendo explícitamente el deber de consulta al municipio.

En esta línea nos parece destacable la ya citada Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, de actividad urbanística. Esta norma indica en su Exposición de Motivos que "el poder público municipal, expresión de la voluntad democrática de la colectividad local, con

trazado señalado en la aprobación definitiva va a tener repercusiones en otros términos municipales, la motivación no podrá reducirse a las conveniencias del ámbito ordenado por el Plan urbanístico sino que habrá de extenderse a una contemplación global de todos los términos afectados, con una exposición completa de los hechos determinantes".

Por su parte, la STS de 25 de abril de 1991 (Ar. 3430) señala que "la actuación de la competencia autonómica relativa a la introducción de determinaciones en el planeamiento con criterios de mera oportunidad exige, en primer término, la invocación del interés supralocal que le sirve de fundamento genérico, para después concretar en qué medida la calificación pretendida por el Municipio entorpecería la atención de aquel interés o en qué sentido le resultaría más favorable la calificación impuesta por la Comunidad Autónoma", pues "dado que se trata de determinar la competencia, requisito siempre reglado, en el ámbito de la discrecionalidad del planeamiento, la decisión autonómica ha de ser motivada, dada la necesidad de una justificación ostensible del supuesto de hecho - aquí afectación de intereses supralocales - que determina la atribución de la potestad discrecional". En el caso concreto analizado por esta sentencia, ante la ausencia de motivación de las modificaciones introducidas por la Comunidad Autónoma catalana al Plan General de Ordenación Urbana de Premià de Dalt, el TS decide la anulación del acto de aprobación definitiva.

¹⁴⁰⁷ Es el caso, por ejemplo del art. 59.2 DLCat, ya citado. Obviamente, lo que no cabe, puesto que existiría una vulneración del principio constitucional de coordinación y de los preceptos citados, es que la normativa autonómica urbanística niegue esa participación y ponderación.

autonomía constitucionalmente garantizada, no puede seguir siendo, en nuestro contexto constitucional, un mero agente gestor en régimen reglado de las decisiones urbanísticas planificadas por poderes supralocales. Ese papel estrictamente ejecutor de decisiones urbanísticas ajenas (que asignaba a los Municipios la legislación anterior) es, por inadecuación al actual contexto constitucional, el origen de multitud de conflictos que se han venido produciendo tanto en las relaciones interinstitucionales como en las relaciones jurídicas entre el Municipio y los particulares". Añadiendo que "esta Ley atribuye a la política municipal gestora del Urbanismo un espacio de decisión propio", debiéndose centrar la política urbanística de la Generalitat en "la integración y la adecuada estructuración de las actuaciones urbanísticas dentro de ámbitos territoriales más amplios o en el seno de las políticas públicas con relevancia territorial".

Partiendo de estas premisas¹⁴⁰⁸, el art. 4 de la Ley señala que "las competencias urbanísticas se ejercerán en *coordinación* con las atribuidas por la ley para la gestión de otros intereses públicos específicos cuya realización requiera ocupar o transformar el territorio y afectar el régimen de utilización del suelo. *La ordenación urbanística deberá facilitar el desarrollo de las distintas acciones administrativas* resolviendo la integración espacial de las necesidades públicas y privadas".

La perspectiva dinámica de la coordinación apuntada en el art. 4 se concreta luego en los arts. 39 y ss., al regular la aprobación definitiva autonómica del planeamiento municipal. Estos preceptos caracterizan, como ya nos es conocido, el acto como un instrumento de control de la legalidad y de coordinación (art. 40.1), estableciendo sus

¹⁴⁰⁸ PAREJO ALFONSO, L., "El significado de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, en la evolución del derecho urbanístico: una nueva articulación de lo público y lo privado en la actividad urbanística", *RDU*, núm. 143, pág. 114, nota que "la Ley es plenamente consecuente con la estructura territorial del Estado y asume abierta y decididamente el pluralismo de los agentes urbanísticos públicos".

límites, derivados de su respeto a la autonomía municipal, así como la obligación de motivar expresamente la resolución suspensiva o denegatoria (art. 40.2).

Lo que nos interesa ahora destacar es que junto a estos límites negativos, la Ley valenciana formaliza el procedimiento de otorgamiento de la aprobación definitiva, enfatizando el deber autonómico de ponderación de los intereses locales, así como la posibilidad de que los municipios expongan sus puntos de vista antes de la decisión autonómica. El art. 39 establece un *período consultivo previo a la aprobación*, señalando que:

"La Conselleria competente en Urbanismo al recibir la solicitud de aprobación definitiva, iniciará un período consultivo y de análisis del Plan con la entidad que lo promueva y las demás Administraciones afectadas. Durante este período consultivo la Generalitat:

- A) Recabará los informes oportunos.
- B) Requerirá, si fuera preciso, a la Administración promotora del Plan para que complete el expediente, subsane los trámites que se echen en falta o motive y aclare formalmente las propuestas de formulación o finalidad imprecisa.
- C) Ofrecerá alternativas técnicas de consenso interadministrativo.

Dicha Conselleria otorgará directamente la aprobación definitiva, obviando o abreviando el período consultivo, cuando el expediente sometido a su consideración así lo permita".

La formalización de este período consultivo por la ley nos parece acertada, al realzar la necesidad de ponderación autonómica de los intereses públicos enueltos en la ordenación, lo que se consigue mediante la consulta al municipio de las cuestiones que puedan presentar dudas. Entendemos que en este período de consultas deben incluirse también las propuestas de modificación autonómica, las cuáles deben ser conocidas por el municipio, a fin de poder formular las alegaciones que considere convenientes antes de que se produzca la aprobación definitiva. Alegaciones que deberán ser respondidas razonadamente por la Comunidad Autónoma, de acuerdo con los ya citados arts. 79.1 y 86.3 LRJPAC.

El segundo y último ejemplo que queremos traer a colación en relación a la coordinación de intereses públicos mediante su ponderación durante el procedimiento administrativo se refiere a los *planes de ordenación territorial*. No es este el momento de exponer en detalle el significado jurídico de la competencia sobre ordenación del territorio¹⁴⁰⁹. Desde la perspectiva del principio de coordinación que ahora nos interesa, debe destacarse que el TC ha llamado la atención sobre la necesidad de que las distintas competencias estatales, autonómicas y locales que concurren en el diseño de la utilización del

¹⁴⁰⁹ Pueden consultarse, entre otros, los trabajos de BASSOLS COMA, Martín, "Ordenación del territorio y medio ambiente: aspectos jurídicos", *RAP*, núm.96, 1981, pp. 41 y ss., PAREJO ALFONSO, Luciano, "La ordenación territorial; un reto para el estado de las autonomías", *REALA*, núm. 226, 1985, pp. 209 y ss., "La organización administrativa de la ordenación del territorio", *RDU*, núm. 105, 1985, pp. 13 y ss, QUINTANA LOPEZ Y FERRERO CALZADA, "Obras públicas estatales y competencias urbanísticas", *REALA*, núm. 231, 1986, pp. 561 y ss., LOPEZ RAMON, Fernando, "Planificación territorial", *RAP*, núm. 114, 1987, pp. 127 y ss, "Fonaments d'una ordenació del territori sectorial", *Autonomies*, núm. 14, 1992, pp. 39 y ss, "En busca de un ámbito para la ordenación del territorio por las Comunidades Autónomas", en AA.VV. *Informe sobre las CC.AA.*, 1992, Barcelona, Ed. Instituto de Derecho Público, 1993, pp.349 y ss., "Urbanismo municipal y ordenación del territorio", *REDA*, núm. 82, abril-junio 1994, pp. 207 y ss. ESCRIBANO COLLADO, Pedro, "La ordenación del territorio y el medio ambiente en la Constitución", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed), *Estudios...*, vol. IV, op.cit., pp. 3705 y ss., PAREJA LOZANO, Carlos, "L'acció legislativa de la Generalitat de Catalunya en matèria d'ordenació del territori i urbanisme", *Autonomies*, núm. 16, 1992, y PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 109 y ss.

suelo deban respetarse mutuamente¹⁴¹⁰. En este sentido, el TC ha resaltado en diversas ocasiones el componente coordinador que posee la competencia autonómica de ordenación del territorio. Así, en la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 1 B), puede leerse lo siguiente:

"La idea de "ordenación" (o de "planificación", que es el término utilizado en otras lenguas europeas) del territorio nació justamente de la necesidad de *coordinar o armonizar*, desde el punto de vista de su proyección territorial, los planes de actuación de distintas administraciones." (El subrayado es nuestro).

La misma idea vuelve a expresarse en la STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 3, al indicarse que:

"El ente competente en esta materia, *al ejercer la actividad ordenadora*, estableciendo los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio, coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial."

¹⁴¹⁰ STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 1 B):

"Cuando la función ordenadora se atribuye a una sólo de estas Administraciones, o, como entre nosotros sucede, a entes dotados de autonomía política constitucionalmente garantizada, esa atribución no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio".

En consecuencia, la competencia autonómica de ordenación del territorio se configura como un *mecanismo coordinador* entre las competencias de distintas Administraciones con incidencia sobre el suelo, asumiendo de esta manera funciones de "bisagra" que otorga coherencia al conjunto¹⁴¹¹. Más en concreto, es el procedimiento mediante el que se desarrolla esta función pública el que permite el conocimiento y armonización de los intereses y políticas públicas relativas al territorio. En este mismo sentido, el art. 13 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, indica que la Ordenación del Territorio es "una función pública de gobierno del territorio para la organización racional y equilibrada de su utilización y, en general, de los recursos naturales que propicie la cohesión e integración social" de la Comunidad Autónoma, señalando como uno de sus objetivos principales la "*coordinación* de la acción territorial entre las Administraciones Públicas".

Esta faceta coordinadora se realiza, además, mediante una específica técnica. Como ha señalado el TC :

"el Plan es el instrumento básico y esencial de la ordenación del territorio, el elemento definidor de la actuación urbanística, sin el cual no puede concebirse el ejercicio de la competencia ordenadora del territorio.".(STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 6).

Por tanto, es el procedimiento planificador el que actúa, como ya nos es conocido, como marco de coordinación entre los intereses de los diversos niveles de poder, en este caso

¹⁴¹¹ Vid. MENENDEZ REXACH, Angel, "Coordinación...", op.cit., pp. 253 y ss, el cual expone la faceta coordinadora de la ordenación del territorio tanto en sentido vertical (entre competencias autonómicas y estatales y municipales) como horizontal (en la relación entre CC.AA. limítrofes).

en relación al modo de utilización del suelo.

Ciñiéndonos a las relaciones entre los intereses locales y los autonómicos, debe señalarse que los instrumentos de ordenación del territorial introducen un elemento a considerar en la determinación de los intereses supralocales presentes en la ordenación del uso del suelo y en su coordinación con los intereses locales. Entendemos que los planes supramunicipales de ordenación del territorio deben ser considerados una técnica de coordinación entre la competencia autonómica de ordenación territorial y la municipal de ordenación urbanística, reconducible al art. 59 de la LBRL¹⁴¹². Este art. establece:

"1. A fin de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones públicas, en los supuestos previstos en el número 2 del artículo 10 y para el caso de que dicho fin no pueda alcanzarse por los procedimientos contemplados en los artículos anteriores o éstos resultaran manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate, las leyes del Estado y las de las Comunidades Autónomas, reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la Nación, o al Consejo de Gobierno, la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las Diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias.

La coordinación se realizará mediante la definición concreta y en relación con una materia, servicio o competencia determinados de los intereses

¹⁴¹² Resaltan el carácter de medida coordinadora del art. 59 LBRL las sentencias del TC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f) y 331/1993, de 21 de noviembre, FJ 5.

Sobre el encaje de los planes supramunicipales de ordenación territorial en este art. 59 LBRL, vid. MORELL OCAÑA, Luis, "La coordinación...", pág. 122.

generales o comunitarios , a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente. En la tramitación de los mismos se observará lo dispuesto en el número 2 del artículo anterior.

Las entidades locales ejercerán sus facultades de programación, planificación u ordenación de los servicios o actividades de su competencia en el marco de las previsiones de los planes a que se refiere el párrafo anterior.

2. En todo caso, la Ley deberá precisar, con el suficiente grado de detalle, las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserven las Cortes Generales o las correspondientes Asambleas Legislativas."

De la aplicación de este artículo al ámbito de la ordenación territorial se pueden derivar una serie de consecuencias jurídicas. En primer lugar, que el presupuesto necesario para la coordinación de la discrecionalidad urbanística municipal mediante instrumentos de ordenación del territorio es la existencia de los presupuestos contemplados en el art. 10.2 LBRL, es decir, la existencia de intereses supralocales. Precisamente son los instrumentos de ordenación territorial los que definen y fijan los intereses comunitarios.

Por otra parte, la coordinación realizada por los planes supramunicipales de ordenación territorial no debe limitarse a la fijación de intereses supralocales, sino que también pueden establecer pautas de conducta en la actividad urbanística municipal, fijando *objetivos y prioridades*.

Las *consecuencias* que conlleva la coordinación mediante los planes supramunicipales es que los Municipios deberán ejercer su competencia de ordenación urbanística "en el marco

de las previsiones" (art. 59.1 LBRL) recogidas en éstos.

Respecto a los *límites* de la coordinación de la discrecionalidad urbanística municipal, hemos podido observar como el art. 59.1 LBRL exige que la definición de los intereses comunitarios sea *concreta*. De igual manera, se exige que sea una ley formal¹⁴¹³ la que otorgue la función coordinadora a la Comunidad Autónoma, precisando las "condiciones y límites" (art. 59.2 LBRL) de la coordinación¹⁴¹⁴. La coordinación de los intereses locales estará sometida, como ya se expuso, al principio de proporcionalidad. Finalmente, la coordinación, como ya sabemos, en ningún caso podrá vulnerar la autonomía municipal (art. 10.3 LBRL). Lo que conlleva que la relación entre los planes autonómicos de ordenación territorial y los municipales de ordenación urbanística no pueda ser jerárquica, sino competencial y que el contenido de los primeros no pueda ser tan exhaustivo como para vaciar de contenido la competencia municipal de ordenación urbanística, debiéndose limitar, en principio, a la formulación de directrices territoriales¹⁴¹⁵.

Estos límites negativos que rodean a la coordinación efectuada por medio de los planes de ordenación territorial son complementados, y esto es lo que queremos señalar ahora

¹⁴¹³ Ley que será autonómica o estatal dependiendo de los sectores materiales en que se efectúe la coordinación, como ha indicado la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 7 D) b). En el supuesto que nos ocupa, al ser la ordenación del territorio competencia exclusiva de las CC.AA., deberá tratarse de una ley autonómica.

En relación a este punto, nos parece discutible el pronunciamiento contenido en el FJ 5 de la STC 331/1993, de 21 de noviembre, en el que se considera que el art. 168.3 LMRLC respeta el art. 59 LBRL. Este art. 168.3 LMRL prevé que corresponde al Gobierno de la Generalidad la facultad de coordinar la actividad de la Administración local. El TC en esta sentencia afirma que la exigencia de ley del art. 59.1 LBRL queda cubierta con este artículo. Sin embargo, el art. 59.1 LBRL indica expresamente que deberá ser una ley sectorial la que otorgue al gobierno - estatal o autonómico - la facultad de coordinación, y la LMRL no lo es.

¹⁴¹⁴ Límites y condiciones que la STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 7 D)b), considera "naturalmente indispensables para preservar la autonomía local", la cual resulta vulnerada si la ley no los precisa.

¹⁴¹⁵ Vid. con más detalle lo expuesto en PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 117 y ss. En relación a la figura de las directrices, vid. MENENDEZ, P., *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Civitas, Madrid, 1993.

especialmente, por unos *criterios de orientación positiva* referidos a cómo debe desarrollarse la competencia autonómica. El deber de actuación coordinada que deriva del art. 103.1 CE, articulado en los arts. 55 b) LBRL, y 4.1 b) LRJPAC exige que durante la elaboración de los planes de ordenación territorial los municipios afectados sean oídos y los intereses locales ponderados en el momento de decidir la ordenación territorial. En este sentido, deben tenerse presente los ya citados arts. 2.1 LBRL, 4.6 CEAL - que señala que "las Entidades locales deben ser consultadas, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada, a lo largo de los procesos de planificación y de decisión para todas las cuestiones que les afecten directamente" - y 58.2 LBRL - aludido expresamente por el art. 59.1 en referencia al procedimiento de elaboración de los planes sectoriales coordinadores - que imponen la existencia en el procedimiento de elaboración de los planes de ordenación del territorio de un trámite de informe o audiencia a las otras Administraciones afectadas por la regulación, así como la ponderación de sus alegaciones.

Diversas leyes autonómicas de ordenación del territorio, al formalizar el procedimiento de elaboración de los distintos instrumentos, mencionan la necesidad de consulta con las diversas Administraciones que puedan resultar afectadas en sus intereses, así como la necesidad de ponderar éstos antes de la toma de la decisión. Es el caso, por ejemplo, de la Ley catalana 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial, cuyos arts. 8, 14 y 19 aluden a este deber procedimental.

También la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, exige en su art. 18, en referencia a la elaboración del Plan Regional de Estrategia Territorial, la participación de los Municipios y de las otras Administraciones, las cuales serán oídas en trámite de audiencia, debiéndose "a la vista del resultado" de esta consulta decidirse la ordenación pertinente. Participación y ponderación

que también se prevé para la delimitación del ámbito de las Zonas de Interés Regional (art. 22.2), para la aprobación de instrumentos de ordenación de éstas (art. 29.2) y para la aprobación de los Proyectos de Alcance Regional (art. 38 b). En todos estos casos, la intervención de los Municipios y de otras Administraciones es preceptiva, debiéndose aprobar estos instrumentos "teniendo en cuenta las alegaciones formuladas y los informes aportados" y "a la vista de las alegaciones presentadas y los informes formulados", según dispone la ley, lo que impone la ponderación de las observaciones formuladas, así como, en aplicación de los arts. 79.1 y 86.3 LRJPAC, la respuesta razonada de las mismas.

En la misma línea, son destacables las leyes de ordenación del territorio asturiana (Ley 1/1987, de 30 de marzo) y vasca (Ley 4/1990, de 31 de mayo). La primera, con depurada técnica, contempla en el procedimiento de elaboración de las Directrices de Ordenación Territorial un trámite de audiencia a las Corporaciones Locales afectadas durante un mes, "en que serán oídas cuantas observaciones sean formuladas por éstas". Estas observaciones y sugerencias "deberán ser analizadas", y el resultado de este análisis deberá incorporarse en la Memoria justificativa de la ordenación elegida, reflejándose en un capítulo especial dedicado a la compatibilización y coordinación administrativa (arts. 20 y 21). La segunda prevé que en la elaboración de las Directrices de Ordenación Territorial participen las Administraciones Públicas afectadas, aportando "cuantas observaciones, propuestas y alternativas estimen oportunas", las cuales deberán ser analizadas por el órgano autonómico competente para la instrucción de las mismas. A la vista del resultado de los trámites de consulta y audiencia de otras Administraciones desarrollados a lo largo del procedimiento complejo de elaboración de las Directrices, la Comunidad Autónoma decidirá finalmente la ordenación pertinente (art. 10). De igual modo, para la elaboración de los Planes Territoriales Parciales también se prevén períodos de consulta y audiencia de las

Administraciones Territoriales afectadas, a fin de que formulen "observaciones, sugerencias, alternativas y propuestas", las cuales deberán ponderarse - "a la vista del resultado" de estos trámites es la expresión usada por la norma - por la Comunidad Autónoma antes de aprobar definitivamente el Plan (art. 13).

En definitiva, *los arts. 103.1 CE y 4.1 b) LRJPAC - y específicamente en la esfera local los arts. 2.1, 58.2, 59.1 LBRL y 4.6 CEAL - establecen un deber de conocimiento y análisis ponderado de los intereses públicos envueltos en la toma de la decisión, antes de adoptar ésta, a fin de lograr una actuación coordinada entre las distintas Administraciones.*

Esto significa que en los procedimientos de elaboración de decisiones en que puedan entrecruzarse diversos intereses públicos *deberá existir un trámite de consulta, así como una respuesta razonada de las observaciones que en el mismo se efectúen, a la vista de las cuales deberá tomarse la decisión final.*

En este sentido, entendemos que la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común (149.1.18 CE) *abarca la posibilidad de establecer estos extremos en relación a la elaboración de actos, reglamentos o planes, cuando puedan hallarse en juego diversos intereses públicos.*

Así, la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 c), ha defendido la constitucionalidad del art. 113.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Este precepto señala, en relación a los Planes Directores Territoriales de Coordinación, que "en todo caso, deberá asegurarse el trámite de información pública y de audiencia a la Administración del Estado en aquellos aspectos que sean de su competencia, y a las Entidades locales afectadas". El TC,

frente a las alegaciones de que este trámite de audiencia no correspondía imponerlo al Estado sino que era una decisión autonómica amparada en la competencia urbanística, ha declarado que la regulación de la audiencia se halla conectada a la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común, y que:

"no supone extralimitación alguna desde el punto de vista del orden constitucional de competencias. Antes al contrario, del establecimiento de tal garantía no se deriva más que una participación de la Administración del Estado en la tramitación de un Plan Director que, nótese bien, puede incidir sobre competencias sectoriales del Estado con dimensión espacial o territorial, sobre funciones y servicios estatales. De este modo, no podrá aprobarse ningún Plan Director Territorial de Coordinación sin que el Estado pueda invocar las posibles invasiones de su esfera competencial o el menoscabo del principio de coordinación (art. 103.1 C.E.). Lo mismo es posible concluir, finalmente, respecto de las Entidades locales afectadas a las que se refiere el art. 133.2 T.R.L.S. en su último inciso. No se puede olvidar que el art. 2.1 de la Ley de Bases de Régimen local reconoce el derecho del municipio a la intervención en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, como manifestación de la autonomía garantizada por el art. 137 C.E....".

Nótese la conexión que el TC realiza entre los arts. 103.1 y 149.1.18 CE, relacionando el principio de coordinación con el procedimiento administrativo común, en este caso concreto respecto de la elaboración de planes urbanísticos, aunque entendemos que el

razonamiento debe entenderse aplicable a todo tipo de decisiones administrativas.

Esta conexión es referible también específicamente a las relaciones interadministrativas en el *ámbito local*, como apunta el TC en la sentencia mencionada. El deber de ponderación derivado del principio de coordinación aparece conectado al respeto de la autonomía local. Como indica el art. 2.1 LBRL, la efectividad de la autonomía local va ligada, junto a la atribución de competencias, al derecho de los entes locales "a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo" de sus *intereses*. Esta participación no puede ser meramente formal, sino que debe dar lugar a un auténtico análisis de las observaciones locales durante los procedimientos de toma de decisión, aunque los entes del nivel local no gocen de competencias en la materia, siempre que puedan verse afectados sus intereses. Esta participación debe suponer una influencia en la decisión autonómica o estatal a adoptar, bien sea para dar lugar a modificaciones bien para su rechazo, pero en todo caso con una atenta y auténtica consideración de esos intereses. La falta o defecto en la ponderación entendemos que vulnera el principio de coordinación y, también, la autonomía local, la cual va ligada a la consulta en "forma apropiada" de los entes locales en la toma de decisiones "que les afecten directamente" (art. 4.6 CEAL).

La importancia de una auténtica ponderación del resultado de la participación local en la toma de decisiones por los niveles autonómico o estatal se acrecienta teniendo en cuenta que como ha sido puesto de relieve "la sustitución de la decisión propia por la participación en la decisión ajena es una verdadera constante en el ordenamiento sectorial de los últimos años"¹⁴¹⁶. Esa tendencia a la negación de competencias propias cuando se trata de cuestiones que rebasan el nivel local y presentan conexiones con intereses supralocales debe ser compensada mediante la toma de decisiones, estableciendo los mecanismos coordinadores

¹⁴¹⁶ FONT LLOVET, T., "Las competencias...", op.cit., pág. 90.

que se consideren idóneos para permitir que los entes locales intervengan efectivamente en las decisiones que les afecten, poniendo de relieve sus puntos de vista, de tal manera que los intereses locales, que en definitiva *no son algo desligado ni independiente de los supralocales*, sean realmente ponderados antes de decidir.

En esta línea, ESTEVE PARDO, en relación al ámbito medioambiental aunque su argumentación creemos que puede ser extrapolable a otros sectores, ha notado que la tendencia al desapoderamiento local cuando están implicados intereses generales de ámbito superior "conviene que sea contrapesada con una recomposición de la presencia y el protagonismo de los Municipios y otros entes locales en las instancias decisorias", pues "si resulta en muchas ocasiones conveniente alzar el nivel de decisión, es del todo inexcusable conseguir una participación de las instancias locales en esas decisiones", ya que la necesaria sintonía con los intereses locales "sólo puede conseguirse mediante un cierto consenso con las comunidades locales y una participación y presencia de los entes que inicialmente se ven privados de sus competencias ordinarias o controlados en su ejercicio", estando en esa operación de recomposición del protagonismo y participación de los entes locales llamadas las relaciones interadministrativas a tener un destacado papel¹⁴¹⁷.

Papel que, entendemos nosotros, también debe ser desempeñado por el procedimiento administrativo, entendido como modo de desarrollo de la función administrativa y vehículo de coordinación que posibilite a los entes locales "concurrir efectivamente en el resultado de la decisión que se adopta en sede autonómica o estatal - capacidad de decisión efectiva - y no únicamente a concurrir formalmente en el procedimiento a través del cual se forma la decisión. En definitiva se trata de subrayar cómo la atribución de competencias o su

¹⁴¹⁷ ESTEVE PARDO, J., "Relaciones interadministrativas y participación municipal en la organización y gestión supralocal del medio ambiente", en ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente...*, op.cit., pp. 358 y ss.

"sucedáneo" de reconocer el derecho a participar en ciertos asuntos implica siempre la idea de asignar una *responsabilidad* a los municipios, aunque la misma deban compartirla con otras instituciones"¹⁴¹⁸.

En este sentido, nos parece interesante la fórmula diseñada por la ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental. Esta norma, según expone su exposición de motivos, pretende superar la situación actual existente de complejidad y descordinación en la intervención administrativa de carácter ambiental. A tal fin, se articula la integración de autorizaciones y sistemas de control medioambientales sectoriales, para conseguir un enfoque integrado en el procedimiento de valoración de los diferentes tipos de emisiones ambientales. La propia exposición de motivos reconoce que uno de los principios inspiradores de la regulación es el de coordinación, mientras el art. 2 c) incluye entre las finalidades de la ley la de garantizar la colaboración y la coordinación de las administraciones intervinientes, con el objeto de garantizar la calidad de vida mediante la armonización del desarrollo económico y la protección del medio ambiente, la seguridad y la salud de las personas, en pos de un desarrollo sostenible (arts.1 y 2 de la Ley).

Esta norma diferencia la intensidad de la intervención administrativa en función del grado de incidencia medioambiental de la actividad, distinguiéndose tres regímenes: de autorización y control ambiental (Título II, Capítulos I y III, y Título III), de licencia y control ambiental (Título II, Capítulos II y III, y Título III) y de comunicación y control ambiental (Título II, Capítulo IV, y Título III).

No se trata en este momento de exponer con detalle el sistema establecido por esta Ley. Tan sólo queremos llamar la atención sobre los mecanismos de coordinación procedimentales diseñados en el caso de los dos primeros regímenes. Respecto a la

¹⁴¹⁸ FONT LLOVET, T., "Las competencias...", op.cit., pág. 91.

autorización ambiental¹⁴¹⁹, ésta es concedida o denegada por la Comunidad Autónoma (art. 20), pero la propuesta de resolución debe elaborarse "a la vista de las alegaciones efectuadas en el trámite de información pública, de los informes emitidos y, cuando proceda, de la evaluación del estudio de impacto ambiental" (art. 18.1). Entre los informes preceptivos, el art. 13 b) prevé que el Ayuntamiento del municipio donde se pretende implantar la actividad emitirá *informe vinculante* "sobre todos los aspectos que sean de su competencia, en el plazo máximo de dos meses a contar desde la fecha de la solicitud", remitiéndolo a la Comunidad Autónoma¹⁴²⁰.

En cuanto a la licencia ambiental¹⁴²¹, es el Ayuntamiento del término municipal donde se pretende implantar o cambiar sustancialmente la actividad el ente responsable de tomar la decisión (art. 31), aunque el art. 29 prevé la intervención tanto de la Administración de la Generalitat como de los Consejos Comarcales. La primera debe emitir informe respecto a las emisiones contaminantes, e incorporar los informes relativos a la prevención de incendios y a la protección de la salud y, cuando se trate de actividades ganaderas, a la sanidad animal¹⁴²². Estos informes autonómicos *son vinculantes si son desfavorables o imponen medidas preventivas, de control o garantía* (art. 29.1). En referencia a los Consejos Comarcales, éstos intervendrán mediante la emisión de un informe - que incluya los aspectos de prevención de incendios y de protección a la salud - cuando se trate de municipios de menos de 50.000 habitantes, salvo que la Generalitat, con audiencia previa del Consejo Comarcal, atribuya a éstos municipios esa competencia, siempre que se justifique una

¹⁴¹⁹ Régimen aplicable a las actividades enumeradas en el anexo I de la Ley.

¹⁴²⁰ Este precepto aclara que si transcurre el plazo fijado sin que el informe municipal se haya emitido, se considerará favorable al proyecto.

¹⁴²¹ Aplicable a las actividades del Anexo II de la Ley.

¹⁴²² En el caso de actividades incluidas en el anexo II.1.

capacidad técnica y de gestión suficiente¹⁴²³. Ese informe del Consejo Comarcal *tendrá carácter vinculante si es desfavorable o impone medidas preventivas, de control o de garantía* (art. 29.2). En cualquier caso, el Ayuntamiento, al elaborar la propuesta de resolución deberá tener en cuenta ese informe (art. 30).

Dado que esta Ley no entrará en vigor hasta entrado el año 1999, en el momento de redactar estas líneas no existe experiencia sobre el funcionamiento de estos mecanismos coordinadores y su impacto sobre la autonomía municipal¹⁴²⁴. En cualquier caso, nos parece interesante dejar constancia de este diseño legal, que intenta el logro de la coordinación interadministrativa mediante la articulación de informes incorporados a lo largo de los procedimientos de concesión de los permisos medioambientales.

Abandonando el ámbito local y volviendo a una perspectiva general, la importancia del cumplimiento del deber de ponderación para garantizar el respeto del principio de coordinación conduce, necesariamente, a que *en caso de control judicial*, éste deba escrutar el *iter* procedimental para analizar si ha existido, en primer lugar, la necesaria consulta de los intereses de otras Administraciones Públicas afectados por la decisión tomada, y, además, si se ha producido un auténtico análisis del resultado de los informes o audiencias realizadas.

En el caso de que se haya omitido la consulta, entendemos que se habrá vulnerado el deber de ponderación derivado del art. 103.1 CE, así como el art. 4 1 b) LRJPAC y, en su caso, los arts. 55 b), 58.2 y 59.1 LBRL y 4.6 CEAL¹⁴²⁵.

¹⁴²³ La intervención de los Consejos Comarcales tendrá lugar cuando se trate de actividades incluidas en el anexo II.2 de la Ley.

¹⁴²⁴ Según la Disposición Final Cuarta, esta Ley entrará en vigor trece meses después de su publicación, la cual se produjo en el Diario Oficial núm. 2598, de 13 de marzo de 1998, pág. 3404 y ss.

¹⁴²⁵ En el caso de informes preceptivos, su omisión constituye un vicio procedimental que debe determinar la invalidez de la decisión adoptada, al haberse vulnerado el principio de coordinación (art. 103.1 CE en conexión con el art. 63.1 LRJPAC). Vid. al respecto GONZALEZ NAVARRO, F.,

Si la consulta se ha realizado, pero el cumplimiento del deber ha sido meramente aparente o gravemente defectuoso, según se desprenda del expediente administrativo - no se contestaron las observaciones, la respuesta fue de puro trámite, la motivación de la decisión tomada difiere de la respuesta ofrecida a las alegaciones de las otras Administraciones, no se ha tenido en cuenta el informe emitido... -, consideramos que, si bien deberán considerarse las concretas circunstancias del caso, se producirá igualmente una vulneración del art. 103.1 CE, 4.1 b) LRJPAC, y, en su caso, 55 b), 58.2 y 59.1 LBRL - por cuanto la participación no ha permitido armonizar los intereses públicos afectados - y 4.6 CEAL - porque el cumplimiento aparente o defectuoso del deber de ponderación no posibilita una consulta procedimental apropiada¹⁴²⁶.

"Los informes administrativos", en BLANCO DE TELLA, L., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Organización y...*, op.cit., pp. 354 y ss., y GONZALEZ PEREZ, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 631 y ss, y la jurisprudencia allí citada.

El art. 53.5 LPA de 1958 negaba la posibilidad de subsanar la omisión de informes preceptivos. La LRJPAC ha suprimido esta mención en su art. 63, por lo que sería planteable la posibilidad ahora de subsanar la falta de petición de un informe preceptivo destinado a lograr la coordinación de actuaciones públicas. Entendemos que esa subsanación sólo será posible cuando ese informe pueda cumplir su función coordinadora, por ejemplo porque se ha suscitado un recurso administrativo contra el acto y la Administración tiene entonces la oportunidad de tomar en cuenta de nuevo el contenido del informe originariamente preterido. Sobre esta cuestión, vid. más en detalle las tesis de BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pp. 247 y ss..

¹⁴²⁶ Un comentario aparte merece el caso en que, debiéndose pedir un informe para el logro de la coordinación a otra Administración distinta a la actuante, no se emita éste en el plazo establecido para ello.

El supuesto ha intentado ser regulado, con escaso acierto como a continuación se argumentará, en el art. 83.4 LRJPAC. Este precepto indica que:

"Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones.

El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución".

Diversos aspectos deben ser puntualizados respecto a este artículo. En primer lugar, el mismo se ocupa de la no emisión de un informe, no de la no petición, que obviamente, constituye un supuesto distinto, aludido ya en la nota anterior.

Por otro lado este párrafo se ocupa específicamente de las relaciones interadministrativas,

distinguiéndose del párrafo tercero del art. 86 y suponiendo una novedad respecto de la LPA de 1958.

En cuanto a su contenido, ya avanzamos que la regulación no era muy afortunada. Como indica FANLO LORAS, A., "Disposiciones...", op.cit., pág. 241, la LRJPAC parece dar un único tratamiento a estos informes, sin diferenciar su carácter facultativo o preceptivo y vinculante o no.

En nuestra opinión, el artículo debería distinguir entre informes facultativos y preceptivos no vinculantes, por un lado, y los preceptivos vinculantes, por otro. Respecto de los primeros, nos parece plausible la solución adoptada por el art. 83.4 LRJPAC: posibilidad de continuar adelante el procedimiento, prescindiendo del informe. Teniendo presente el principio de eficacia, en su vertiente ya conocida de celeridad en la tramitación, y el hecho de que no es el comportamiento de la Administración actuante el motivo de no poder contar con el informe, parece lógico que pueda prescindirse de éste. Ejemplos en este sentido lo constituyen los ya citados arts. 117.1 de la Ley de Costas, 57.4 DLCat y 38 de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre. Lo que no significa, en ningún caso, que pueda incumplirse el deber de ponderación de intereses públicos impuesto por el principio de coordinación, sino que, simplemente, tal ponderación podrá llevarse a cabo sin ese informe solicitado y no emitido, pues de otro modo el procedimiento podría paralizarse indefinidamente. Al respecto, puede consultarse la STS de 15 de abril de 1988 (Ar. 3074), que salva la validez de un acto administrativo en cuyo procedimiento de elaboración había sido solicitado reiteradamente un informe a otra Administración distinta de la actuante, sin éxito alguno.

Distinto es el supuesto, que el art. 83.4 no distingue, de los informes preceptivos vinculantes. En tal caso, entendemos, con FANLO LORAS, A., "Disposiciones...", op.cit., pág. 241, que la no emisión del informe debe conducir a la interrupción del procedimiento. Esta es la solución adoptada por los arts. 117.2 de la Ley de Costas, ó 18 de la Ley de Puertos. En el mismo sentido, aunque en referencia al art. 86.3 LPA de 1958, GONZALEZ NAVARRO, F., "Los informes...", op. cit., pág. 365, y GONZALEZ PEREZ, J., *Comentarios...*, op.cit., pág. 641, quien exponía que el seguimiento de las actuaciones cuando no se emite un informe "evita que el incumplimiento del deber por un órgano administrativo se traduzca en los consiguientes perjuicios que la paralización del procedimiento comporta a los interesados. Pero al mismo tiempo, se priva de un elemento de juicio que, sobre todo cuando se trata de ciertos órganos consultivos, puede ser sumamente perjudicial para el acierto de la resolución y la defensa de los derechos e intereses afectados", por lo que este autor propugna que esta facultad "deba ejercerse con prudencia y motivación. De tal modo que la celeridad del procedimiento no conduzca a resultados más graves. Y en todo caso, no parece aplicable el precepto a los informes vinculantes, salvo que la norma especial prevea que la no emisión del dictamen en el plazo previsto se entienda favorable a la propuesta". Éste último es el caso, por ejemplo, del art. 10.2 de la Ley estatal de Carreteras.

Cuando la coordinación entre Administraciones se busca por medio de la previsión de informes vinculantes, la no emisión de éstos impide aquélla, por cuanto la actuación posterior al informe queda ligada al contenido del mismo, y, en consecuencia, debe ser ajustada dependiendo de su alcance. La no interrupción del procedimiento conduciría a que la decisión final, tomada sin la consideración de ese informe vinculante, violara los principios de coordinación y competencia. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la paralización del procedimiento no podría ser salvada en este concreto caso mediante la petición del informe a otras Administraciones o al sector privado - posibilidad contemplada por el art. 17 de la Ley italiana 241/1990 y a la que se ha referido MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 330 -, por cuanto el sentido coordinador del informe exige que, obviamente, sea una Administración quien lo emita, y, precisamente, la contemplada en la norma cuyos intereses se trata de incardinar en el proceso de la toma de decisión.

Finalmente, la última parte del art. 83.4 LRJPAC no nos parece acertada, por cuanto los informes emitidos tardíamente sólo no podrán tomarse en cuenta si se emiten una vez finalizado el procedimiento y adoptada la decisión. Ahora bien, en tanto en cuanto no se haya tomado ésta, entendemos que existe el deber, derivado del principio de objetividad y del de coordinación, de tomar

En consecuencia, en todos los casos descritos el resultado del vicio procedimental en la toma de la decisión discrecional debe conducir a la invalidez de la decisión tomada con vulneración del principio de coordinación, la cual será, dependiendo de las específicas circunstancias del caso, nula (art. 62.1 e) LRJPAC) o anulable (art. 63.1 LRJPAC). Como ha subrayado BELADIEZ ROJO, el defecto en el seguimiento del procedimiento "ha impedido alcanzar el fin público que se trataba de garantizar: la coordinación de la actividad administrativa y la efectividad del principio de competencia"; la ausencia de participación o de ponderación 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"¹⁴²⁷. Se produce, en definitiva, una vulneración del deber constitucional de buena administración, al producirse una actividad administrativa descoordinada.

En este sentido, nos parece interesante, para finalizar, destacar la STS de 30 de noviembre de 1993 (Ar. 9046). En la misma se conocía de la impugnación por un Ayuntamiento de una Orden del Ministerio de Defensa, de delimitación de zonas de seguridad de baterías de costa en el Municipio. El Ayuntamiento alegaba como motivo fundamental de su oposición que la Orden fue dictada por el Ministerio prescindiendo

en consideración cuantos informes existan, hayan sido pedidos de forma facultativa o preceptiva y sean o no vinculantes. En este sentido compartimos la crítica formulada por JIMENEZ CRUZ, J.M., "Iniciación, ordenación e instrucción del procedimiento (arts. 68 a 86)", en PENDAS GARCIA, B., *Administraciones Públicas...*, op.cit., pág. 558, cuando afirma que la declaración final del art. 83.4 LRJPAC "pese a lo encomiable de su objetivo por cuanto pretende evitar retrasos en la sustanciación del procedimiento, incurre en contradicción con lo preceptuado por el art. 89.1 (informe necesario para la resolución y no tenido en cuenta por la misma) y vulnera los más elementales principios del actuar administrativo, consagrados en el art. 103.1 de la Constitución, puesto que, si la objetividad en la satisfacción de los intereses generales reclama que se consideren los informes emitidos, carece de sentido su desestimación por el hecho de que los mismos hayan incurrido en la irregularidad de su producción extemporánea".

¹⁴²⁷ BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pp. 129 y 134.

totalmente de él, sin darle audiencia, al margen totalmente del Plan General de Ordenación del Municipio y en total descoordinación con el mismo.

La sentencia recurrida ante el TS por el Ayuntamiento había rechazado la postura municipal, "al no concretarse previsión alguna del Plan General aludido que resulte vulnerada por las determinaciones contenidas en la Orden impugnada". Sin embargo, el TS considera probado que, efectivamente, el Ministerio tomo su decisión prescindiendo del Ayuntamiento, sin darle audiencia y al margen de las disposiciones del Plan General de Ordenación Urbana vigentes en el Municipio. Partiendo de esta constatación, es decir, de la ausencia de ponderación de los intereses municipales en la elaboración de la controvertida Orden ministerial, el TS sienta la siguiente doctrina que nos parece acertada y en conexión con lo que se ha venido sosteniendo en páginas anteriores:

"lo que también parece claro es que el repetido Ministerio no podía actuar, al dictar la Orden impugnada, con la total descoordinación con que lo hizo respecto al Municipio *porque al obrar así incumplía también el deber que le imponían el art. 103.1 de la Constitución y el 55 de la Ley de Bases de Régimen Local*, cuya inobservancia por la Orden recurrida haría también inevitable su anulación".

Nótese la conexión que la sentencia efectúa entre el art. 103.1 CE y 55 LBRL, ligando el principio de coordinación con la existencia de un deber de toma en consideración de los intereses locales afectados por la delimitación de las zonas de seguridad de las baterías de costa. Vulnerado ese deber, se viola el principio de coordinación y, por tanto, no cabía otra posibilidad que la invalidez de la Orden.

Como decimos, la doctrina sentada por esta sentencia nos parece de singular interés, por cuanto enfatiza el componente de orientación positiva que presenta el principio de coordinación, el cual impone, durante el procedimiento de toma de decisiones, el ponderado análisis de otros intereses públicos que puedan estar envueltos en el caso.

4. Procedimiento administrativo y eficacia. La efectividad y la prontitud en la resolución como finalidades del procedimiento. La potenciación de la aceptación y de la celeridad mediante la figura del responsable del procedimiento y el uso de fórmulas consensuales. Consecuencias jurídicas de la vulneración de estos deberes.

Como tuvimos ocasión de analizar en su momento¹⁴²⁸, la *eficacia* es un principio general recogido en la Constitución, así como en diversas Leyes, entre las que destacan, desde una perspectiva general, la LRJPAC (art. 3.1), la LOFAGE (art. 3.2 a) o la LBRL (art. 6.1). Este principio establece un deber de comportamiento administrativo, ya que es "un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar "de acuerdo" con él" (STC 178/1989, FJ 3). Se trata de un mandato dirigido al legislador, por cuanto, como ha declarado el TC, él debe diseñar las normas, medios o instrumentos en que se concrete esa exigencia constitucional (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4), pero también es de directa aplicación a la Administración. Respecto a ésta última, como subrayamos, el deber de eficacia no sólo se despliega en referencia al ámbito interno organizativo, sino que, además, también debe cumplirse en el desarrollo de la función administrativa, constituyendo una pauta positiva de comportamiento, de la que vimos que el TS ha deducido concretas consecuencias en su jurisprudencia.

Desde esta última perspectiva dinámica, destacamos *que ese deber positivo de actuación eficaz es un auténtico deber jurídico, derivado directamente de la Constitución, que forma parte del más general de buena administración*. Por ello se subrayó que no sólo es que sea falsa la oposición entre legalidad y eficacia, *sino que ésta última forma parte de la*

¹⁴²⁸ Vid. supra Cap. IV.2.2 c).

primera, por cuanto es el mismo ordenamiento jurídico, al más alto nivel, quien establece la exigencia de un actuar administrativo eficaz. Exigencia que deviene especialmente significativa cuando nos hallamos ante supuestos en los que la norma no determina qué cosa sea la solución más adecuada en su servicio al interés general; en estos casos el debilitamiento de la orientación normativa en la elección de la alternativa mejor se debe ver compensada por la orientación ofrecida por el principio de eficacia, el cual postula el auténtico y real cumplimiento de los fines y objetivos.

Pues bien, uno de los instrumentos tendentes a lograr un eficaz servicio a los intereses generales, junto con otros como la existencia de los medios materiales y personales precisos, es el procedimiento administrativo. Como PAREJO ha notado, "actuación administrativa eficaz, en sentido constitucional, sólo puede serlo la que se ha cumplido observando el procedimiento legalmente señalado para la misma", pues "la actuación eficaz querida constitucionalmente es la que se desarrolla conforme al procedimiento fijado al efecto, si bien interpretado y aplicado a la luz, entre otros bienes que sean igualmente pertinentes, justamente de la eficacia"¹⁴²⁹. En consecuencia, este principio exige que las reglas que regulen el procedimiento de toma de decisiones "faciliten y no dificulten" la eficacia de la actuación administrativa¹⁴³⁰, así como que la aplicación y desarrollo de esa normativa por la administración tenga presente esa exigencia de efectividad de la acción administrativa. Como el art. 51 CE indica, en relación específica a los intereses de los consumidores y usuarios pero aplicable de forma genérica, la protección de los intereses de los particulares y de los intereses generales debe articularse mediante "procedimientos eficaces".

¹⁴²⁹ PAREJO ALFONSO, L., "La eficacia...", op.cit., pp. 48 y 49, y *Eficacia...*, op.cit., pág. 128.

¹⁴³⁰ SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 133.

Partiendo de la idea expuesta, el procedimiento debe contribuir a que el desarrollo de la función administrativa sea eficaz. Y esta eficacia de la actividad de la Administración debe entenderse, como se expuso, en dos sentidos. En primer lugar como cumplimiento real, efectivo, auténtico, del servicio a los intereses generales. En segundo lugar, como desarrollo ágil y rápido de ese servicio.

Por lo que se refiere a *la eficacia entendida como cumplimiento real del servicio a los intereses generales*, ya vimos en su momento como la LOFAGE aludía a la "eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados" (art. 3.2 a), y que diversa normativa sectorial se refería a esta vertiente de la eficacia, al prever como control de eficacia el "cumplimiento de los respectivos programas" (art. 17.2 de la Ley General Presupuestaria) o el "grado de cumplimiento de los objetivos" (art. 202 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre), o al establecer la necesidad de lograr la "satisfacción de las necesidades de la comunidad con el máximo grado de eficacia y el mínimo coste social" (Ley 16/1987, de 30 de julio). La Administración, al decidir, debe tomar en cuenta los efectos que la decisión vaya a tener y el grado de cumplimiento de los objetivos buscados por las distintas alternativas disponibles, para, en función de esa previsión, elegir aquélla que pueda ser más eficaz¹⁴³¹.

Ya pusimos de relieve como este deber de tener en cuenta el grado de efectividad de las soluciones a adoptar suponía la necesidad de conocer suficientemente los hechos e intereses envueltos en cada caso. En este sentido, la eficacia conecta con el deber de objetividad, es decir, con la exigencia de conocimiento adecuado de las circunstancias en cada supuesto para proceder a su ponderación antes de decidir. Ello significa, en primer lugar, que sólo puede existir un desarrollo eficaz de la actividad si se lleva a cabo durante

¹⁴³¹ COSCULLUELA MUNTANER, L., *Manual...*, op.cit., pág. 330: "la eficacia implica un juicio valorativo sobre el grado de cumplimiento de los objetivos que se encomiendan a los distintos servicios públicos y sobre la calidad de su prestación".

el procedimiento una fase de instrucción adecuada, que permita fundamentar la decisión con datos que posibiliten conocer el grado posible de cumplimiento de los objetivos perseguidos. Pero, además, la eficacia exige que en la necesaria ponderación de esos datos introducidos durante la fase de instrucción - como exigencia, ya conocida, del deber de objetividad - se tomen en consideración todos los factores y elementos relativos a los efectos que las alternativas manejadas tengan sobre la realidad en la que va a incidir la decisión.

En este sentido, y en relación concretamente a la elaboración de normas, aunque con reflexiones que entendemos generalizables, MONTORO CHINER ha llamado la atención sobre la importancia del conocimiento y ponderación de las circunstancias fácticas y de los intereses sobre los que la decisión va a operar, para el logro de la eficacia de ésta¹⁴³². Así, esta autora ha notado que en la fase de elaboración "hay que tener en cuenta una serie de circunstancias, cuya elusión vacía habitualmente de contenido los efectos de la norma y dificulta considerablemente su ejecución: todas ellas vienen referidas, por lo general, al conocimiento o desconocimiento de las situaciones de hecho a las que la norma pretendía proveer"; precisamente "del desconocimiento en fase de proyecto, tanto de la información de hecho como de la valoración de sus consecuencias, depende la producción de efectos contraintencionales en las normas que anulan o contrarrestan su efectividad"¹⁴³³.

En el mismo sentido, también respecto a la producción normativa, SCHÄFFER señala que la racionalización de la creación de normas implica la realización, en la fase de elaboración, de un análisis previo de las consecuencias que la decisión vaya a tener en la realidad, análisis posible mediante el procedimiento, pues "a través de diversas técnicas de

¹⁴³² MONTORO CHINER, M.J., "La calidad de las normas ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes", *REDA*, núm. 48, 1985, pp. 507 y ss., especialmente pp. 516 y ss.

¹⁴³³ MONTORO CHINER, M.J., "La calidad...", op.cit., pág. 516.

dictamen e informe se pueden obtener algunas aclaraciones sobre sus posibles consecuencias. Con ello saldrían a relucir no sólo la trascendencia de los intereses afectados y la posible aceptación de una regulación, sino que se pueden también valorar de manera previa las consecuencias posibles desde el plano individual, de grupos de interés y del de los órganos llamados a su ejecución"¹⁴³⁴. Ese análisis previo efectuado durante la fase de elaboración de la decisión debe permitir comprobar la necesidad auténtica de su adopción (indispensabilidad), las posibilidades auténticas de su ejecución (factibilidad), así como la aceptación que la misma vaya a tener en el cuerpo social sobre el que va a impactar (aceptación)¹⁴³⁵.

El entero procedimiento administrativo, pues, debe constituir un test de la eficacia previsible de la decisión a adoptar. Una adecuada fase de instrucción, con la introducción de los datos fácticos e intereses públicos y/o privados envueltos, y la ponderación del material reunido teniendo presente este principio debe posibilitar la toma en consideración - como un elemento a tener en cuenta en el momento de decantarse por una alternativa u otra - de la efectividad que se prevé vaya a tener el acto, el reglamento o el plan administrativo. Como ya se puso de relieve en su momento, aparece así la íntima conexión entre deber de comportamiento objetivo, deber de actuación coordinada y deber de comportamiento eficaz, por cuanto sólo los primeros puede permitir el respeto del último, al posibilitar el conocimiento y valoración de las circunstancias en cada supuesto.

Si bien como decimos el entero *iter* procedimental debe actuar como test de la previsible efectividad de la decisión, mediante una ponderada y reflexiva consideración de las consecuencias de la misma, existen métodos específicos de examen, prueba y

¹⁴³⁴ SCHÄFFER, H., "Racionalización...", op.cit., pág. 188.

¹⁴³⁵ SCHÄFFER, H., "Racionalización...", op.cit., pp. 186 y ss.

comprobación de las consecuencias y efectos que las decisiones vayan a desplegar en la realidad. Estos métodos - ensayados ya, por ejemplo, en Alemania respecto a la elaboración de leyes, como ha expuesto MONTORO CHINER¹⁴³⁶ - parten de la hipótesis de que la decisión hubiese entrado ya en vigor, permitiendo detectar aspectos que el simple análisis previo no puede poner de relieve.

Es destacable, en este sentido, el art. 67 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Este precepto, titulado "verificación de la eficacia de las normas", señala lo siguiente:

"Antes que sea aprobada una disposición general por el Gobierno, o en su caso, por un Consejero, el órgano competente puede someter a verificación, en el plazo y con los medios que el mismo órgano disponga, la virtualidad práctica de sus preceptos, con la finalidad de comprobar la adecuación del contenido de la disposición a los objetivos que persigue, sus posibles disfuncionalidades y las garantías de su cumplimiento eficaz".

Este artículo abre así la puerta a que sean articulados métodos específicos tendentes a hacer realidad el mandato constitucional de eficacia, sistemas que, en ningún caso, podrán sustituir el necesario procedimiento de elaboración del reglamento, sino que deberán complementar éste, bien constituyendo uno de sus trámites, bien articulándose una vez ese procedimiento haya finalizado; aunque no se especifica, parece posible que la técnica de la

¹⁴³⁶ MONTORO CHINER, M.J., "La calidad...", op.cit., pp. 517 y ss., donde se exponen el método de la vigencia limitada de las leyes (Zeitgesetz), así como de diversos métodos de entrada en vigor simulada de las leyes.

simulación de la entrada en vigor del reglamento pueda ser empleada como test de eficacia¹⁴³⁷.

En cualquier caso, el mismo procedimiento administrativo, se articulen o no métodos específicos, debe servir como test del grado de efectividad de las futuras decisiones administrativas, en cumplimiento del mandato constitucional de eficacia.

Debe notarse que, como también se advirtió en su momento, ese grado de efectividad puede depender, en gran medida, del *grado de aceptación social* del acto, norma o plan que se adopte. Como se ha señalado repetidamente, el servicio eficaz al interés general es, en definitiva, el servicio efectivo a los intereses de los ciudadanos (art. 3.2 f LOFAGE), por lo que la participación de éstos en la toma de decisiones contribuye, en consecuencia, a la eficacia de éstas. La toma en consideración de las opiniones, sugerencias, o alternativas planteadas - para su aceptación o rechazo, pero en cualquier caso para tenerlas en cuenta - debe contribuir a orientar el ejercicio de la discrecionalidad, como se puso en su momento de relieve, favoreciendo de esta forma la aceptación de la resolución finalmente adoptada y, por tanto, su eficacia¹⁴³⁸.

Como ha sido puesto de relieve, la aceptación por el cuerpo social de las decisiones administrativas contribuye directamente a su eficacia, pues las demandas y aspiraciones de los ciudadanos "no deben ser interpretadas en forma restrictiva, ya que el acceso a las vías jurídicas y su conocimiento por los Tribunales queda en estrecha conexión con aquéllas"¹⁴³⁹. Efectivamente, una falta de toma en consideración de las alternativas o

¹⁴³⁷ En este sentido, aceptando tal posibilidad, MONTORO CHINER, M.J., "Abast de la tècnica normativa en la Llei 13/1989", en AA.VV., *Tècnica normativa. El procediment intern d'elaboració de les normes*, Generalitat de Catalunya, pág. 140.

¹⁴³⁸ Vid. supra el Capítulo IV.2.2 b) y en este mismo capítulo el epígrafe 1.2 a).

¹⁴³⁹ MONTORO CHINER, M.J., "La calidad...", op.cit., pág. 515.

sugerencias puede desencadenar la impugnación judicial de la decisión finalmente adoptada, con los retrasos y dificultades que ello puede comportar para la eficacia de la misma. Pero además, al margen de esa impugnación judicial, no tener en cuenta el grado de aceptación que despierta una decisión entre los ciudadanos puede conducir a que su desarrollo en la realidad devenga poco menos que imposible. Como subraya MALARET, "si la regulación legal adoptada sólo se cumple mediante sanciones, si la ejecución de la decisión debe realizarse sin la colaboración de los destinatarios - esto es, coactivamente -, entonces la acción administrativa es inviable por inoperante. Es en definitiva ineficaz"¹⁴⁴⁰.

Por ello, la *transparencia* en la actuación administrativa deviene no sólo un postulado necesario para la objetividad del actuar administrativo, como en su momento se advirtió, sino también un elemento preciso para lograr la aceptación y en consecuencia la eficacia. La adecuada información a los ciudadanos, su participación, la toma en consideración de sus aportaciones y la exteriorización de las razones que conducen a elegir una alternativa en vez de otra (como veremos más adelante al referirnos a la motivación), contribuyen a que la decisión sea aceptada. No se trata con ello, debe precisarse, que todos o una mayoría de los ciudadanos estén de acuerdo con la resolución adoptada. El servicio a los intereses generales corresponde a la Administración; esa es su responsabilidad y, por tanto, debe cumplirla, a pesar de que una parte de ciudadanos rechacen la decisión, aunque esa porción sea considerable. La aceptación a la que aquí nos referimos debe entenderse en el sentido de que *el proceso de toma de decisión debe posibilitar que aún los contrarios a la solución elegida han tenido ocasión de mostrar su rechazo y que la explicitación de las razones que justifican la decisión debe permitir que, aunque ésta no se comparta, pueda ser aceptada como una de*

¹⁴⁴⁰ MALARET, E., "Los principios del procedimiento...", op.cit., pág. 319.

Insiste en la importancia de la aceptación, como un factor de racionalización en la toma de decisiones, SCHÄFFER, H., "Racionalización...", op.cit., pp. 187 y 188.

las alternativas posibles.

En este sentido, la *participación ciudadana* durante el procedimiento y la toma en consideración de sus alegaciones, mediante su respuesta, no sólo posibilitan la objetividad, como tuvimos ocasión de analizar¹⁴⁴¹, sino también la eficacia, al coadyuvar a la aceptación de la solución elegida. El TC en su sentencia 102/1995, de 26 de junio, FJ 13, ha acertado a poner de relieve estas conexiones entre participación y eficacia. La sentencia analiza la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. Dicho artículo, en referencia a los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales previstos en la norma, señala que "el procedimiento de elaboración de los Planes incluirá 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".

El TC conecta este precepto con el principio de participación contenido en el art. 105 de la Constitución, pues "la audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente, está prevista por el texto constitucional (art. 105 a) y c) CE), que defiere su configuración a la Ley". Este principio de participación constitucional es:

¹⁴⁴¹ Vid. *supra* en este mismo Capítulo el epígrafe 1.2.a.1.

"un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y *la eficacia real de la actividad administrativa* (arts. 1, 31.2 y 103 CE)...". (El subrayado es nuestro)¹⁴⁴².

La participación procedimental y su toma en consideración, garantizada mediante el deber de respuesta razonada a las alegaciones presentadas, ayudan a lograr una buena administración - mediante el desarrollo de la función administrativa de forma objetiva y eficaz - y, en consecuencia, una decisión final acertada y aceptable por los ciudadanos.

En esta línea de preocupación por la aceptación de las decisiones administrativas, en conexión directa con su eficacia, cabría plantear la posibilidad de explorar en la utilización combinada de diversas técnicas, lo que podría contribuir a potenciar el cumplimiento del mandato constitucional de efectividad en el servicio a los intereses de los ciudadanos. Nos referimos al uso de técnicas consensuales durante el *iter* procedimental, combinadas con la dirección de éste por un sujeto encargado de potenciar ese consenso, el cual, en caso de

¹⁴⁴² En el mismo sentido, la STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 6, afirma que la necesidad de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para la calificación de un espacio natural (art. 15.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo), persigue no sólo armonizar diversos intereses generales ("conservación del espacio con un ordenado aprovechamiento del mismo"), sino, también asegurar que el procedimiento de elaboración del Plan cumple la finalidad "prevista en el art. 6, permitir la audiencia de los interesados, la información pública y la consulta de los intereses sociales afectados, trámites que deben formar parte del procedimiento de elaboración del Plan".

En relación a esta jurisprudencia constitucional y al papel de la participación como instrumento de efectividad de las decisiones ambientales al jugar como válvula de escape de los conflictos sociales, vid. 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. 305 y ss., especialmente, pp. 350 y ss.

lograrse, podría tener su plasmación *a posteriori* en la resolución finalmente adoptada.

Es conocido como ciertas decisiones administrativas están cargadas de un alto voltaje social. Determinadas decisiones urbanísticas (emplazamiento de centros de rehabilitación de toxicómanos, de gasolineras...) y de ordenación del territorio mediante la ubicación de infraestructuras especialmente conflictivas (vertederos y plantas incineradoras de basuras, ampliaciones de aeropuertos, construcciones de carreteras, etc.) acostumbra a provocar protestas masivas de ciudadanos contrarios a la utilización prevista del suelo. Se trata de decisiones que comportan un espacio decisional para la Administración, que debe elegir la alternativa que mejor sirva al interés general. Los ejemplos cotidianos de esas protestas son múltiples y conocidos. Esa oposición ciudadana conlleva, en numerosas ocasiones, que la decisión administrativa no llegue a aplicarse, con evidentes perjuicios para el interés general, el cual demanda la mejora de las comunicaciones mediante la construcción de la carretera o la protección del medio ambiente a través de la infraestructura precisa para ello. Sucede, en otros casos, que la protesta retrasa la ejecución de la decisión, demora que a su vez comporta aumentos de los costes económicos. Finalmente, aunque la decisión se adopte y se logre su aplicación, la falta de aceptación ciudadana conduce a que la misma sea impugnada judicialmente, con los consiguientes retrasos y costes económicos.

En el ámbito de estas decisiones discrecionales y de gran complejidad por el número de elementos fácticos y de intereses envueltos, entendemos, como ya se apuntó, que el mandato constitucional de comportamiento administrativo eficaz conlleva que una de las finalidades del procedimiento sea lograr una aceptación de la resolución a adoptar. El procedimiento administrativo debe coadyuvar mediante su transparencia a que los ciudadanos se convenzan de la adecuación de la decisión discrecional, evitando retrasos, costes

económicos e impugnaciones judiciales¹⁴⁴³.

Si bien el entero procedimiento debe contribuir a esa aceptación, es posible imaginar técnicas específicas dirigidas a potenciar este aspecto. En el Derecho Comparado existen experiencias de este tipo, dirigidas a lograr el *consenso* de los afectados por la decisión a adoptar. Concretamente, en Francia, Alemania y Estados Unidos, en los últimos años se ha utilizado la figura del *mediador* o *gestor de proyecto*¹⁴⁴⁴. Se trata, en esencia, de un sujeto que interviene durante la elaboración de la decisión discrecional, intentando lograr que los participantes públicos y/privados en el procedimiento administrativo lleguen a un consenso, de forma totalmente voluntaria e informal, respecto a la alternativa más adecuada. Consenso

¹⁴⁴³ En este sentido, WÜRTEMBERGER, T., "Aceptación a través del procedimiento administrativo", *DA*, 235-236, 1993, pp. 313 y ss., quien matiza que "un acto administrativo será aceptado cuando se considere una decisión correcta o, al menos, defendible, aunque uno mismo hubiese optado por una alternativa diferente", ya que "en una democracia plural y en un ambiente de tolerancia, la aceptación de los actos administrativos significa, por tanto, que también aquel que por tener un mayor conocimiento rechaza el acto administrativo está, sin embargo, dispuesto a reconocerlo como una solución posible del conflicto". Para este autor, la aceptación debe ser uno de los objetivos del procedimiento administrativo, por cuanto "son los principios democráticos mismos y, en especial, los de una democracia responsable, los que deberán alentar un desarrollo de las medidas impulsoras de la aceptación por medio de un procedimiento administrativo", lo que "no significa, naturalmente, que estemos aquí ante una acogida populista de las alternativas apoyadas por la opinión pública. Se trata, más bien, de alcanzar en un marco jurídico adecuado unas soluciones que pueden ser aceptadas por los ciudadanos como base para una convivencia regulada". Este autor también pone de relieve las conexiones entre aceptación y eficacia de las decisiones administrativas, pues "hay que hacer hincapié en el hecho de que la aceptación como objetivo del procedimiento administrativo no sólo sería de utilidad para el principio democrático, sino también para el principio de economía procesal. Si desde un principio se busca la aceptación de las resoluciones administrativas, no sólo se activará el procedimiento administrativo, sino que, además, estas resoluciones y actos administrativos ya no se verán sometidos a un procedimiento judicial posterior. Desde el punto de vista de la economía procesal parece razonable, pues, incluir la aceptación de las resoluciones administrativas en los objetivos del procedimiento administrativo".

¹⁴⁴⁴ Sobre estas experiencias, vid. BULLINGER, M., "Procedimientos administrativos...", op.cit., pp. 14 y ss., y "La Administración...", op.cit., pp. 109 y ss., WÜRTEMBERG, T., "Aceptación...", op.cit., pp. 326 y ss., BROHM, W., "Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos", *DA*, 235-236, pp. 393 y ss., y DELGADO PIQUERAS, F., "La "Administrative dispute resolution act" de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas", *RAP*, núm. 131, 1993, pp. 557 y ss., ELLIOTT, D.L. y GROU, J.B., "Land use disputes: will arbitration and mediation work?", *Zonning and Planing Law Report*, vol.13, núm.4, abril 1990, pp. 25 y ss., NETTER, E.M., "Mediation in a land use control", Capítulo 21 de ZIEGLER, E.H., Jr., *Rathkop's the law of zoning and planing*, vol.II, West Group, 1993.

que luego, en su caso, se plasmará en la resolución administrativa final, tomada por el órgano resolutorio, la cual recogerá la solución pactada durante el procedimiento administrativo con la intervención del mediador.

Se trata de una experiencia novedosa - las norteamericanas, por ejemplo, están teniendo lugar desde la década de los setenta - las cuales, a pesar de las incertidumbres que, en principio, puedan suscitar, merecen ser tenidas en cuenta.

Entre las cuestiones claves de este método de potenciación de la aceptación de las decisiones administrativas se encuentran las referidas a *la participación de los afectados, la imparcialidad del mediador y la responsabilidad del órgano resolutorio.*

Respecto a la primera, se ha señalado la importancia de que los intereses presentes sea lo más amplia posible, debiéndose potenciar la introducción de todos los intereses privados y/o públicos envueltos, con respeto del principio de igualdad respecto a las oportunidades de exposición de sus puntos de vista. En cualquier caso, los intereses no representados en la negociación también deberán ser considerados, por cuanto es responsabilidad administrativa el servicio a los intereses generales, no a los privados o colectivos¹⁴⁴⁵.

En cuanto a la figura del mediador, su imparcialidad en relación a los intereses envueltos es primordial, por cuanto sólo así los participantes creerán en la efectividad del diálogo. Además, esa imparcialidad es condición imprescindible para que pueda producirse una ponderación objetiva de todos los intereses envueltos durante el proceso de discusión. El mediador deberá actuar de forma neutral, equilibrada y justa, tomando en consideración todos los puntos de vista y presentando propuestas de compromiso que puedan ser aceptables

¹⁴⁴⁵ En este sentido, WÜRTEMBERGER, T., "Aceptación...", op.cit., pág. 328, y BROHM, W., "Sobre la aceptación...", op.cit., pág. 398.

para los implicados¹⁴⁴⁶. La necesaria imparcialidad del mediador, en este caso respecto de la Administración, puede potenciarse separando a éste del órgano encargado de adoptar la decisión final¹⁴⁴⁷.

Éste último deberá ser el responsable de la adopción de la decisión administrativa discrecional. Teniendo en cuenta el objetivo de la mediación procedimental, parece lógico que el órgano encargado de resolver respete, en principio, el acuerdo alcanzado. Ahora bien, tal aceptación no supone una dejación de su responsabilidad. El órgano competente para resolver deberá comprobar que el procedimiento conducente al consenso fue limpio y justo, permitiendo la introducción y consideración adecuada de los intereses. Además, deberá analizar la adecuación al ordenamiento jurídico del acuerdo alcanzado por el mediador. Si bien el consenso versará sobre aspectos discrecionales - en los que no es posible afirmar la existencia de una única solución, de ahí, precisamente, la utilidad de ese consenso - el órgano resolutorio verificará que el acuerdo no vulnera ninguno de los límites negativos establecidos por los principios generales del Derecho (es decir, que no es, por ejemplo, discriminatorio,

¹⁴⁴⁶ En este sentido, vid. WÜRTENBERGER, T., "Aceptación...", op.cit., pág. 329.

En relación a esta cuestión, BROHM, W., "Sobre la aceleración...", op.cit., pp. 393 y ss., subraya como la figura norteamericana del *mediator* consiste en que el sujeto mediador en los conflictos es un privado, elegido y retribuido por las partes enfrentadas en la toma de la decisión. Este rasgo del Derecho norteamericano es coherente con la estructura organizativa y de personal de la Administración, donde no existe una función pública como la de los países europeos. En el ámbito norteamericano, la designación de mediadores externos a la Administración es el modo de lograr su neutralidad, pues ésta no se garantiza por el sistema jurídico en el caso de los empleados públicos, cuyo estatuto no les permite gozar de la independencia política propia de la función pública europea.

¹⁴⁴⁷ BULLINGER, M., "La Administración...", op.cit., pág. 113, destaca que en Alemania la jurisprudencia constitucional y contenciosa considera que la ausencia de separación entre el mediador encargado de negociar y el órgano resolutorio es posible, y que la confusión de ambas tareas en el mismo órgano administrativo no vulnera el principio de Estado de Derecho. Sin embargo el propio autor señala que "para salir al paso de las objeciones jurídicas formuladas contra el compromiso de los directores de proyecto designados por la Administración es importante restringir su papel al de un mero *factor de convencimiento* y no transferirle ninguna facultad decisoria", puesto que de esta manera se reforzará su legitimidad a los ojos de los participantes, lo que favorecerá el consenso.

arbitrario o desproporcionado)¹⁴⁴⁸.

En nuestra opinión, estas experiencias podrían ser trasladadas, con todas las cautelas necesarias, a nuestro ordenamiento, el cual ya cuenta con instrumentos jurídicos suficientes para articular la mediación como mecanismo de potenciación de la aceptación procedimental¹⁴⁴⁹. Nos referimos a la figura del *responsable del procedimiento* y a la posibilidad de la *terminación convencional del mismo*.

El art. 41 LRJPAC dispone que:

"Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos".

El responsable del procedimiento se configura como el sujeto bajo cuya

¹⁴⁴⁸ WÜRTEMBERGER, T., "Aceptación...", op.cit., pp. 330 y ss.

¹⁴⁴⁹ La mediación a que se hace referencia aquí no es la aludida en el art. 107.2 LRJPAC, el cual sostiene que "las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de *impugnación o reclamación*, incluidos los de conciliación, *mediación* y arbitraje...". La mediación aludida en este momento no se aplica cuando ya existe una decisión administrativa contra la que articula una impugnación o reclamación, sino que se desarrolla *durante el procedimiento de elaboración de la decisión, antes de que surja el conflicto* y, precisamente, para evitarlo.

Sobre la mediación a que se refiere el art. 107.2 LRJPAC, insistimos que no tratada aquí, puede consultarse el trabajo de ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 38 y ss.

responsabilidad se desarrolla la instrucción¹⁴⁵⁰. En consecuencia, es perfectamente posible que para lograr el consenso en el caso de decisiones discrecionales con incidencia sobre un amplio número de ciudadanos se nombre un responsable de la instrucción del procedimiento, encargado, además, de intentar lograr un acuerdo compartido en torno a la alternativa adecuada al caso. Ese responsable debería ser un funcionario, puesto que esta condición garantiza la imparcialidad en la mediación (art. 103.3 CE), y, en consecuencia, el respeto del deber de objetividad en el desarrollo de la mediación (art. 103.1 CE)¹⁴⁵¹. Ésta es una función pública, que debe ser desarrollada en todo caso por un funcionario, para garantizar esa imparcialidad y objetividad¹⁴⁵². No caben, a nuestro entender, por tanto, mediadores privados en nuestro ordenamiento jurídico¹⁴⁵³.

En este sentido, entendemos que cabría la posibilidad de que personas ajenas a la Administración actuante ejercieran como mediadores, aportando su capacidad y prestigio como valores potenciadores de la objetividad e imparcialidad buscadas y, en consecuencia,

¹⁴⁵⁰ En este sentido, MALARET, E., "Los principios...", pág. 332, quien realiza una comparación entre la regulación española y la italiana, contenida en la Ley de 7 de agosto de 1990. En referencia a la importancia de la figura del instructor, vid. *infra* Capítulo VI.2.

¹⁴⁵¹ En este sentido, BROHM, W., "Sobre la aceleración...", op.cit., pág. 399, destaca que "al igual que la obtención de un consenso con orientación hacia el bien común, también la ejecución del procedimiento es en sí misma una función soberana. Como quiera que la configuración del procedimiento reviste gran significado para el resultado material, todas las fases del procedimiento han de permanecer bajo la responsabilidad de los poderes públicos", es decir han de ser desarrolladas por un funcionario, cuyo estatuto garantiza su imparcialidad, sin excluir la dirección ejercida por sus superiores jerárquicos, precisa, como sabemos, para hacer realidad el principio democrático y la exigencia de la pertinente responsabilidad.

¹⁴⁵² Como pone de relieve el art. 92.2 LBRL, al señalar que "son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, (...), y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

¹⁴⁵³ Si bien consideramos que los mediadores deberían ser seleccionados de conformidad con su perfil personal y sus habilidades para la negociación, a la vez que se les debería ofrecer una formación específica. Respecto a estas cuestiones, en referencia genérica a los instructores de procedimientos administrativos, vid. *infra* Capítulo VI.2.

como factores favorecedores del consenso. Así, la Universidad o el Defensor del Pueblo y los órganos autonómicos equivalentes podrían desempeñar un interesante papel¹⁴⁵⁴.

Por otro lado, nos parece importante que el responsable del procedimiento encargado de la mediación sea un sujeto distinto al órgano resolutorio. Ello por dos razones, ya aludidas. De esta manera, el mediador ve reforzada su imparcialidad respecto a la propia Administración, apareciendo a los ojos de los participantes como un sujeto abierto a todas las alternativas y sugerencias que puedan presentarse. Entendemos que esta es la solución más adecuada también en nuestro Derecho, pues separando el mediador del órgano competente para resolver puede potenciarse el deber constitucional de objetividad y, a la vez, lograrse la maximización del mandato de eficacia. En segundo lugar, esta separación permite que el órgano resolutorio encargado de adoptar la decisión pueda verificar, con la distancia precisa para ello, el proceso de cristalización del consenso, así como el contenido del acuerdo, para controlar su adecuación al ordenamiento jurídico.

El consenso al que pueda llegarse en la fase procedimental, de forma totalmente voluntaria e informal insistimos, puede articularse como un acuerdo, pacto, convenio o contrato, al amparo de lo preceptuado en el art. 88 LRJPAC¹⁴⁵⁵. Se trataría, en principio,

¹⁴⁵⁴ Vid. al respecto las consideraciones de ROSA MORENO, J., *El arbitraje...*, op.cit., pp. 38 y ss., sobre el papel del Defensor del pueblo y equivalentes autonómicos al referirse a la mediación. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este autor formula sus propuestas en el ámbito de la resolución de conflictos *ya planteados* entre la Administración y los ciudadanos, mientras nosotros nos movemos en el plano del procedimiento de elaboración de las decisiones administrativas y de la evitación de conflictos.

En la práctica, los distintos *Ombudsmen* autonómicos están ya participando en labores de mediación en problemas suscitados entre la Administración Pública y los particulares. Especialmente intensa en este campo ha sido la labor del *Síndic de Greuges* catalán, como puede apreciarse mediante sus informes. Así, por ejemplo, vid. la página 41 del informe de 1989, respecto a su intervención en la construcción de una autopista. Debo agradecer a Laura Díez, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, sus amables observaciones respecto a este punto.

¹⁴⁵⁵ En relación a la terminación convencional del procedimiento administrativo, pueden consultarse los estudios de MENENDEZ REXACH, A., "Procedimientos administrativos: finalización y ejecución", en LEGUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORON, M., *La nueva Ley...*, op.cit., pp.

de un convenio que no supondría una alternativa a la resolución, que en última instancia correspondería al órgano resolutorio competente¹⁴⁵⁶. Ahora bien, teniendo presente que el acuerdo buscaría hacer más eficaz la futura resolución mediante el consenso, ese convenio sería, en cierta manera, vinculante para el órgano resolutorio, en el sentido de que, respecto al equilibrio de intereses alcanzado en los aspectos metajurídicos, éste debería respetar el acuerdo alcanzado. Respeto que se debería compaginar con una verificación de la adecuación al ordenamiento jurídico del convenio antes de incorporarlo a la resolución final. Comprobación que debería abarcar tanto el proceso de adopción del convenio como la legalidad del contenido de éste¹⁴⁵⁷.

Consideramos que la combinación de la figura del responsable del procedimiento con la posibilidad de adoptar acuerdos favorecedores del consenso en torno a aspectos extrajurídicos podrían ayudar a *flexibilizar* el procedimiento administrativo, aumentando la eficacia previsible de la decisión final. El mandato de eficacia en la actuación administrativa debe conducir a la búsqueda de soluciones procedimentales imaginativas que permitan el logro de la efectividad en el servicio a los intereses generales¹⁴⁵⁸. En esta dirección, la

246 y ss., FERNANDEZ MONTALVO, R., "De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos", en AA.VV., *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1993, VADRI FORTUNY, T., y PONCE SOLÉ, J., "La nueva posición...", op.cit., pp. 151 y ss., DELGADO PIQUERAS, F., *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, y PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op.cit., pp. 155 y ss.

¹⁴⁵⁶ En la línea de la figura de los convenios urbanísticos. Al respecto, vid. con carácter general por ejemplo BUSTILLO BOLADO, R.O., y CUERNO LLATA, J.R., *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

¹⁴⁵⁷ Respecto a los distintos tipos de convenios posibles al amparo del art. 88 LRJPAC (alternativos a la resolución, no sustitutivos de la resolución aunque vinculantes de su contenido o preparatorios de la resolución pero sin carácter vinculante), vid. MENENDEZ REXACH, A., "Procedimientos...", op.cit., pág. 262.

¹⁴⁵⁸ BOBBIO, L., *La democrazia...*, op.cit., pp. 86 y ss., destaca, en referencia específica a las decisiones referidas a la ordenación del territorio, que la existencia de un mediador encargado de

terminación convencional, combinada con la figura del mediador, puede ser una técnica adecuada de composición de intereses, constituyendo una garantía para los afectados y un mejor servicio al interés general, al aumentar la eficacia de la resolución consensuada.

TORNOS MAS ha puesto de relieve, en relación al art. 88 LRJPAC que "estamos ante una técnica de administrar necesaria ante los nuevos cometidos de la Administración. La integración de voluntades en el seno del procedimiento administrativo se formaliza como un acuerdo, pacto, convenio o contrato. El administrado o los sectores implicados obtienen así la garantía de definir el contenido del acto que les será impuesto, y la Administración busca la adhesión a su decisión", dado que "en última instancia, se trata de evitar la futura litigiosidad, pues la decisión administrativa ha sido previamente acordada"¹⁴⁵⁹. Adhesión que, en definitiva, ayuda a mejorar la eficacia de la actuación administrativa, haciendo realidad el deber constitucional contenido en el art. 103.1.

Esta relación entre terminación convencional y eficacia ha sido notado por diversos autores. Así, DELGADO PIQUERAS ha llamado la atención sobre la relación directa entre participación, técnicas consensuales y eficacia, advirtiendo que "la conveniencia, por muy diversas razones, de componer intereses públicos y privados puede ser satisfecha en muchas ocasiones - sobre todo en aquéllas en las que la eficaz consecución de los objetivos públicos depende inevitablemente de la aceptación por los destinatarios de la propia acción administrativa - mejor mediante instrumentos consensuales que por el acto administrativo"¹⁴⁶⁰. Por su parte, PAREJO ha subrayado que "el principio de eficacia que

garantizar el *buon andamento* del procedimiento es un factor de potenciación de la eficacia administrativa, al posibilitar el ahorro de tiempo y recursos públicos.

¹⁴⁵⁹ TORNOS MAS, J., "Medios complementarios...", op.cit., pág. 155.

¹⁴⁶⁰ DELGADO PIQUERAS, F., "La "administrative...", op.cit., pág. 559. También en el mismo sentido en su monografía *Terminación convencional...*, op.cit., pp. 162 y ss.

forma parte de su estatuto constitucional (art. 103.1 CE) añade una causa específica a esa necesidad desde el doble punto de vista del ahorro de esfuerzos administrativos (en medios personales y materiales, trámites procedimentales, tiempo y conflictos) y del incremento de la aceptación social de la actividad administrativa y, por tanto, de la efectividad de sus resultados, especialmente en materias de especial complejidad y sensibilidad social (urbanismo, medio ambiente, etc...)"¹⁴⁶¹.

En esta línea, la STS de 15 de marzo de 1997 (Ar. 1677) realiza unas interesantes consideraciones en torno a los convenios urbanísticos y su relación con los principios de participación y eficacia. Señala esta sentencia que:

"Es indudable que el urbanismo constituye una competencia jurídicopública, siendo cierto que esta naturaleza reduce y condiciona necesariamente la intervención de los administrados en el mismo, pero sin que ello excluya su *participación y colaboración* ("ad exemplum", artículos 4.52 (*sic*) ó 119 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976). Existen aspectos concretos susceptibles de compromiso o acuerdo entre la Administración y los particulares, lo que da lugar a la figura de los convenios urbanísticos, como instrumento de acción concertada que en la práctica *pueden asegurar una actuación urbanística eficaz*, a consecución de objetivos concretos y *la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general*". (Los subrayados son nuestros).

Por todo lo expuesto, y en cumplimiento del principio constitucional de eficacia, *la*

¹⁴⁶¹ PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op.cit., pág. 174.

normativa sectorial y la propia administración pueden hacer un inteligente uso de las instituciones analizadas, de tal manera que se fomente la aceptación y efectividad de las decisiones discrecionales mediante su adecuada combinación¹⁴⁶². Cabría revitalizar así ciertos trámites tradicionales en nuestro derecho, como las *informaciones públicas*¹⁴⁶³. Éstas no sólo podrían contribuir a la actuación administrativa objetiva, mediante la formulación de sugerencias y alternativas a considerar, sino que también podrían articularse como foros para la potenciación de la aceptación, en los que el responsable del procedimiento pudiera intercambiar opiniones con los ciudadanos, llegando, en su caso, a la obtención de un consenso que, articulado como convenio, fuera el fundamento de la futura resolución a

¹⁴⁶² Además, si se acepta la posibilidad de utilizar la terminación convencional sin necesidad de norma que específicamente habilite para ello en cada caso concreto, los arts. 41 y 88 LRJPAC ofrecen un marco jurídico suficiente para llevar a la práctica de forma inmediata experiencias de este tipo en nuestro Derecho, sin necesidad de modificaciones normativas. Sobre la posibilidad de uso por la Administración de técnicas consensuales sobre la base ofrecida por el art. 88 LRJPAC, vid. PAREJO ALFONSO, L., *Tres Estudios...*, op.cit., pp. 184 y ss., DELGADO PIQUERAS, F., *La terminación convencional...*, op.cit., pp. 186 y ss., y MENENDEZ REXACH, A., "Procedimientos...", op.cit., pp. 264, quien sólo acepta la eficacia directa del art. 88 LRJPAC en el caso de los convenios de "trámite", es decir, no vinculantes de la resolución.

¹⁴⁶³ Sobre la profundización en las posibilidades de la información pública a través de técnicas consensuales, vid. las consideraciones de WÜRTENBERGER, T., "Aceptación...", pág. 326 y NETTER, E.M, "Mediation...", op.cit.

En este sentido, la regulación del art. 86.1 LRJPAC podría constituir un obstáculo, puesto que señala que deberá ser el órgano resolutorio el que convoque la información pública. Para MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 331, este artículo supone que las actuaciones en la fase de información pública corresponden al órgano resolutorio, no al responsable del procedimiento. Si este fuera el sentido del precepto, entonces el logro del consenso mediante este trámite se vería seriamente perjudicado, al no actuar un órgano distinto del encargado de resolver, punto clave, como vimos, para asegurar la imparcialidad y credibilidad del mediador frente a los participantes.

Creemos, no obstante, que es posible salvar este escollo entendiendo que lo que corresponde al órgano resolutorio es "acordar un período de información pública", es decir, decidir su apertura. Ahora bien, hecho esto, entendemos que no existe ningún obstáculo jurídico para que sea el responsable del procedimiento designado a tal efecto quien dirija la realización efectiva del trámite de información pública, quedando el órgano resolutorio al margen del mismo. Bien al contrario, en nuestra opinión el mandato de eficacia constitucional refuerza la interpretación sugerida.

adoptar¹⁴⁶⁴.

En definitiva, el mandato constitucional de actuación administrativa impone la consideración del entero procedimiento como un test de la futura efectividad real de la decisión a adoptar. La ausencia de procedimiento o los defectos graves en su seguimiento que impidan la ponderación de las circunstancias del caso y la efectividad de la futura resolución se traducen en una vulneración del principio constitucional de eficacia, lo que comporta que, como se vio detalladamente al referirnos al principio de objetividad, debe comportar el decaimiento del privilegio de autotutela y la posibilidad judicial, a la vista del expediente administrativo, de adoptar las oportunas medidas cautelares¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶⁴ En relación a todo lo que se expone en el texto, es interesante la regulación de la terminación convencional en la Ley madrileña 9/1995, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo. El art. 74 señala en su apartado primero que "La Comunidad de Madrid y los Municipios comprendidos en su territorio podrán suscribir, conjunta o separadamente, y siempre en el ámbito de sus respectivas competencias, convenios con personas públicas o privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos correspondientes, *para su colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística*". Estos convenios podrán versar no sólo sobre las condiciones de gestión y ejecución de la ordenación urbanística, sino también sobre ésta, donde, como es conocido, existe un amplio ámbito de discrecionalidad. El apartado tercero, en su letra b), especifica que el objeto de los convenios podrá ser "la determinación (...) del contenido de posibles modificaciones del planeamiento en vigor, bien directamente, bien por ser éstas precisas en todo caso para la viabilidad de lo estipulado" en acuerdos referidos a la ejecución del planeamiento. Los acuerdos a que se llegue en relación a la ordenación urbanística "sólo tienen el efecto de vincular a las partes del convenio para la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la modificación del planeamiento *sobre la base del acuerdo sobre la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación*". En ningún caso vincularán o condicionarán el ejercicio por la Administración pública, incluso la firmante del convenio, de la potestad de planeamiento", según el apartado quinto de este precepto. En todo caso, como se indica en el segundo apartado, "la negociación, la formalización y el cumplimiento de los convenios urbanísticos a que se refiere el número anterior se rigen por los principios de transparencia, publicidad y, con carácter general, concurrencia".

Esta regulación sectorial podría permitir que la Administración planificadora designara un responsable del procedimiento, que se encargara de llevar adelante la instrucción del plan de urbanismo. Este responsable conduciría el trámite de información pública, donde se intentaría encontrar el consenso con los participantes. En caso de lograrse, tal consenso podría instrumentarse como un convenio urbanístico, preparatorio de la aprobación provisional o definitiva del plan, contribuyendo así a la aceptación y eficacia de éste. El órgano encargado de la aprobación debería constatar que se ha respetado el ordenamiento jurídico y que el convenio no vulnera ninguna norma (estándares urbanísticos, etc...) ni principio (proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc...).

¹⁴⁶⁵ Vid. supra en este mismo capítulo el epígrafe 1.2 c).

Asimismo, el *iter* procedimental debe promover la aceptabilidad social de las decisiones discrecionales, y, por tanto, su futura eficacia, evitando retrasos en la ejecución de las resoluciones y futuras impugnaciones judiciales. Esa aceptabilidad puede verse potenciada mediante el uso combinado de instrumentos jurídicos ya existentes en nuestro ordenamiento, como pueden ser la figura del responsable del procedimiento, la terminación convencional del mismo y la potenciación de la función de las informaciones públicas.

Teniedo presente todo lo apuntado, parece evidente que la falta de suficientes datos sobre las circunstancias del caso o la ausencia de ponderación de los mismos supone una vulneración del deber constitucional de eficacia. Como en su momento vimos, la ausencia o insuficiencia de instrucción o la falta o defecto grave en la ponderación de las circunstancias del caso conducían al incumplimiento del deber de objetividad y a la invalidez de la decisión adoptada (art. 62.1 e), 63.1 LRJPAC). Tales vicios procedimentales también provocan la infracción del deber de actuación eficaz - al impedir evaluar el grado de aceptación y efectividad de la futura decisión -, con lo que la invalidez apuntada encuentra, por tanto, un doble fundamento.

En cuanto a la *eficacia entendida como agilidad y rapidez en la toma de decisiones*, debe recordarse que este segundo significado fue objeto también de análisis constitucional en su momento. Del mismo dedujimos que existían una serie de preceptos constitucionales, entre los que se encontraba señaladamente el art. 103.1 CE, de los que era posible deducir un mandato constitucional de actuación administrativa ágil y célere, a fin de hacer posible el respeto de derechos e intereses privados y el servicio al interés general. Como entonces se puso de relieve, el *factor temporal* es un elemento importante del actuar administrativo, al

tratarse de una exigencia constitucional integrante del principio constitucional de eficacia y del mandato de buena administración.

El procedimiento administrativo es uno de los instrumentos que debe posibilitar esta actuación ágil de la Administración. La doctrina, en este sentido, ha subrayado la conexión entre el mandato de eficacia constitucional y los principios procedimentales de *celeridad* y *economía procedimental*, la cual ya subyacía explícitamente en el hoy derogado art. 29 LPA de 1958, que establecía que la actuación administrativa debía desarrollarse "con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia", y hoy puede hallarse, entre otros, en preceptos tales como los arts. 73 (referido a la acumulación de expedientes) ó 75 (que, precisamente, lleva por título el de *celeridad*) de la LRJPAC¹⁴⁶⁶.

Sin embargo, las dos facetas vistas del principio constitucional de eficacia - el cumplimiento *efectivo* y *rápido* de los intereses generales - son complementarias. Ambas deben ser tenidas en cuenta por el legislador y la Administración, a fin de poder compatibilizarlas para el logro de la buena administración evitando que puedan producirse indeseables conflictos¹⁴⁶⁷. Como ha sido notado, "si bien la simplicidad y la celeridad deben ser atendidas en tanto que determinantes de la eficacia, no puede obviarse otro aspecto que incide directamente en la eficacia de la acción administrativa. Esto es, el acierto y oportunidad de la decisión. Pues si importante es adoptar una decisión para evitar su posterior anulación por los tribunales, igual o mayor trascendencia económica tiene el

¹⁴⁶⁶ Sobre la conexión entre el principio constitucional de eficacia y los procedimentales de economía procedimental y celeridad, vid. por todos GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 454 y ss., SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pp. 134 y ss., y LOPEZ MENUDO, F., "Los principios...", pp. 56 y ss.

¹⁴⁶⁷ Pues, como ha notado SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 135, "el principio de celeridad puede entrar en colisión con el de plenitud de la prueba de los hechos en base a los que se actúa y con el de pleno sometimiento al Derecho, que obligan a un análisis razonablemente reposado del alcance jurídico y táctico de las decisiones que se toman".

garantizar la adhesión, el consentimiento de los destinatarios"¹⁴⁶⁸. Tanto el deber de objetividad como el de eficacia, en su vertiente de efectividad en el servicio al interés general, imponen una reflexiva ponderación de las circunstancias del caso y una consideración de las consecuencias posibles de la solución a elegir. Por su parte, el mandato de comportamiento rápido, derivado de la segunda vertiente del deber de eficacia, exige que la actuación administrativa se desarrolle en unas coordenadas temporales adecuadas para no frustrar derechos o intereses privados y a la vez permitir el servicio (efectivo) a los intereses generales. Por ello, un balance entre estas demandas constitucionales debe llevar a postular que la resolución de los procedimientos se efectúe en un "plazo razonable", en la terminología empleada por el art. 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en referencia específica a los procesos judiciales que creemos puede tener también sentido respecto los procedimientos administrativos.

En consecuencia, la Administración debe tomar sus decisiones lo más razonablemente rápido que sea posible, es decir, atendiendo equilibradamente a todas las exigencias de los deberes de objetividad y eficacia (art. 103.1 CE). El criterio de celeridad, en conexión con el de eficacia como dijimos, impone que la Administración, sin vulnerar las otras exigencias constitucionales, tome la decisión lo antes posible, sin agotar, si ello es factible, los plazos estipulados para resolver. La Administración debe impulsar, de acuerdo con el principio de oficialidad, con una razonable celeridad la realización de todos los actos de instrucción, evitando tiempos muertos, lapsos perdidos inútilmente entre trámite y trámite. La Administración, como señala la STS de 9 de mayo de 1989 (Ar. 3622), "ha de incoar y resolver el expediente sin dilaciones no permitidas, siendo la no interrupción del

¹⁴⁶⁸ MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 319.

procedimiento una condición objetiva necesaria para el ejercicio de la actividad" administrativa.

Además de impulsar de oficio y de forma celerere los trámites procedimentales, la Administración también *debe* resolver dentro del plazo establecido (art. 42 LRJPAC)¹⁴⁶⁹. Como indica la Exposición de Motivos de la LRJPAC, el objetivo de la misma es lograr "ampliar y reforzar las garantías de los ciudadanos para la resolución justa y *pronta* de los asuntos", y que los ciudadanos "obtengan respuesta expresa de la Administración y, *sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido*". El plazo establecido normativamente se constituye así, en principio, en el "plazo razonable" de resolución, que debe permitir conjugar todas las exigencias constitucionales de buena administración. Plazo máximo de resolución que vendrá explícitamente fijado en la normativa sectorial, siendo en todo caso de tres meses si nada se dice en la misma (art. 42.2 LRJPAC).

En consecuencia, respecto de los *procedimientos formalizados*, la normativa deberá establecer el plazo máximo de resolución, el cual deberá ser pensado para que responda a las exigencias de celeridad de la actuación administrativa y las compatibilice con los mandatos de objetividad y eficacia, entendida ésta como efectividad en el servicio al interés general. *Es responsabilidad, por tanto, del legislador sectorial balancear estos principios constitucionales, a fin de determinar el "plazo razonable" que permita a la Administración*

¹⁴⁶⁹ Esta obligación de resolver, en palabras del Dictamen núm. 423/94, de 2 de junio, del Consejo de Estado, "se configura como un deber público subjetivo (...) correlativo al derecho de los ciudadanos a obtener respuesta expresa en el plazo establecido, y no cualquier respuesta, sino la adecuada según los principios que proclama el art. 9.3 y las exigencias constitucionales proclamadas en el núm. 1 del artículo 103 de la Constitución, ordenadas a que los derechos de los particulares no se vacíen de contenido, lo que ocurriría si la Administración no atendiere *eficazmente y con celeridad debida* a las funciones para las que se ha organizado". (Los subrayados son nuestros).

*cumplir su deber de buena administración*¹⁴⁷⁰.

Respecto a los *procedimientos no formalizados*, la propia LRJPAC establece directamente el "plazo razonable" de resolución de tres meses¹⁴⁷¹.

De acuerdo con esos plazos estipulados, la Administración deberá actuar diligentemente, resolviendo lo antes posible, siempre dentro del límite temporal normativo. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que éste puede ser moldeado por la propia Administración, a la vista de las circunstancias del caso concreto. Éstas pueden exigir una ampliación de los plazos establecidos para los trámites procedimentales de los interesados¹⁴⁷², o del plazo máximo para resolver¹⁴⁷³, o, por el contrario, su reducción¹⁴⁷⁴, en todo caso con la oportuna motivación (art. 54.1 e) LRJPAC). En consecuencia, *la propia Administración dispone de la llave del reloj procedimental*, que habrá de manejar *teniendo presente las exigencias de los deberes de objetividad y eficacia*, a la vista del supuesto concreto de que se trate, sin olvidar, como punto de equilibrio entre exigencias a veces encontradas, el importante papel que las *medidas provisionales* deben tener

¹⁴⁷⁰ El término legislador se emplea aquí con un significado amplio, abarcando la regulación mediante leyes o reglamentos. Sobre el tipo de norma que deba regular en cada caso los procedimientos sectoriales, vid. *infra* Capítulo VI.1.3.

¹⁴⁷¹ Plazo que reduce a la mitad el previsto en el anterior art. 61 LPA de 1958. Para SAINZ MORENO, F., "Obligación de resolver y actos presuntos", en LEGUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORON, M., *La nueva Ley...*, op.cit., pág. 132, este plazo puede parecer utópico en algunos casos, que el autor cree que estarán regulados por la normas especiales, pero considera que se ajusta a las pautas temporales de los países de nuestro entorno (treinta días en la Ley Italiana de 7 de agosto de 1990 y noventa días en el Código Portugués de Procedimiento de 1991).

¹⁴⁷² En este sentido, art. 49 LRJPAC, que debe ponerse en conexión con los arts. 71 y 76 de la misma ley.

¹⁴⁷³ Art. 42.2 LRJPAC.

¹⁴⁷⁴ Art. 50 LRJPAC.

(art, 72 LRJPAC)¹⁴⁷⁵.

La resolución en plazo se conecta, pues, con el mandato de servicio eficaz al interés general y con la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, para los que adquiere relevancia en las modernas sociedades los tiempos de actuación de la Administración. Por ello, el incumplimiento del deber de resolución en plazo - se conecta, como es sabido, con una panoplia de consecuencias jurídicas previstas en nuestro ordenamiento¹⁴⁷⁶. Sin embargo, estas reacciones jurídicas aunque necesarias son insuficientes, como a continuación se razonará brevemente, para garantizar el comportamiento administrativo ágil y rápido exigido por el art. 103.1 CE.

Como es sabido, en primer lugar, en los supuestos en que la Administración debe resolver una solicitud y no lo hace en el plazo establecido, se produce una situación de *silencio administrativo*, técnica clásica ya en nuestro Derecho, regulada en la actualidad por la LRJPAC¹⁴⁷⁷. Obviamente no es el objeto de este estudio el análisis de la institución del

¹⁴⁷⁵ El art. 42.2 y el art. 50 LRJPAC señalan que contra los acuerdos de ampliar el plazo máximo de resolución o de aplicar la tramitación de urgencia no cabrá recurso alguno. Debe tenerse en cuenta que el manejo arbitrario del *tempo* del procedimiento puede provocar una vulneración de los deberes constitucionales de objetividad y eficacia. Si bien es cierto que siempre podrá alegarse tal vulneración al impugnar la resolución final, parece razonable, a la vista de los principios constitucionales en juego, no descartar la posibilidad de una impugnación por separado de la decisión de alargar o acortar el procedimiento. En este sentido, el término "indefensión" a que alude el art. 107 LRJPAC como clave de recurso independiente contra actos trámites podría ser objeto, a la vista del caso concreto, de una interpretación extensiva, que incluyera los supuestos en que el alargamiento o acortamiento del procedimiento afecta seriamente a la objetividad y/o eficacia de la Administración y a los derechos o intereses de los ciudadanos, al no permitir una razonable ponderación de sus alegaciones o, por el contrario, al dañarles la excesiva lentitud derivada de una ampliación de plazo injustificada.

¹⁴⁷⁶ En lo que sigue se hace referencia a las consecuencias de la no resolución en plazo en el ámbito del procedimiento administrativo, dejando de lado los supuestos de inactividad material de la Administración producidos fuera de un procedimiento administrativo. Sobre éstos, pueden consultarse los trabajos de NIETO, A., "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", *RAP*, núm. 37, 1962, pp. 75 y ss., y "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *DA*, núm. 208, 1986, pp. 11 y ss.

¹⁴⁷⁷ Sobre la actual regulación del silencio administrativo, pueden consultarse AGUADO CUDOLÁ, V., "El silencio positivo tras el nuevo procedimiento administrativo común", en TORNOS MAS, J. (Coord.), *Administración...*, op.cit., pp. 169 y ss., y SAINZ MORENO, F., "Obligación

silencio administrativo. Nuestra única pretensión aquí y ahora es reflexionar sobre el limitado alcance de esta técnica respecto al logro de una buena administración. Como es sabido, el *silencio negativo* tradicionalmente ha sido considerado como una mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales¹⁴⁷⁸. Si bien es cierto que la LRJPAC ha variado esta concepción, por cuanto el silencio negativo da lugar ahora a un auténtico acto administrativo presunto¹⁴⁷⁹, lo cierto es la presunción de la existencia de un acto administrativo negativo, por su propia esencia consistente en permitir el acceso a la jurisdicción contenciosa, no puede contribuir al logro, en positivo, de una actuación administrativa ponderada y efectiva, sino que, sencillamente, se configura como un necesario, pero limitado, mecanismo de garantía del interesado¹⁴⁸⁰. Por otro lado, si bien es cierto que el *silencio positivo* puede contribuir a evitar que ciertos derechos de los particulares queden a disposición de la Administración, en tanto ésta no dicta el correspondiente acto resolutorio, no lo es menos que el manejo de esta técnica exige una lógica prudencia. El particular no puede, a través de ella, convertirse en administrador de intereses generales. Además, como ya se advirtió en su momento, el silencio positivo no puede sustituir la función procedimental de ponderación de los datos e intereses en juego. Los servicios prestados por el procedimiento (seguridad del solicitante sobre la inversión que pretende realizar, obtención de una resolución final convincente para

de resolver...", op.cit., pp. 140 y ss., así como la abundante bibliografía allí contenida sobre esta institución.

¹⁴⁷⁸ En este sentido, STC 6/1986, de 21 de enero, FJ 3: "el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración".

¹⁴⁷⁹ Como pone de relieve el Dictamen núm. 423/94, de 2 de junio. Vid. también en este sentido SAINZ MORENO, F., "Obligación de resolver...", op.cit., pág. 142.

¹⁴⁸⁰ Como señala GOMEZ-FERRER MORANT, R., "El silencio...", op.cit., pág. 97, el silencio negativo facilita la apertura de la vía judicial, pero no puede servir para que los derechos de los ciudadanos sean efectivos de forma ágil.

los intereses envueltos) no pueden ser sustituidos por la presunción de la estimación de la solicitud¹⁴⁸¹. En consecuencia, la utilización del silencio positivo, potenciada por la LRJPAC, encuentra las limitaciones propias del sentido y posibilidades de esta técnica.

La no resolución en plazo por parte de la Administración puede conducir, en segundo lugar a la *caducidad del procedimiento administrativo*¹⁴⁸². Como es conocido, esta figura debe distinguirse tanto de la prescripción como de la caducidad o decadencia de derechos¹⁴⁸³. También debe diferenciarse del silencio administrativo, si bien presenta con esta técnica el punto en común de ser una consecuencia de la falta de resolución administrativa en el plazo estipulado, por lo que nos ocupamos aquí de ella.

La LPA de 1958 no regulaba el supuesto de la caducidad del procedimiento iniciado de oficio por inactividad de la Administración, limitándose a ocuparse de la caducidad por inactividad de los interesados (art. 99). La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria

¹⁴⁸¹ Insiste en las limitaciones inherentes a la técnica del silencio positivo BULLINGER, M., "La Administración...", op.cit., pp. 95 y ss.

¹⁴⁸² De las consideraciones que se efectúan a continuación, centradas en el comportamiento de la Administración, se excluye la caducidad debida a la inactividad de los interesados en el caso de procedimientos iniciados a solicitud de éstos, regulada en la actualidad en el art. 92 LRJPAC. Sobre este tipo de caducidad del procedimiento en la LRJPAC, vid., por ejemplo, VADRÍ FORTUNY, M.T., y PONCE SOLÉ, J., "La nueva posición...", pág. 145.

¹⁴⁸³ Sobre esta distinción, vid. GONZALEZ NAVARRO, F., "La llamada caducidad del procedimiento administrativo", *RAP* núm. 45, pp. 208 y ss., y *Derecho Administrativo...*, op.cit., pp. 461 y ss, NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1994, pp. 471 y ss., y AGUADO CUDOLÀ, V., "La prescripció en el Dret Administratiu sancionador: límit temporal a l'exercici de la potestat i forma d'extinció de la responsabilitat administrativa sancionadora", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1994, pp. 889 y ss. En la jurisprudencia, la STS de 20 de diciembre de 1988 (Ar. 9988) precisa que "hay que distinguir prescripción de la infracción, caducidad del derecho de acción para perseguir esa infracción y perención del procedimiento", mientras la STS de 18 de noviembre de 1986 (Ar. 898) matiza que "el instituto o figura jurídica que se ha dado en llamar "caducidad del procedimiento administrativo" (y que más bien debiera llamarse "perención", como hacen algunas legislaciones hispano-americanas utilizando un vocablo que aquí ha devenido arcaico, con lo que se impediría confundirlo con la caducidad como extinción de derechos que nacen con una vida temporalmente determinada)...". Existe sin embargo un punto común a todas estas figuras, desde la perspectiva aquí estudiada, y es que todas ellas son consecuencias derivadas de la ausencia de comportamiento eficaz de la Administración.

entendieron bajo la vigencia de esta ley que la caducidad por ausencia de celeridad en el comportamiento administrativo no era posible¹⁴⁸⁴, si bien algún autor de *lege ferenda* planteaba su necesidad y conveniencia¹⁴⁸⁵.

La LRJPAC cambia la situación descrita en su art. 43.4, el cual señala lo siguiente:

"Cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos, se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para

¹⁴⁸⁴ Vid. al respecto GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo...*, op.cit., pp. 473 y ss. En la jurisprudencia, destaca la STS de 17 de octubre de 1991 (Ar. 6930), que realiza un completo estudio sobre el estado de la cuestión bajo la LPA, afirmando que:

"en el sistema general de la Ley de Procedimiento Administrativo la caducidad opera únicamente cuando la paralización del expediente se produce precisamente por causa imputable al administrado, lo que remite a los procedimientos iniciados a instancia de persona interesada.

Ciertamente la doctrina ha sugerido la conveniencia de introducir la figura de la caducidad en los procedimientos incoados de oficio - especialmente en los sancionadores - en los que la inactividad de la Administración daría lugar a dicha caducidad. Pero este criterio doctrinal, que ha sido adoptado por nuestro ordenamiento jurídico en algún campo concreto (...) y que aparece recogido en un reciente proyecto de la Ley de Régimen Jurídico, Procedimiento Administrativo Común y Sistema de Responsabilidad de las Administraciones Públicas, no es el que inspira hoy el sistema de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo.

Ésta, en su art. 99, vincula el efecto extintivo propio de la caducidad precisamente a la paralización derivada de una causa imputable al administrado, de suerte que la inactividad de la Administración no puede provocar la caducidad aunque dé lugar a otras consecuencias - responsabilidad, silencio administrativo -.

Y este es el sistema de la Ley de Procedimiento Administrativo, que, por tanto, tiene virtualidad general, independientemente de que en alguna materia y por disposición expresa se establezca un régimen jurídico diferente".

¹⁴⁸⁵ Así, por ejemplo, GONZALEZ PEREZ, *El procedimiento...*, op.cit., pág. 539.

resolver el procedimiento".

En referencia a este precepto, lo primero que llama la atención es su ubicación. El párrafo transcrito se encuentra en el art. 43 LRJPAC, artículo que lleva por título el de "actos presuntos", y no en el art. 92 LRJPAC, donde, como se dijo, se contiene la regulación de la caducidad del procedimiento por inactividad de los interesados. La sistemática empleada nos parece defectuosa, por cuanto en los procedimientos iniciados de oficio la no resolución en plazo no produce un acto presunto, ni tiene efectos estimatorios o desestimatorios. Se trata de instituciones, como se advirtió, diversas. Por ello no nos parece acertada la situación del precepto comentado, la cual, como veremos, puede plantear algún concreto problema jurídico¹⁴⁸⁶.

Respecto al contenido, deben ser destacados los siguientes extremos:

-Se acepta la caducidad del procedimiento por ausencia de resolución en plazo en el caso de procedimientos iniciados de oficio, no en el caso de los iniciados a instancia de parte; respecto a éstos últimos entrará en juego la técnica del silencio o de la caducidad del procedimiento por inactividad de los interesados.

-Ha de tratarse de procedimientos de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos. Esta limitación fue introducida en el Dictamen de la Comisión del Senado, de 9 de octubre de 1992. La expresión utilizada no limita esta técnica a los procedimientos sancionadores, siendo su ámbito, por tanto, más amplio.

¹⁴⁸⁶ En las discusiones parlamentarias de la LRJPAC se tuvo en cuenta la anómala situación de la regulación de la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio, pero se argumentó que lo importante era que ésta existiese, con independencia de su ubicación. Vid. en este sentido las enmiendas 22 y 503 del Partido Nacionalista Vasco y del Partido Popular, respectivamente.

-La caducidad del procedimiento se produce cuando no se dicta resolución en el plazo estipulado normativamente y, además, transcurren otros treinta días desde el vencimiento de ese plazo.

-La falta de resolución en plazo no debe ser producto de una paralización del procedimiento debida a una causa imputable al interesado. Si lo es, no se producirá la caducidad del procedimiento, ya que se interrumpe el transcurso del plazo previsto para resolver hasta que desaparecen los impedimentos provocados por los particulares.

-Si se reúnen los requisitos exigidos legalmente y no se resuelven en plazo (más los treinta días preceptivos) los procedimientos, éstos "se entenderán caducados y se procederá al archivo de las actuaciones", a solicitud de cualquier interesado o de oficio. A propósito de este aspecto surge una vieja cuestión ya planteada bajo la vigencia del art. 99 LPA de 1958, relativa a si la caducidad se produce "ope legis", por el mero transcurso del tiempo, o bien si es preciso un acto administrativo que así lo constate, teniendo este acto valor constitutivo de la caducidad del procedimiento.

La doctrina que se había ocupado del tema se mostraba dividida sobre esta cuestión¹⁴⁸⁷. En nuestra opinión, esa discusión doctrinal tenía sentido en el marco en el que se inscribía - la caducidad del procedimiento iniciado a instancia de parte *por inactividad del interesado* -, donde la vertiente garantista del particular podía postular la limitación del juego de la caducidad, vinculándola a la necesidad de una resolución expresa de la Administración que debía notificarse al interesado, distinguiéndose por la jurisprudencia como situaciones distintas que el expediente quedara incurso en caducidad a que caducara¹⁴⁸⁸. Sin embargo,

¹⁴⁸⁷ Vid. GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo...*, op.cit., pp. 479 y ss.

¹⁴⁸⁸ En este sentido, STS de 15 de junio de 1983 (Ar. 3321), STS de 4 de noviembre de 1985 (Ar. 6302) y STS de 5 de octubre de 1982 (Ar. 6334).

Esta línea jurisprudencial ha sido recogida ahora explícitamente en el art. 92 LRJPAC.

el art. 43.4 LRJPAC se ocupa de procedimientos de oficio desfavorables para los particulares, por lo que el argumento garantista manejado postula ahora, justamente, la solución contraria, es decir que no sea precisa una resolución expresa para que se produzca la caducidad. Tesis que se ve reforzada por la interpretación literal del precepto, que en ningún momento exige resolución administrativa alguna, ni para declarar la caducidad ni, mucho menos, para constituir ésta¹⁴⁸⁹. Debe tenerse en cuenta, además, que la falta de resolución en plazo conlleva una vulneración del principio constitucional de eficacia y, en consecuencia del deber de buena administración, infracción que cristaliza en la caducidad procedimental, la cual se produce como mero efecto automático del transcurso del tiempo y de la existencia de malaadministración¹⁴⁹⁰.

-Otra cuestión referida al modo de producirse la caducidad del procedimiento es la referida a la *necesidad o no de la certificación de actos presuntos* regulada en el art. 44 LRJPAC. Argumentos en favor de la necesidad de certificación podrían hallarse mediante una interpretación sistemática de la LRJPAC, derivada de la deficiente ubicación del precepto, a la que ya hicimos referencia.

Así, el art. 44 LRJPAC exige la certificación para la eficacia de los actos presuntos, los cuales se encuentran recogidos en el art. 43 LRJPAC, precisamente el que también se refiere a la caducidad de la que nos estamos ocupando. En este sentido, una interpretación del texto del art. 44.3 en el que se señala que "la certificación que se emita deberá ser

¹⁴⁸⁹ Antes al contrario, el art. 42.1 exime de la obligación de resolver los supuestos de caducidad. SAINZ MORENO, F., "Obligación de resolver...", op.cit., pág. 150, entiende, no obstante que deberá existir una decisión final que ponga fin al procedimiento administrativo en virtud de la caducidad producida, aunque esa resolución es configurada por este autor como meramente declarativa de la caducidad producida.

¹⁴⁹⁰ Desde una perspectiva general en relación a la consideración de la institución de la caducidad como un hecho derivado del transcurso del tiempo y no como un acto, vid. GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo...*, op.cit., pp. 462 y ss., con cita de diversa doctrina.

comprensiva de la solicitud presentada *o del objeto del procedimiento seguido*" podría dar a entender que la alternativa se establece según se trate de procedimientos iniciados por solicitud del interesado (art. 43.2 y 43.3) o de los iniciados de oficio, es decir, precisamente el supuesto del art. 43.4. Además, el segundo párrafo del art. 43.1 indica que el vencimiento del plazo de resolución no exime a las Administraciones Públicas de la obligación de resolver, permitiéndoles que lo hagan hasta el momento en que se emita la certificación a que se refiere el art. 44, por lo que podría parecer que la caducidad del procedimiento no sería automática, pues la Administración podría resolver una vez pasados los treinta días desde el vencimiento del plazo estipulado, siempre que no se haya pedido la certificación.

Sin embargo, no consideramos que ésta sea la interpretación más coherente con la razón de ser de la caducidad del procedimiento. Como se argumentó con anterioridad, la caducidad se produce automáticamente, por el transcurso del tiempo previsto en el art. 43.4, y no da lugar a ningún acto presunto. Silencio y caducidad son dos instituciones distintas, con lógicas jurídicas diferentes¹⁴⁹¹. En los procedimientos desfavorables iniciados de oficio, el transcurso del plazo para resolver (más treinta días) produce la caducidad o perención, no un acto presunto, estimatorio o desestimatorio. En consecuencia, entendemos que no tiene sentido la certificación cuando se trata de supuestos de caducidad del procedimiento, donde no existe ningún acto administrativo al que dotar de eficacia.

A la luz del análisis efectuado, consideramos que la incorporación de la figura de la caducidad del procedimiento por inactividad administrativa en la LRJPAC es un acierto, por cuanto puede y debe contribuir a hacer operativos los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de eficacia (art. 103.1 CE) y celeridad procedimental. Ahora bien, también se ha

¹⁴⁹¹ En este sentido, vid. SAINZ MORENO, F., "Obligación de resolver...", op.cit., pág. 149, y MENENDEZ REXACH, A., "Procedimientos administrativos...", op.cit., pág. 259.

podido constatar como este mecanismo tiene, también, sus *límites*, puesto que el mismo actúa como mecanismo puramente *defensivo*. Como hemos constatado, sólo tiene virtualidad en los procedimientos administrativos iniciados de oficio y que son desfavorables para los particulares, *no en los que sean favorables ni en los iniciados a solicitud del interesado*. En el caso de los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución sea favorable a los ciudadanos, la caducidad del art. 43.4 no tiene sentido, puesto que la malaadministración no les puede afectar negativamente, ya que sino verían como la ineficacia al resolver determinaría, paradójicamente, que el procedimiento favorable a sus intereses caducara¹⁴⁹². En cuanto a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, tampoco tiene sentido aquí el juego de la caducidad del procedimiento, sino que entrará en escena la técnica del silencio administrativo, que dará lugar a un acto presunto.

Junto a las consecuencias ya aludidas, la falta de resolución administrativa en el plazo estipulado normativamente puede provocar la responsabilidad patrimonial y disciplinaria (arts. 42.3, 44.2, 74.2, 79.2 y 139 y ss. LRJPAC)¹⁴⁹³, así como la pérdida de la competencia

¹⁴⁹² En todo caso podría jugar la caducidad del art. 92 LRJPAC (por inactividad de los interesados), para el caso de que iniciado de oficio un procedimiento favorable se personen en el mismo interesados, en virtud de la obligación legal de la Administración de notificarles la existencia del mismo (art. 34 en conexión con el art. 31 LRJPAC), como pone de relieve SAINZ MORENO, F., "Obligación de resolver...", op.cit., pág. 150.

¹⁴⁹³ Sobre la responsabilidad patrimonial y disciplinaria por no resolver en plazo, vid. SAINZ MORENO, F., "Obligación de resolver...", op.cit., pp. 134 y ss. Respecto a la primera, el art. 78 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, señala específicamente que "La demora, sense causa justificada, en l'adopció de la resolució administrativa que posa fi al procediment iniciat a instància dels particulars, pot donar lloc a la responsabilitat patrimonial de l'Administració pels danys i perjudicis efectivament ocasionats, en els termes i els casos establerts per la legislació general sobre responsabilitat administrativa". SAINZ MORENO considera que la responsabilidad patrimonial de la Administración debe matizarse por la doctrina constitucional del "plazo razonable". En nuestra opinión, sin embargo, el "plazo razonable" es el fijado en la norma aplicable al caso, así como la modulación que del mismo haga la Administración en virtud de sus potestad de ampliar o reducir el plazo legal, con la pertinente justificación a la vista de las circunstancias del caso. Por tanto, los daños que se puedan causar a un particular por la no resolución en el plazo normativo previsto deben dar lugar en todo caso a la responsabilidad administrativa (cuando existan, por supuesto, los requisitos

para resolver por parte de la Administración ineficaz¹⁴⁹⁴. Sin embargo, ninguna de estas reacciones posibilitan el cumplimiento del deber administrativo de comportamiento ágil y rápido ni permiten que los derechos de los ciudadanos sean respetados, ofreciendo sólo soluciones alternativas (compensación económica) o que permiten desbloquear la ineficacia (pérdida de la competencia), pero que no pueden garantizar el cumplimiento del deber constitucional de pronta resolución.

Finalmente, debemos considerar la posibilidad de que la vulneración del deber constitucional de comportamiento eficaz comporte la *invalidéz* de la decisión finalmente adoptada. El art. 63.3 LRJPAC, copiando lo ya preceptuado por el art. 49 LPA de 1958, señala que "la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo". La jurisprudencia recaída bajo la vigencia del art. 49 LPA consagró la regla general conforme a la cual los actos administrativos realizados fuera del plazo previsto para

pertinentes para ello), salvo, claro está, que ese plazo haya sido ampliado por la propia Administración, de conformidad con el art. 42.2 LRJPAC, y la resolución recaiga dentro de la ampliación efectuada. Creemos que otra solución puede conducir a un arbitrario casuismo (¿cuando estará justificada la demora si no ha existido ampliación de plazo?) y a la posibilidad de que los particulares deben sufrir daños que, en definitiva, proceden de un supuesto de malaadministración.

¹⁴⁹⁴ En este sentido se inscribe la subrogación de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de la competencia municipal de concesión de licencias urbanísticas, prevista en el art. 9 RSCL. En relación a la misma y a su modulación por efecto del juego de la autonomía municipal, la STS de 18 de abril de 1995 (Ar. 4168) resume la doctrina jurisprudencial existente, según la cual esta técnica prevista en el art. 9 RSCL "no es sino una sustitución puntual en el ejercicio de una competencia municipal sujeta a un límite temporal, competencia que bien pudo ser actuada por el Ayuntamiento dentro del plazo establecido, si bien el principio de autonomía local ha obligado a la jurisprudencia a interpretar restrictivamente el alcance de la transferencia intersubjetiva de ejercicio de funciones que la subrogación acarrea siempre, e incluso entender que la competencia municipal subsiste en tanto el Ayuntamiento no recibe el requerimiento de la Comisión Provincial de Urbanismo para la remisión del expediente, y ello en base a que armoniza mejor con aquella autonomía el mantenimiento de la competencia municipal el mayor lapso de tiempo posible".

Sobre esta cuestión, vid. FONT LLOVET, T., "Les Llicències urbanístiques i l'autonomia municipal", *Món Jurídic*, núm. 119, 1994, pp. 32 y ss., y BARDAJÍ PASCUAL, G., "La intervenció administrativa en edificació urbana", en AA.VV. *Seminari sobre el règim urbanístic*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 121 y ss.

ello (art. 61.1 LPA) eran válidos¹⁴⁹⁵, siendo excepcional la invalidez por esta causa¹⁴⁹⁶.

A tenor de la regulación contenida en el anterior art. 49 LPA de 1958, hoy art. 63.3 LRJPAC, puede apreciarse como el ordenamiento jurídico vigente ha intentado encontrar un equilibrio entre las dos exigencias del principio constitucional de eficacia (actuación administrativa efectiva y rápida), decantándose, en principio, por la primera de ellas. Por ello, la actuación fuera de plazo no comporta la invalidez de lo actuado, salvo que, excepcionalmente, ésta solución deba imponerse a la vista de la específica trascendencia del factor temporal.

Ahora bien, aunque el actual art. 63.3 LRJPAC ha mantenido la dicción de la LPA, y por tanto parece que la jurisprudencia no habrá de variar en este punto, queremos llamar la atención sobre un aspecto. Se trata de la mayor importancia que la LRJPAC otorga, en su conjunto, al tiempo en la actividad administrativa, lo que debe conducir a que los supuestos de invalidez por esta causa aumenten a su amparo.

Efectivamente, si bien la invalidez deberá apreciarse caso por caso, a la vista de las

¹⁴⁹⁵ Vid. en tal sentido la numerosa jurisprudencia recogida en GONZALEZ PEREZ, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 3ª ed. 1989, pp. 423 y ss.

¹⁴⁹⁶ En este sentido, STS de 22 de enero de 1977, citada por GONZALEZ PEREZ, J., *Comentarios...*, op.cit., pág. 427: "Que la extemporaneidad de las actuaciones administrativas no determina - y así lo tiene declarado con reiteración la unánime jurisprudencia de esta Sala y de la Tercera y Quinta de lo Contencioso de este Alto Tribunal - la anulabilidad del acto, sino cuando, como dice el artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo el término o plazo infringido sea de tal naturaleza que por sí mismo imponga aquella nulidad. En lo concerniente a plazos legales para la realización de análisis de productos (materia objeto de esta litis) podría imponerse sin duda la expresada solución de nulidad si se demostrase que el producto por su propia naturaleza o por las deficientes condiciones en que hubiera sido conservado, hubiese corrido el riesgo de una alteración sensible en su composición por descomposición de sus elementos". También STS de 22 de julio de 1988 (Ar. 6328): "la regla de nuestro sistema - art. 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo - es la de que las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido son válidas de suerte que el defecto temporal no pasa de ser una mera irregularidad no invalidante; pero esta regla encuentra excepción en los supuestos en que el plazo constituye elemento esencial de la potestad administrativa actuada: éste es justamente el caso de la potestad sancionadora en la que el plazo, por razones de seguridad jurídica, intensifica su importancia".

concretas circunstancias, debe notarse que la regulación actual del silencio administrativo y de la caducidad conlleva la posibilidad de que aumenten los supuestos posibles. Así, en relación al silencio administrativo, debe tenerse en cuenta que una vez emitida la certificación, o transcurrido el plazo de veinte días existente para hacerlo, la Administración no puede ya resolver expresamente (art. 43.1 y 44 LRJPAC)¹⁴⁹⁷. Lo que significa que en caso de hacerlo, el acto administrativo expreso tardío sería *nulo de pleno derecho*, por cuanto se habría intentado revocar o revisar un acto presunto válido y eficaz sin seguir el procedimiento adecuado para ello (art. 62.1 e)). Este sería un supuesto en que el factor tiempo determinaría la invalidez del acto administrativo, de conformidad con el art. 63.3 LRJPAC en conexión con el 62.1 e) LRJPAC¹⁴⁹⁸.

En cuanto a la caducidad del procedimiento (art. 43.4 LRJPAC), ya sabemos que el transcurso del plazo estipulado para resolver, más el de un plazo adicional de 30 días, conduce a la caducidad de los procedimientos de oficio desfavorables para los ciudadanos.

¹⁴⁹⁷ En este sentido, SAINZ MORENO, F., "Obligación de resolver...", op.cit., pág. 147, y el Dictamen del Consejo de Estado núm. 423/94, de 2 de junio.

¹⁴⁹⁸ En este sentido, el art. 63.3 se refiere sólo a la anulabilidad del acto por transcurso del tiempo establecido; hubiera sido más correcto referirse a invalidez, para englobar situaciones como la que ahora se describe.

Debe matizarse, sin embargo, que lo afirmado en el texto, aplicable en principio para el silencio positivo o negativo, ha sido modulado en referencia a éste último y a las resoluciones tardías estimatorias por la STS de 30 de enero de 1997 (Ar. 1340). Esta sentencia, partiendo de la consideración del silencio negativo como una ficción jurídica, acepta la posibilidad de que tras la certificación del silencio negativo se produzca una resolución estimatoria expresa. El fundamento jurídico en que se basa la sentencia es que la resolución tardía favorable al particular es, en realidad, una revocación del acto presunto desestimatorio, realizada al amparo del art. 105.1 LRJPAC. Esta argumentación ya había sido manejada por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1545/95, de 27 de julio, y trata de salvar así el problema planteado por la imposibilidad de resolver tras la expedición de la certificación, incluso cuando la resolución tardía vaya a ser favorable a los intereses del particular, que se deriva de la consideración del silencio negativo como acto presunto en los arts. 43 y 44 LRJPAC. Cabría plantearse, sin embargo, si la consideración de la resolución tardía como revocación del acto presunto negativo no tropieza con el problema de la ausencia de un procedimiento específicamente dirigido a tales efectos, procedimiento (no formalizado, como ya sabemos) que no coincidiría con el originariamente seguido para resolver, y que debería incluir, por ejemplo, la audiencia a terceros interesados en el mantenimiento del acto presunto desestimatorio.

En consecuencia todo acto administrativo emitido con posterioridad a este momento, por ejemplo la imposición de una sanción, será inválido, por cuanto contravendrá la LRJPAC, la cual establece que lo que procede en estos casos es el archivo de las actuaciones (art. 43.4 en conexión con art. 63.1 y 63.3). Es más, desde nuestro punto de vista, la emisión de un acto desfavorable o de gravamen como fruto de un procedimiento ya caducado debe provocar la *nulidad de pleno derecho* del mismo, por vulneración del art. 24.2 CE, de acuerdo con los arts. 62.1 a) y 63.3 LRJPAC.

Como es sabido, el TC en diversas sentencias ha ido construyendo una doctrina en torno al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, recogido en el art. 24.2 CE, de aplicación en cualquier tipo de proceso judicial¹⁴⁹⁹. Según la misma, de acuerdo con el concepto de "plazo razonable" recogido en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, ha de ser dotado en cada caso de concreto contenido. Los criterios objetivos manejados en esa concreción particularizada deberán suponer una ponderación de elementos tales como la complejidad del asunto objeto de enjuiciamiento, el comportamiento del recurrente o la diligencia empleada por el órgano judicial, así como las consecuencias que se deriven de la demora para los litigantes.

Entendemos que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, referido, en principio, como hemos visto, a los procesos judiciales, debe ser aplicable, con las modulaciones oportunas, a los procedimientos administrativos iniciados de oficio susceptibles de producir actos desfavorables para los interesados, como por ejemplo los procedimientos

¹⁴⁹⁹ Vid., por ejemplo, STC 24/1981, de 14 de julio, STC 36/1984, de 14 de marzo o STC 223/1988, de 24 de noviembre. En la doctrina, por todos, vid. GONZALEZ PERES, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 212-226, y MUÑOZ MACHADO, S., "El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos: las indemnizaciones debidas", *REDA*, núm. 25, pp. 310 y ss.

sancionadores¹⁵⁰⁰. Cuando en esta clase de procedimientos administrativos no se resuelve en el plazo fijado, ni en el suplementario de treinta días establecido por el art. 43.4 LRJPAC - si tal inactividad no es imputable al interesado y la Administración no ha hecho uso de su potestad de ampliación justificada del plazo para resolver - no cabe ya dictar un acto administrativo tras el transcurso de este tiempo. Si así se hace, pese a estar ya caducado el procedimiento administrativo, entendemos que esa resolución vulneraría el art. 24.2 CE, al ser producto de un procedimiento administrativo con dilaciones indebidas que ha dado lugar a una decisión emitida en un plazo no razonable. El "plazo razonable" que se ha vulnerado viene fijado en este caso por la propia LRJPAC, que alarga el original plazo de resolución normativo en 30 días más.

Consideramos que la nulidad de pleno derecho (arts. 62.1 e) y 63.3 LRJPAC), por vulneración del art. 24 CE, de los actos administrativos desfavorables emitidos una vez el procedimiento ha caducado, potencia tanto el juego del deber de eficacia del art. 103.1 CE y del principio de celeridad procedimental como, señaladamente por el tipo de procedimientos administrativos a que nos referimos, el fundamental *principio de seguridad*

¹⁵⁰⁰ FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón, "Los principios constitucionales...", pág. 123, considera que este derecho fundamental es aplicable a todo tipo de procedimiento administrativo. Creemos que en todo procedimiento administrativo, favorable o no para el particular, existe un deber constitucional de actuación rápida, y en consecuencia un derecho a que la Administración desarrolle su actividad lo más prontamente posible y, en todo caso, dentro de los plazos normativamente fijados. Sin embargo, este derecho entendemos que no es un derecho fundamental derivado del art. 24.2 CE, sino que surge del deber de comportamiento eficaz del art. 103.1 CE. En el caso de los procedimientos desfavorables para los ciudadanos, por las razones que se exponen en el texto creemos que, además, rige también un derecho a un procedimiento administrativo sin dilaciones indebidas, derivado, este sí, del art. 24.2 CE. El enfoque propuesto es, además, coherente con la jurisprudencia constitucional, que como es conocido considera aplicable el art. 24 CE a los procedimientos administrativos sancionadores, aunque, en nuestra opinión, tal doctrina, como ya se expuso, debería ser extensible a todos los procedimientos desfavorables para los particulares, no únicamente a los sancionadores.

jurídica del art. 9.3 CE¹⁵⁰¹.

Tras la exposición realizada, se ha podido apreciar como el conjunto de reacciones jurídicas previstas en nuestro ordenamiento ante la falta de agilidad procedimental de la Administración, si bien ha mejorado con la LRJPAC, es insuficiente para garantizar el cumplimiento del deber constitucional de eficacia y los derechos e intereses de los particulares. Todas ellas - a excepción del silencio positivo, aunque éste también presente las limitaciones a que hemos aludido - están dirigidas a proteger la esfera jurídica de los particulares, actuando a modo de blindaje ante la ineficacia administrativa. Sin embargo, con ser todos estos mecanismos necesarios, no pueden ser la solución para lograr, en positivo, que la Administración administre bien, al resolver pronta y adecuadamente.

En este sentido, es necesario recordar de nuevo que el potenciamiento de la eficacia administrativa pasa, necesariamente por la dotación de los suficientes medios materiales y humanos para evitar la lentitud. Si bien nos enfrentamos ante una cuestión política, no podemos dejar de resaltar que debería considerarse el hecho de que la lentitud en el desarrollo de las funciones administrativas es, en sí misma, un factor de costes. Las resoluciones administrativas tardías, cuando no son inválidas, suponen frecuentemente una frustración de los intereses de los ciudadanos y un entorpecimiento para la adecuada marcha de la economía. Por otro lado, el retraso en la resolución puede comportar la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Todo ello debe ser ponderado a la hora

¹⁵⁰¹ Sobre las conexiones de la caducidad del procedimiento con los principios constitucionales de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y eficacia, vid. TRAYTER, J.M. *El dret disciplinari de la funció pública*, EAP, Barcelona, 1992, pp. 366 y ss.

Sobre esta cuestión, es destacable la STS de 26 de mayo de 1992 (Ar. 3937), la cual, en el ámbito de un proceso de la Ley 62/1978, negó que la sanción impuesta fuera del plazo del art. 61 LPA provocara una vulneración del art. 24 CE. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la sentencia se dicta bajo la vigencia de la LPA, en la que ni siquiera estaba reconocida la caducidad del procedimiento por inactividad administrativa. En la actualidad, la regulación del art. 43.4 y sus conexiones con los principios constitucionales aludidos deben conducir a entender vulnerado el art. 24 CE cada vez que la Administración imponga una sanción estando el procedimiento caducado.

de establecer la pertinente organización administrativa, ya que un aparente ahorro de medios inicial puede redundar, en la práctica, en una mala administración generadora de cuantiosos dispendios, lo que contraviene, por otro lado, el principio constitucional de eficiencia (art. 31.2 CE)¹⁵⁰².

En segundo lugar, el legislador sectorial puede contribuir al logro de la eficacia administrativa estableciendo sectorialmente "plazos razonables" de resolución, que permitan a la Administración cumplir con sus deberes constitucionales de objetividad y rapidez. Debe descartarse, sin embargo, el intento de lograr el aceleramiento administrativo con la simple reducción de los plazos para realizar trámites o resolver el procedimiento, solución que además de no poseer valor taumatúrgico puede tener desafortunados efectos secundarios, al impedir que pueda cumplirse el deber de ponderación derivado del principio de objetividad¹⁵⁰³. Además, sectorialmente es necesario impulsar la reflexión y el (re) diseño de procedimientos, en su caso acompañando esta operación de reestructuraciones

¹⁵⁰² En relación a la duración de los procedimientos administrativos como un factor de costos, vid. BULLINGER, M., "La Administración...", op.cit., pp. 107 y ss.

¹⁵⁰³ Un ejemplo de lo que se señala en el texto lo ha constituido el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales. Esta norma contenía una serie de modificaciones en su art. 3 orientadas a "simplificar los procedimientos y a acortar los plazos vigentes" según reza la exposición de motivos. Este precepto introducía un acortamiento en los plazos previstos para la tramitación y aprobación del planeamiento urbanístico. Así, por ejemplo, se indicaba que las informaciones públicas en ningún caso podrían exceder de dos meses, cambiando así la regulación existente hasta el momento en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, la cual establecía un periodo mínimo de un mes.

No nos parece acertada esta forma de legislar, que pretende lograr la celeridad administrativo con la simple reducción de plazos, sin un análisis en profundidad de la cuestión. Reducción que por otro lado puede ser contraproducente, por cuanto no todos los planes urbanísticos son iguales, y puede perfectamente ocurrir que, por las concretas circunstancias de un municipio, sea oportuno abrir una información pública superior a dos meses, lo que, de acuerdo con esta norma, no sería posible.

En cualquier caso, debe destacarse la inoperancia de este Real Decreto-Ley en este concreto punto. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la competencia estatal sobre estas materias estaba considerada en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, simplemente como supletoria de la regulación autonómica. En segundo lugar, la STC 61/1997, de 20 de marzo, ha declarado inconstitucional esta regulación estatal, al no ser la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE un título competencial que habilite al estado para legislar en esta materia, en la que todas las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva.

organizativas, a fin de lograr la simplificación y la celeridad en la tramitación de los procedimientos¹⁵⁰⁴. Esta preocupación puede hallarse latente, por ejemplo, en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, en cuya exposición de motivos se destaca su voluntad de configurar "una actuación administrativa responsable, ágil, neutral, rigurosa, cierta y flexible", asegurada con "la atribución de competencias a un órgano especializado" y "un procedimiento detallado".

Por otro lado, las normas sectoriales, así como la propia consciencia administrativa de la importancia del tiempo, pueden favorecer el uso de medidas que potencien la agilidad en la toma de decisiones. En este sentido, el uso de fórmulas consensuales en el procedimiento puede ayudar a obtener la aceleración buscada. El uso de mediadores para procedimientos de especial complejidad (planificaciones urbanísticas, etc.) puede coadyuvar no sólo a la aceptación de la decisión final, sino, a la vez y en conexión con esa aceptación, a la celeridad en la toma de decisiones en la que se ven envueltos numerosos datos e intereses¹⁵⁰⁵. Por ello, la potenciación en el uso de la figura del responsable del procedimiento y de la terminación convencional, así como su aplicación en el ámbito de las informaciones públicas puede contribuir a acelerar la elección de la solución adecuada para el interés general. Además, la utilización de mediadores procedimentales a solicitud de interesados podría incluso ser objeto de pago por éstos, previo establecimiento de la oportuna regulación que así lo estableciera. Pensemos, por ejemplo, en empresas especialmente

¹⁵⁰⁴ Vid. *supra* en este mismo Capítulo el epígrafe 1.3, dedicado al deber de comportamiento coordinado, en referencia a la experiencia catalana de las Oficinas de Gestión Unificada. En Italia, puede consultarse la Ley de 15 de mayo de 1997, de "misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo". Vid. *infra* el Capítulo VI en su epígrafe 1, referido al papel de la regulación procedimental.

¹⁵⁰⁵ Destaca las posibilidades aceleratorias de las fórmulas consensuales en el procedimiento BROHM, W., "Sobre la aceleración...", op.cit., pp. 377 y ss.

interesadas en obtener una resolución rápida de sus solicitudes de autorización, por motivos de mercado. No veríamos inconveniente jurídico alguno en que, entre los servicios que se ofrecieran asociados al procedimiento, se incluyera la existencia de un responsable del procedimiento encargado de agilizar la toma de decisión. Servicio que podría ser objeto de pago por la propia empresa interesada en obtener un procedimiento especialmente rápido¹⁵⁰⁶. El pago de este servicio extra, contemplado en la pertinente norma, no contravendría a nuestro entender el ordenamiento jurídico, y permitiría responder a las demandas de aceleración administrativa del mercado¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰⁶ En este sentido, BULLINGER, M., "La Administración...", op.cit., pág. 111: "resultaría lógico, por tanto, ajustarse de manera decisiva a las necesidades de urgencia de las empresas solicitantes, esto es: a su *demanda* de un procedimiento de urgencia, siempre y cuando exista por parte de éstas una *disposición a pagar* los mayores costos. Esto es bien evidente en relación con otros campos de la Administración prestacional. Una carta, por ejemplo, sólo se despacha con más rapidez por el servicio de Correos si el remitente así lo desea y satisface el suplemento por urgencia. Quien en Francia quiere utilizar uno de los trenes superrápidos (los *TGV*) tiene que pagar unos suplementos cuya cuantía está en relación con lo intensa que, en la hora de salida del tren, sea la demanda de transporte urgente. También el procedimiento para instalaciones industriales, tal y como ya se ha mostrado, supone para el empresario solicitante una prestación por parte de la Administración en orden a la evaluación de los riesgos y a la composición de intereses. Toda empresa que presenta una solicitud ha de soportar en cualquier caso las tasas y los costos del procedimiento normal. El suplemento por urgencia causado por la designación de un director de proyecto resultaría, pues, conforme con el sistema".

¹⁵⁰⁷ Respecto al principio de gratuidad, considerado por algunos autores, no todos, como un principio procedimental, debe señalarse lo siguiente. En primer lugar, este principio no consideramos que tenga anclaje constitucional, por lo que disentimos del LOPEZ MENUDO, F., "Los principios...", op.cit., pág. 55, quien lo conecta con el art. 24 CE. Ese mismo razonamiento debería hacer gratuitos también los procesos judiciales, lo que, evidentemente no sucede. En nuestra opinión, tal principio es legal, y no es un principio absoluto. La propia LRJPAC lo relativiza, al señalar en su art. 81.3 que "en los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. La liquidación de los gastos se practicará uniendo los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los mismos", precepto que, por tanto, exceptúa por motivos razonables el principio. Por otro lado, la Disposición Adicional Cuarta LRJPAC prevé que "las tasas que generen las actuaciones del procedimiento administrativo se exigirán de acuerdo con lo que disponga la norma que las regule", como en la práctica ocurre con alguna frecuencia.

En consecuencia, no advertimos inconveniente alguno para que la petición del nombramiento de un responsable del procedimiento para la agilización extraordinaria de una solicitud pueda correr por cuenta del interesado; pago que, obviamente, nada tiene que ver con la concesión o no de lo pedido, pues en tal caso nos desplazaríamos de las medidas tendentes al logro de la eficacia

En definitiva, el deber constitucional de eficacia - en sus dos vertientes de servicio efectivo, real de los intereses generales y de comportamiento ágil y rápido - es contrario al formalismo, entendido como vimos como tendencia a concebir las cosas como formas y no como esencias. Sin embargo, la eficacia no rechaza el procedimiento administrativo, sino que, al contrario, éste debe ser instrumento de aquélla. La eficacia demanda un procedimiento administrativo, pero que sea flexible, simple, ágil, esté o no formalizado. La eficacia, en cambio, se opone a la acumulación de papeles y trámites minuciosos e inútiles, concebidos y aplicados como una carrera de obstáculos para los derechos de los ciudadanos y para el servicio al interés general¹⁵⁰⁸.

NIETO¹⁵⁰⁹ señala que "la Administración Pública española es esencialmente formalista. Su objeto son los papeles, los expedientes, y no la realidad. Se considera que la tarea queda cumplida cuando aparece un decreto en el *Boletín Oficial del Estado*, cuando se resuelve el expediente de una contratación, cuando se procede a un nombramiento, cuando se desestima un recurso. La consecuencia que todos estos actos puedan tener en el mundo de la realidad, es algo que apenas interesa. Los éxitos y los fracasos de los funcionarios dependen de la tramitación de los expedientes, no de sus realizaciones materiales". Para este autor, si bien "este rasgo es característico de todas las organizaciones burocráticas" en el caso de España "se llega a una exacerbación total, agravada por la ausencia de

administrativa y entraríamos en el ámbito de las responsabilidades penales.

En relación al principio de gratuidad y a sus excepciones, vid. por todos, FANLO LORAS, A., "Disposiciones Generales...", op.cit., pp. 239 y 240.

¹⁵⁰⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 457, ponen de relieve, en relación a lo que denominan el principio procedimental de *in dubio pro actione* que "el procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquélla dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares".

¹⁵⁰⁹ NIETO, A., *La "nueva" organización...*, op.cit., pp. 197 y ss.

responsabilidad y por la magnificación de las garantías de los particulares". Éstas provocan regulaciones procedimentales prolijas y detallistas, lo que conduce a que "la tramitación exige unos requisitos tan complicados e innumerables que al menor descuido salta la nulidad". Por otro lado, el funcionario tiene una tendencia a resguardarse en el papel, pues "en cuanto a lo que a la responsabilidad se refiere, nunca se exige al funcionario que no ha hecho nada con tal que haya cursado debidamente los expedientes. Si las cuentas cuadran en el papel, su actuación es correcta, aunque se haya construido un puente donde no hay río o se haya subvencionado a un especulador". En última instancia, la acumulación de trámites y papeleo a fin de evitar impugnaciones y responsabilidades conduce a la ineficacia que es "la manifestación más notoria y más escandalosa de la vida administrativa y cuyo remedio se pide con más energía". El funcionamiento administrativo, exista procedimiento formalizado o no, se rige por la rutina, "que el el verdadero criterio inspirador de la actividad administrativa. Los trámites se repiten mecánicamente de manera indefinida y si la legislación los ha recogido, se aplicará literalmente la norma (formalismo) y si no los ha recogido, o hay una regulación distinta, no se aplicará, apoderándose por prácticas tradicionales (antiformalismo). Lo esencial es la repetición, pasando por alto si la práctica es perniciosa o si han cambiado las circunstancias".

Pues bien, el principio constitucional de eficacia contiene un mandato de comportamiento administrativo diametralmente opuesto a la situación descrita. En primer lugar, es responsabilidad del legislador y de la propia Administración diseñar procedimientos adecuados, que permitan actuar como test de efectividad y aceptación de las decisiones, las cuáles deben ser adoptadas a la mayor prontitud posible, mediante trámites que permitan no omitir ni negligir la necesaria ponderación de las circunstancias del caso, pero sin

sobrecargar el procedimiento¹⁵¹⁰.

A la Administración corresponde concienciarse del papel del procedimiento como factor de aceptación y aceleración de su actividad de servicio al interés general, cumpliendo sus deberes procedimentales a través de los oportunos trámites, estén éstos formalizados o no. En este sentido, el papel a desempeñar por el instructor del procedimiento es crucial¹⁵¹¹.

Finalmente, el control judicial debe analizar el *iter* procedimental seguido, detectando aquellos vicios que hayan impedido el cumplimiento de los deberes constitucionales del art. 103.1. En este sentido, es frecuente la afirmación de que el principio de eficacia conlleva la debilitación de la trascendencia de los vicios procedimentales¹⁵¹². Esta afirmación, sin embargo debe matizarse. Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta cuestión¹⁵¹³, debe adelantarse ahora que el principio de eficacia debe conducir a relativizar aquellos defectos formales o vicios de procedimientos leves que no impidan el cumplimiento del deber de buena administración. Pero, por el contrario, precisamente el principio de eficacia debe potenciar el control judicial de las omisiones o cumplimientos defectuosos del procedimiento que supongan un incumplimiento del deber de actuación eficaz, es decir de reflexiva ponderación sobre las consecuencias de la decisión a adoptar y el grado de aceptación que la misma despierta en el cuerpo social.

¹⁵¹⁰ Vid. al respecto *infra* Capítulo VI.1.

¹⁵¹¹ Vid. *infra* Capítulo VI.2.

¹⁵¹² Por todos, SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 136.

¹⁵¹³ Vid. *infra* Capítulo VI, epígrafe 3.

5. Procedimiento administrativo, eficiencia y economía. Viabilidad económica, menor costo posible y análisis coste-beneficio en la toma de decisiones administrativas.

Destacamos en su momento la virtualidad y limitaciones de los principios constitucionales de eficiencia y economía como guías orientadoras del comportamiento administrativo¹⁵¹⁴. El art. 31.2 CE y la legislación a que aludimos imponen, necesariamente, la consideración de los aspectos económicos de la actividad de la Administración Pública, al consagrar la existencia de los deberes jurídicos de actuación eficiente y económica, integrantes del mandato más genérico de buena administración.

La concreta aplicación de los principios de eficiencia y economía en el día a día de la actividad administrativa puede contar con un preciso instrumento jurídico: *el procedimiento administrativo*. El seguimiento de éste puede permitir que los criterios constitucionales referidos al comportamiento económico administrativo cobren vida en la realidad, con unos efectos prácticos, como veremos a continuación, de gran interés. Por ello, las siguientes líneas se van a dedicar al estudio del modo en que pueden articularse, en la actividad cotidiana administrativa, los principios de eficiencia y economía, mediante el procedimiento administrativo.

La conexión entre comportamiento eficiente y económico y procedimiento administrativo aparece con claridad. Siendo el procedimiento administrativo el modo de desarrollo de la función administrativa, y debiéndose ésta desarrollar conforme a criterios de eficiencia y economía (art. 31.2 CE, 3.2 LRJPAC, 3 LOFAGE), el procedimiento administrativo debe permitir y coadyuvar al comportamiento eficiente y económico en el

¹⁵¹⁴ Vid. supra Capítulo IV.2.2 b).

servicio a los intereses generales. Esta conexión entre los principios de eficiencia y economía se subraya explícitamente en el art. 74 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, el cual establece lo siguiente:

"La tramitació administrativa s'ha de dur a terme d'acord amb els principis d'*economia*, *celeritat*, *eficàcia* i *eficiència*, que han de presidir les actuacions que aquesta Llei estableix".

El procedimiento administrativo, pues, debe ser una herramienta útil para que la actuación en el servicio a los intereses generales sea eficiente y económica. El procedimiento ha de permitir *conocer y ponderar* el impacto económico de las decisiones a adoptar, para así, seleccionar conforme, entre otros, a los criterios de eficiencia y economía la alternativa más adecuada al interés general.

Esta primera aproximación ya nos muestra la trabazón jurídica existente entre estos dos principios y el de *objetividad*. Como ya nos consta, éste último impone un deber jurídico de conocimiento suficiente de las circunstancias del caso concreto y de ponderación de las mismas antes de decidir. Pues bien, entre los antecedentes que fundamenten la resolución deberán constar los extremos precisos que acrediten los datos económicos necesarios para conocer las consecuencias jurídicas de la decisión a adoptar, debiendo ser objeto tales datos de una valoración dirigida a ponderar cómo se van a emplear los recursos públicos en el servicio, más adecuado posible, al interés general.

En la evaluación de los aspectos económicos envueltos en la toma de la decisión, la Administración, de conformidad con los principios de eficiencia y economía, deberá tomar

en consideración diversos aspectos.

En primer lugar, y ante todo, el análisis administrativo previo a la toma de la decisión deberá ponderar, a la vista de los datos económicos introducidos en el procedimientos, si la alternativa o alternativas manejadas son *viabiles económicamente*. El criterio de la *viabilidad económica*¹⁵¹⁵, conectado con el de eficiencia por cuanto éste exige la maximización de los recursos públicos disponibles, exige tener en cuenta los recursos realmente disponibles y los costes previstos para la ejecución de la alternativa que se pretende elegir. Cuando el volumen de costes supera al de recursos, la decisión aparece como inviable y por tanto ineficiente. La viabilidad de las decisiones administrativas aparece también conectada con los deberes de actuación *racional* (art. 9.3 CE) y *eficaz* (103.1 CE), así como con el límite jurídico que representa el principio de *proporcionalidad*. Un comportamiento racional exige que, antes de adoptar una decisión, se tenga en cuenta si hay o no los medios precisos para llevarla a la práctica. El principio de eficacia, en cuanto deber de efectividad del servicio al interés general, demanda que no se adopten decisiones que no trasciendan más allá del mero papel. Finalmente, el subprincipio de *idoneidad o aptitud*, integrante como sabemos del de proporcionalidad, impide que se adopten decisiones inservibles o inútiles para el fin que se pretende lograr.

En segundo lugar, descartadas las alternativas inviables, los principios de eficiencia y eficacia demandan *el análisis del resto a la luz de sus consecuencias económicas*. Ahora bien, el presupuesto para esta evaluación económica es que se cumpla el deber de eficacia,

¹⁵¹⁵ La normativa sectorial acoge este criterio de viabilidad económica explícitamente. Así, por ejemplo, los arts. 74 y 83.4 del RP, en referencia a la ordenación urbanística. El primero señala que los Programas de Actuación Urbanística contendrán un estudio económico-financiero que "justifique la viabilidad" de los mismos, "en función de los recursos de financiación del adjudicatario o del órgano urbanístico actuante". El segundo establece que los Planes Especiales de Reforma Interior deberán contener "un estudio completo de las consecuencias sociales y económicas de su ejecución, justificando la existencia de medios necesarios para llevarla a efecto...".

es decir, que realmente las alternativas sirvan efectivamente al interés general. Si tal requisito concurre, entonces los criterios de eficiencia y economía deben ayudar, como guía de orientación de la discrecionalidad, a valorar cuáles son los cursos de acción que comportan una maximización de los objetivos perseguidos, una minimización de los recursos empleados y/o un ahorro de los medios inicialmente previstos.

En este sentido, uno de los criterios integrantes del principio de eficiencia es el del empleo, estando asegurado el mismo nivel de eficacia, de los menores recursos públicos posibles. Un ejemplo de manejo implícito del principio de eficiencia en este sentido lo constituye la STS de 11 de junio de 1991 (Ar. 4874).

La sentencia conoce de la impugnación de un acuerdo del Ayuntamiento de Madrid, por el cual se decidía el concurso convocado y se adjudicaba el contrato para la realización de las obras de construcción de unos centros sociales. Al concurso se habían presentado cinco empresas distintas. En el expediente administrativo constaba un informe de un Arquitecto municipal, en el que se daba cuenta de que si bien todos los concursantes habían introducidos bajas en el precio, la de mayor entidad era la de una empresa determinada, que luego resultó no ser la adjudicataria. El informe explicaba que después de hecho un "detenido estudio técnico de todos los documentos aportados" y teniendo en cuenta por otro lado "los datos existentes en el Departamento", el Arquitecto firmante concluía que cualquiera de las empresas que concurrían "tiene un alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes de personal y maquinaria para acometer una obra del volumen y de las características del caso que nos ocupa".

El contrato fue finalmente adjudicado a "S.J.S.A", por "considerar su proposición conveniente para los intereses municipales al representar una baja del 7,3251 por 100 respecto del precio tipo", a pesar de que su baja en el precio no era la más importante.

A la vista de todo ello, la empresa que había presentado la baja de más entidad en el precio decide recurrir la adjudicación, originando la sentencia que pasamos a comentar.

Partiendo de los datos expuestos, la sentencia determina que "el tema a examinar es el de si la decisión municipal que adjudicaba el contrato a "S.J.S.A", cuya baja en el precio no era la más importante se ajustaba o no a Derecho teniendo en cuenta las características del concurso y las exigencias a las que en un Estado de Derecho debe responder la actuación de las potestades discrecionales". El Tribunal nota que "la Administración, invocando el principio de los actos propios, ha venido insistiendo a lo largo del proceso en que la apelante consintió las bases del concurso que advertían de la discrecionalidad de la decisión", pero que, sin embargo, "lo discutido no son esas bases sino, como ya se ha dicho, la legalidad de la actuación de la Administración al resolver el concurso".

Tras realizar una serie de consideraciones generales sobre el papel de los principios generales del Derecho, y en concreto de los "principios de buena administración", como inspiradores de la actuación administrativa, el TS, entrando en el fondo del asunto, señala que "de lo expuesto deriva ya claramente que la justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de su discrecionalidad aceptada por los participantes en un concurso", pues "la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad y, en lo que ahora importa, de buena administración".

Como el TS reconoce, de acuerdo con la legislación de contratos (art. 28 de la Ley de Contratos del Estado, ahora derogado por el art. 75 LCAP), la decisión de un concurso debe consistir en la elección de la "proposición más ventajosa", sin tener en cuenta "sólo criterios económicos sino atendiendo también a otros datos que puedan asegurar el buen fin del contrato". Ahora bien, cuando "esos datos se producen en términos de igualdad, los

principios de buena administración imponen una decisión basada en criterios económicos: en igualdad de "alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes" para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución".

En función de este razonamiento, - junto a otro paralelo basado en la consideración de la proposición "más ventajosa" como un concepto jurídico indeterminado en el que ahora no nos detendremos - el TS concluye que existe "una vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", por lo que anula la adjudicación. Además, el tribunal entiende que "la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el contrato a la parte hoy apelante y así ha de declararlo esta Sala que en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial - art. 24.1 de la Constitución - puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya base para ello en los autos".

Dejando ahora de lado la cuestión de la sustitución judicial de la decisión administrativa de adjudicación del concurso¹⁵¹⁶, nos interesa ahora resaltar el manejo

¹⁵¹⁶ En nuestra opinión, el TS debió limitarse a anular la decisión. Efectivamente, la ausencia de motivación administrativa sobre el porqué adjudicó el contrato a una empresa que no era la que presentaba la mayor baja respecto del precio tipo es ya, por sí misma, causa de invalidez, puesto que causa indefensión, vulnera el deber de racionalidad (art. 9.3 CE) y revela una ausencia de ponderación administrativa, necesaria como sabemos a la luz del principio de objetividad. Sin embargo, los criterios que puede tener en cuenta la Administración para adjudicar un concurso son muy amplios (actual art. 87 LCAP, pudiendo incluso declararse desierto, art. 75.2 LCAP), incluyendo aspectos que rebasan los manejados en el informe del Arquitecto municipal y en la sentencia. Era posible, entonces, que fuera más conveniente para el interés general, valoración que corresponde efectuar a la Administración, adjudicar el contrato a una de las otras cuatro empresas, teniendo en cuenta diferencias en otros criterios, a parte del precio, siempre y cuando se hubiera motivado el porqué. La sentencia no debió sustituir a la Administración en este caso, por cuanto la potestad necesitaba una valoración administrativa, por lo que no existía un derecho subjetivo típico o activo del recurrente a obtener la adjudicación. Tras la anulación de la decisión, hubiera sido posible que la Administración tomara la misma decisión, adjudicara el contrato a una de las otras cuatro empresas o declarara desierto el concurso, siempre que hubiera motivado adecuadamente (de forma suficiente y racional) la razón de su decisión y no existieran indicios de desviación de poder.

implícito que la sentencia efectúa de los principios de economía y eficiencia, confundiéndolos, sin embargo, con el de racionalidad, derivado, como sabemos, del art. 9.3 CE¹⁵¹⁷. Efectivamente, los principios de buena administración, más concretamente los citados, deben orientar el desarrollo de la actividad administrativa. Ello significa que un comportamiento eficiente y económico implica la toma en consideración, la ponderación, del criterio del menor costo posible de recursos públicos, junto con otros criterios no económicos¹⁵¹⁸.

Debe tenerse presente, además, que cuando se trata de actividad de limitación, el criterio de buena administración del menor costo posible, cumpliéndose en todo caso el de eficacia, puede enlazar e interaccionar con el subprincipio de *necesidad*, propio del principio de proporcionalidad, el cual, como sabemos, establece un límite, por cuanto impide, estando a salvo la eficacia en el servicio al interés general, el sacrificio excesivo e innecesario de los derechos de los particulares¹⁵¹⁹. En el ámbito expropiatorio, por ejemplo, eficiencia y proporcionalidad aparecen, generalmente, como dos caras de la misma moneda, la primera actuando como guía y la segunda como límite de la actividad administrativa; la alternativa

¹⁵¹⁷ En este sentido, GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico...*, op.cit., pág. 185, al comentar esta sentencia, señalan que el principio de eficiencia late en la argumentación expuesta del TS.

¹⁵¹⁸ Criterio del menor coste que, por ejemplo, en el ámbito de la adjudicación de los contratos por concurso no se ciñe exclusivamente a la mejor oferta económica. El art. 87 LCAP señala que junto al precio deberán hacerse servir otros criterios objetivos, poniendo una serie de ejemplos como "fórmula de revisión", "coste de utilización", "rentabilidad", "posibilidad de repuestos", "mantenimiento", "asistencia técnica" o "servicio postventa". Estos criterios, y otros semejantes, tienen una trascendencia económica, por cuanto pueden, desde una perspectiva global, abaratar o encarecer la decisión a adoptar. En consecuencia, la evaluación económica deberá tenerlos presentes para calibrar cuál sea el menor coste posible.

¹⁵¹⁹ Recordemos en este sentido el art. 3 b) de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, el cual indica que es un principio de actuación administrativa en este sector el de "satisfacción de las necesidades de la comunidad con el máximo grado de eficacia y con el mínimo coste social".

que presente el menor coste será también, frecuentemente, la menos restrictiva para los derechos de los particulares¹⁵²⁰, si bien no podrá olvidarse en ningún caso, insistimos, el efectivo cumplimiento del servicio a los intereses generales, presupuesto imprescindible para que puedan tenerse en cuenta otras consideraciones. Así, los principios de eficiencia y proporcionalidad pueden ser útiles parámetros de guía administrativa, primero, y control judicial, después, respectivamente, respecto al acuerdo de necesidad de ocupación¹⁵²¹.

¹⁵²⁰ Aunque pueden existir ocasiones en que ambos conceptos no coincidan. Pensemos, por ejemplo, en los casos de construcción de infraestructuras, en que, debido a las circunstancias técnicas y/o al elevado impacto medioambiental, así como al coste de las soluciones para estos aspectos, sea menos costoso optar por realizar el trazado a través de terrenos de propiedad privada, cuya expropiación implique el pago de elevadas sumas monetarias, aunque menores que si se decidiera evitar esas propiedades. Obviamente, la riqueza de las situaciones que pueden llegar a producirse no permite sentar ningún axioma absoluto al respecto.

¹⁵²¹ En este sentido, STS de 30 de diciembre de 1991 (Ar. 388). Se conoce en la misma de la impugnación de un acuerdo municipal que decretaba la expropiación de un edificio denominado "La obra", propiedad del apelante, a fin de construir una Casa de Cultura. Durante el proceso judicial se constató que en el mismo municipio, en el centro urbano, se encontraba otro edificio denominado "La Cárcel", de propiedad municipal, utilizado en su día como Ateneo y Biblioteca Pública, el cual estaba en mejor estado de conservación y tenía una capacidad similar al que se pretendía expropiar.

A la vista de todas estas circunstancias, el TS concluye que ambos edificios "son sustancialmente de similar entidad cuantitativa y cualitativa, sin que exista ningún aspecto esencialmente significativo que haga prevalente el destino de uno de esos edificios sobre el otro a los efectos de la finalidad pretendida". En consecuencia, teniendo presente que el art. 33.3 CE demanda que "el bien elegido para la expropiación ha de ser siempre el que responda a la traducción más exacta y fiel de la finalidad perseguida, que en el supuesto de concurrencia de varias posibles soluciones de similar entidad expropiable, ha de dirimirse la elección por la que represente el menor sacrificio del derecho de propiedad privada", exigencia que se corrobora por el art. 15 LEF el cual preceptúa que la Administración resolverá sobre la "necesidad concreta" de ocupar los bienes que sean "estrictamente necesarios" para el fin de la expropiación, el TS anula la expropiación, pues "existiendo un inmueble de propiedad municipal perfectamente idóneo, y en paridad de circunstancias, para la finalidad cultural de utilidad pública perseguida es claro que no concurre en el supuesto aquí contemplado, la "necesidad concreta de ocupación" del bien expropiado de propiedad privada, ni el mismo es "estrictamente indispensable" para el fin de la expropiación".

El principio de proporcionalidad conduce, así, a la anulación de la decisión administrativa. Pero debe notarse que antes de la toma de ésta, el principio de eficiencia hubiera otorgado una guía de comportamiento a la Administración, que hubiera impedido esa invalidez. Efectivamente, a igualdad de condiciones, el criterio del menor costo posible de recursos públicos, parejo aquí al de menor sacrificio posible del derecho de propiedad, hubiera debido guiar la elección administrativa, decantándola por el edificio ya existente de propiedad pública, salvo que, y en este caso nada se alegó, existieran otros criterios que hicieran más eficaz la elección del edificio "La Obra".

Una vez ponderada la viabilidad económica de las alternativas manejadas, así como valorado el criterio del menor costo posible de recursos públicos para la obtención de los objetivos fijados, el principio de eficiencia puede demandar que se realice un *balance entre los costos estimados y los beneficios que se espera alcanzar con la decisión*. Esta operación puede ser de interés cuando existen alternativas diferentes, con costes distintos y grados de cumplimiento de los objetivos también divergentes. En este supuesto, los criterios de menor coste posible a igualdad de cumplimiento o de mayor cumplimiento a igual coste de las alternativas no son operativos, pero sí puede ser de utilidad esa comparación entre los costes y los beneficios a general por cada curso de acción.

Si el balance es negativo, si los costos estimados sobrepasan los beneficios generados por el acto, reglamento o plan a adoptar, el principio de eficiencia, que demanda el adecuado empleo de los recursos públicos y la consideración económica del impacto de la decisión, desaconsejará la adopción de esa alternativa. En caso de que existan beneficios en varias, deberá procederse a comparar el volumen de los mismos.

En relación con este balance, el denominado *análisis coste-beneficio* puede tener utilidad como herramienta potenciadora de la eficiencia y de la economía en el comportamiento administrativo¹⁵²².

¹⁵²² Desde una perspectiva general, sobre el análisis coste-beneficio, vid. entre otros, aparte de la obra ya citada de PEARCE, D.W., *Análisis coste-beneficio*, Mac Millan-Vicens-Vives, Barcelona, 1973, los trabajos de SEBASTIAN, C., "La evaluación pública de proyectos", *Hacienda Pública Española*, núm. 51, 1978, pp. 189 y ss., ALBI IBAÑEZ, E., y RODRIGUEZ ONDARZA, J.A., "Análisis coste-beneficio: notas sobre su situación actual", *Papeles de Economía Española*, núm. 37, 1988, pp 482 y ss., y RODRIGUEZ ONDARZA, J.A., "Análisis coste-beneficio", *Hacienda Pública Española*, núm. 115, vol. II, 1990, pp. 69 y ss., BARO TOMAS, E., y MURILLO FORT, C., "Las diversas aproximaciones metodológicas para la medida de los impactos económicos", y RIERA MICALÓ, P., "El análisis coste-beneficio para la evaluación de proyectos y políticas", ambos en AA.VV. *Seminario sobre medida de los impactos económicos de los programas de inversión en el territorio*, IEA, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1997, pp. 15 y ss. y 71 y ss., KOCH, C.H., *Administrative Law and Practice*, vol.I, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1997, pp. 486 y ss., DOWNS, G.W., y LARKEY, P.D., *The search for Government efficiency*, McGraw-Hill, 1986, pp. 107 y ss., SARGENTICH, T.O., "Regulatory analysis and regulatory reform" *Texas Law Review*,

No es nuestra intención exponer con detalle el modo de realización de estos análisis, incluyendo a tal fin los modelos matemáticos empleados en los mismos. Ello excede de nuestras capacidades y, por otro lado, no creemos que aportara conclusiones interesantes a los efectos de nuestra investigación, Sí queremos, en cambio, realizar una aproximación de tipo general, destacando su funcionalidad última, las dificultades de fondo que presentan en su elaboración práctica y los límites que los mismos presentan como herramientas para el logro de una buena administración.

En este sentido, debemos señalar, en primer lugar, que se trata de una técnica de cálculo de los *beneficios sociales* netos derivados de una determinada decisión pública, bien sea con o sin disposición de gasto público. Estamos, por tanto, ante un mecanismo racionalizador de las decisiones públicas, enlazado, en este sentido, con el art. 9.3 CE, si bien desde la perspectiva de la racionalidad de tipo económico. El análisis coste-beneficio puede desarrollarse *ex ante*, es decir con carácter previo a la toma de la decisión, o *ex post*, es decir tras la misma, con el objeto, en este último caso de ser un método útil para adquirir experiencia de cara a nuevos proyectos futuros y, en su caso, introducir medidas correctoras en los proyectos en desarrollo.

Centrándonos en el análisis *ex ante*, especialmente útil en el ámbito de la planificación, consideramos interesante exponer qué es, cuáles son sus objetivos, cómo opera, sus ventajas y sus problemas y limitaciones.

Por lo que se refiere a su concepto, el análisis coste-beneficio, es, como ya se adelantó, una simple herramienta para la evaluación de actividades públicas, para la medida de su impacto económico. Esta técnica posibilita el estudio de la eficiencia de las alternativas

65, pp. 1243 y ss., KELMAN, S., "Cost-benefit analysis: an ethical critique", *Regulation*, 33, 1981, pp. 33 y ss.

existentes, facilitando, de este modo, que el decisor pueda maximizar el beneficio social agregado derivado del gasto de recursos públicos escasos¹⁵²³.

Su objetivo, pues, es ayudar al conocimiento del impacto económico de las posibles alternativas manejadas, proporcionando información al decisor, a fin de que éste puede adoptar la que considere más conveniente ponderando esa perspectiva económica.

Respecto a su modo de operar, este análisis consiste, básicamente, en una identificación de los costes y beneficios que se supone están asociados a cada alternativa. En una evaluación de esos beneficios y costes, mediante el uso de un "común denominador", consistente en la medición monetaria de los mismos. Uniformados costes y beneficios de cada alternativa mediante esta técnica, ambos conceptos deben ser compensados. Hecho esto, sólo queda comparar los diferentes beneficios, si existen, derivados de cada posible solución¹⁵²⁴.

Respecto a sus ventajas, este tipo de análisis permite mostrar al decisor "la simple - aunque no vacía advertencia de que la decisión de seguir, o no un curso concreto de acción depende tanto de sus costes como de sus beneficios. Ello obliga a fijar la atención tanto en los objetivos del proyecto como en las valoraciones sociales relativas que se fijan sobre aquéllos. De esta manera, el análisis coste-beneficio puede, como mínimo, reclamar a su favor que ayuda a evitar errores tan frecuentes como los cometidos al recomendar que se emprenda el proyecto A en vez del B, ya que aquél es más barato, sin tener en cuenta cuáles son sus beneficios sociales relativos - o que se ponga en marcha el B en vez del A, porque

¹⁵²³ En este sentido, KOCH, C.H., *Administrative Law...*, op.cit., pp. 496 y ss.

¹⁵²⁴ Un ejemplo simplificado de aplicación del análisis coste-beneficio puede hallarse en RIERA MICALÓ, P., "El análisis coste-beneficio...", op.cit., pág. 71 y ss., donde se utiliza este método en relación a la decisión de construir o no una carretera.

el primero es más efectivo que el segundo, sin considerar adecuadamente sus costes sociales"¹⁵²⁵.

En definitiva, este tipo de análisis es un ejercicio de descubrimiento de valores y una posibilidad de ayuda en la reflexión en la toma de la decisión¹⁵²⁶.

En este sentido, debe subrayarse, como ya se hizo en su momento, que los beneficios y costes analizados son *sociales* y no puramente financieros. Así, deberán evaluarse beneficios tales como la mejora del medio ambiente o de la calidad de vida, en tanto deberán computarse como costes aspectos relativos a aumento de ruidos, pérdida de tiempo, etc.

En definitiva, el análisis coste-beneficio puede ser uno de los instrumentos prácticos que permita el efectivo cumplimiento del deber constitucional de comportamiento administrativo eficiente, pues "la mayor fuerza de un análisis coste-beneficio reside en su utilidad para tomar decisiones eficientes"¹⁵²⁷.

Sin embargo, no cabe esperar que el análisis coste-beneficio sea la panacea para lograr el servicio adecuado al interés general. El desarrollo teórico de este método presenta *problemas*, tanto teóricos, donde las diferencias metodológicas existen, como prácticos. Por otro lado, no deben ser olvidadas las *limitaciones* inherentes a este tipo de estudios.

En cuanto a los problemas planteados por los análisis coste-beneficio, diversos autores destacan, en primer lugar, que la ejecución práctica de los mismos requiere la realización de predicciones de futuro referidas a los beneficios y costes asociados a las distintas alternativas. La necesidad de efectuar estas predicciones abre la puerta a la existencia de *riesgos e*

¹⁵²⁵ RODRIGUEZ ONDARZA, J.A., "Análisis...", op.cit., pág. 70.

¹⁵²⁶ DOWNS, G.W., y LARKEY, P.D., *The search for...*, op.cit., pp. 117 y ss.

¹⁵²⁷ RIERA MICALÓ, P., "El análisis coste-beneficio...", op.cit., pág. 71, quien pone de relieve también que en España la tradición de efectuar análisis coste-beneficio de diversos proyectos "no es muy extensa, comparado con otros países, y, sobre todo, se diferencia de ellos por lo poco utilizado que este método ha sido para la toma de decisiones".

incertidumbres, así como a posibles manipulaciones intencionadas¹⁵²⁸.

En segundo lugar, la conversión en unidades monetarias de bienes que no se encuentran en el mercado, por ejemplo la vida humana, presenta notables dificultades y no está exenta de críticas¹⁵²⁹. Si bien los economistas han desarrollado medios de para la medición de estos bienes, como por ejemplo la cuantificación de los mismos por referencia a la "disposición a pagar" de las personas por ellos, estos métodos necesitan el apoyo en asunciones que no dejan de ser discutibles.

Por otro lado, en tercer lugar, los análisis costo-beneficio no se ocupan de los efectos redistributivos de las alternativas. Es decir, no les preocupa *quien gana y quien pierde*, quien obtiene los beneficios y quien soporta los costes.

Respecto a las limitaciones, debe tenerse presente que los análisis costo-beneficio estudian distintas alternativas, *pero no las generan*. Estos estudios operan sobre el abanico de alternativas que vienen dadas, sin formular el problema en sí (¿qué se quiere conseguir?) ni crear alternativas. Se limitan a analizar el problema y las alternativas ya elaboradas¹⁵³⁰.

En consecuencia, y la luz de lo expuesto, el análisis coste-beneficio no proporciona en todo caso una respuesta científica concluyente a todos los temas, teniendo presente las ponderaciones obligadas de componentes sociales, de difícil valoración económica¹⁵³¹, así como la necesidad de realizar predicciones. En consecuencia, este método, a pesar de lo que

¹⁵²⁸ KOCH, C.H., *Administrative Practice...*, op.cit., pp. 522 y ss., DOWNS, G.W., y LARKEY, P.D., *The search of...*, op.cit., pp. 124 y ss.

¹⁵²⁹ Desde una perspectiva ética, vid. KELMAN, S., "Cost-benefit analysis...", op.cit., pp. 33 y ss.

¹⁵³⁰ Destaca este límite, DOWNS, G.W., y LARKEY, P.D., *The search of...*, op.cit., pp. 131 y ss.

¹⁵³¹ En este sentido, SEBASTIAN, C., "La evaluación...", op.cit., pág. 190, quien se refiere a "la dificultad y alto grado de arbitrariedad existente en la determinación de tales ponderaciones".

haría pensar su realización mediante fórmulas matemáticas y números aparentemente precisos, no es capaz de otorgar respuestas automáticas a cuestiones de alta complejidad social, en las que están envueltos numerosos intereses contrapuestos. El uso de este tipo de análisis comporta la realización de valoraciones subjetivas, pues pese a su "delusive aura of scientific objectivity that may be justified in the field of economics in which it began and has often been used", lo cierto es que "as a public tool, however, it is as subjective as the Benthamite "felicific calculus"¹⁵³².

Pese a todo ello, el análisis coste-beneficio puede ser una técnica útil, destinada a ayudar, que no a sustituir, la ponderación que deberá realizar el órgano decisor, a la vista de esta evaluación económica y de otros factores implicados. Este método puede ayudar a reunir una masa de información económica, siendo provechoso al otorgar un margen de seguridad mayor que el derivado de la pura intuición. El análisis coste-beneficio, desde un punto de vista puramente pragmático, puede ser una ayuda, una guía económica para la elección entre alternativas, pero no puede ni debe sustituir a ésta¹⁵³³.

➤ Por otro lado, este análisis muestra un enfoque económico que, como decimos, puede coadyuvar a mejorar el comportamiento administrativo desde la perspectiva de los principios de eficiencia o economía, pero no debe olvidarse que junto a estas consideraciones

¹⁵³² SCHWARTZ, B., *The new right and the constitution. Turning back the legal clock*, Northeastern University Press, Boston, 1990, pág. 179. La referencia a BENTHAM, obviamente, se debe a la raíz utilitarista de esta técnica. En este sentido, los fundamentos de los análisis coste-beneficio pueden hallarse en el capítulo cuarto de la obra de este autor *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, publicada en 1789, donde se contienen indicaciones acerca de cómo medir el valor de los placeres y dolores, señalándose que "it is not expected that this process should be strictly pursued previously to every moral judgement, or to every legislative or judicial operation. It may, however, be always kept in view...". La edición de esta obra manejada ha sido una de 1962, editada por Meridian Books The new American Library. El texto citado se halla en la página 66 de esta edición.

¹⁵³³ En este sentido, KOCH, C.H., *Administrative Practice...*, op.cit., pp. 489, DOWNS, G.W., y LARKEY, G.W., *The search of...*, op.cit., pp. 117 y 118, SARGENTICH, T.O., "Regulatory analysis...", op.cit., pp. 1330 y 1331.

económicas existen otras impuestas por nuestra Constitución. Ésta configura un Estado *social* y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento la *libertad*, la justicia, la *igualdad* y el pluralismo político (art. 1.1), donde la *dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el *libre desarrollo de la personalidad*, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y social (art. 10.1 CE), debiendo los poderes públicos adoptar una política activa de promoción de la libertad e igualdad de los ciudadanos (art. 9.2 CE), y en el que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios contenidos en los arts 39 a 52 deberá informar la práctica de la administración (art. 53.3 CE). Todo ello conduce a negar la posibilidad de la adopción de decisiones discrecionales con un fundamento único en los criterios de eficiencia y economía, con descuido y abandono de todos los que se acaban de citar¹⁵³⁴.

En definitiva, especialmente en todas aquellas decisiones administrativas en las que se encuentre implicado gasto de recursos públicos o un importante impacto sobre actividades sociales, los principios constitucionales de eficiencia y economía demandan la evaluación de los aspectos económicos del proyecto, a fin de obtener el mejor aprovechamiento posible de esos recursos o el menor impacto posible.

¹⁵³⁴ KOCH, C.H., *Administrative Practice...*, op.cit., pp. 502 y 503 señala que: "Nonetheless, cost/benefit analysis does not provide information on all the factors in a decision. A government policymaker must consider ethics, legal consequences, political reality and income distribution as well as the results of cost/benefit. The mix of all these factors into a government decision becomes "general policy analysis". One who does cost/benefit analysis serves the decision-maker but is not the decisionmaker (at least while they are doing the analysis). The result of the analysis is not the decision because all other aspects, both rational and emotional/intuitive, must be injected into the final decision".

En este sentido, SCHWARTZ, B., *The new right...*, op.cit., pp. 174 y ss., se muestra crítico con los enfoques doctrinales y jurisprudenciales norteamericanos que pretenden convertir al análisis económico del Derecho en el eje de éste, incluso en el ámbito del Derecho público, donde se ha llegado a decidir a través de su pauta la existencia de violación de determinados derechos constitucionales.

Tal exigencia entendemos que debería ser recogida en la legislación de procedimiento común, como elemento de éste, garantizador de un estándar de eficiencia semejante en todos los niveles administrativos, extendiéndose por igual tanto a los procedimientos sectoriales formalizados como a los no formalizados¹⁵³⁵. Respecto a los primeros, sería labor de la normativa establecer aquellos mecanismos - por ejemplo, el análisis coste-beneficio - que permitieran conocer y ponderar las consecuencias económicas de la decisión de la Administración, puesto que la Constitución exige que la programación y la ejecución del gasto público responda a los criterios de eficiencia y economía¹⁵³⁶. SCHWARTZ ha puesto de relieve que el uso de análisis coste-beneficio es una simple aplicación del sentido común a la acción pública cuando se trata de proyectos de obras públicas o de elaboración de reglamentos¹⁵³⁷.

Por lo que se refiere a los procedimientos no formalizados, siempre que la decisión a adoptar comporte disposición sobre recursos públicos, entendemos que el art. 31.2 CE en conexión con el art. 78 LRJPAC - que dispone que deberán realizarse de oficio todos los actos de instrucción necesarios para la "determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución" - exige que el órgano instructor reúna la precisa información sobre las consecuencias económicas de las alternativas manejadas, datos que deberán ser ponderados - de acuerdo con el principio de objetividad -

¹⁵³⁵ Sobre la razón de ser de la normativa estatal común sobre procedimiento, vid. en detalle el último capítulo de este estudio.

¹⁵³⁶ En el establecimiento de estos mecanismos, por ejemplo del análisis coste-beneficio, deberá realizarse, a su vez y con carácter previo, por parte del legislador y/o de la Administración, un estudio y ponderación de los costes (temporales y monetarios) y de los beneficios de los mismos, teniendo presente el grado de contribución a la buena administración que podrían aportar, a la vista del concreto sector de actuación y de los intereses específicos implicados. Véase el capítulo final de este estudio y el desarrollo que allí se efectúa de la necesidad de realizar análisis procedimentales referidos a trámites específicos en procedimientos concretos.

¹⁵³⁷ SCHWARTZ, B., *The new right...*, op.cit., pág. 170.

por el órgano decisor.

En cualquier caso, el expediente administrativo deberá acreditar que se ponderaron los datos económicos, cumpliéndose así las exigencias de los principios de eficiencia y economía. Si tal evaluación, debiéndose efectuar, no existe - porque se omite un trámite exigido en la norma procedimental o, en el caso de ausencia de formalización, porque la Administración no realiza una suficiente actividad de instrucción - o bien se desprende del análisis del expediente que fue aparente, entendemos que se vulnerarán los principios de objetividad (por ausencia de la debida ponderación), eficacia (porque no se tomó en consideración los efectos, en este caso económicos, de la resolución adoptada) y eficiencia y economía (puesto que no han orientado como debieran la elección, al no realizarse la evaluación). En consecuencia, el acto, plan o reglamento sería inválido: anulable (art. 63.1 CE en conexión con los arts. 103.1 y 31.2 CE) o nulo (art. 62.1 e) LRJPAC, o incluso art. 62.1 c), puesto que una decisión inviable económicamente puede considerarse que tiene un contenido imposible), dependiendo de la importancia del vicio procedimental detectado en cada caso concreto y a la vista de la trascendencia que el análisis económico tenga en cada específico procedimiento¹⁵³⁸.

Por lo que se refiere específicamente a *los procedimientos formalizados*, tenemos en nuestro ordenamiento algunos ejemplos de decisiones administrativas respecto de las cuales la normativa sectorial explícitamente exige la existencia de una previa evaluación económica.

Así, en el ámbito de la *iniciativa pública en la economía*, el art. 86.1 LBRL dispone

¹⁵³⁸ La STS de 22 de enero de 1996 (Ar. 314) declara la nulidad de pleno derecho de una declaración de necesidad de ocupación de unos bienes, a efectos de su expropiación, ante la inexistencia de la constancia de crédito presupuestario aprobado para tal fin. Esta sentencia supone un interesante toque de atención dirigido a evitar expropiaciones cuya viabilidad económica no ha estado ponderada y asegurada, garantizándose así el derecho de los expropiados a cobrar el justiprecio. Vid. un comentario a la misma en MIGUEZ-BEN, E., "Potestad expropiatoria de las Entidades locales, consignación presupuestaria y control judicial", *REDA*, núm. 92, 1996, pp. 633.

que "las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 de la Constitución". El art. 97.1 b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece que para la acreditación de la conveniencia será necesaria la elaboración de una Memoria relativa "a los aspectos social, jurídico, técnico y *financiero* de la actividad económica de que se trate". En esta línea, el art. 227.2 b) LMRLC exige que la Memoria tenga en cuenta "els aspectes socials, *financers*, tècnics i jurídics de l'activitat, la forma de exercici, *els beneficis potencials...*".

En desarrollo de este último precepto, el art. 146 ROAS sostiene acertadamente que el contenido de la Memoria ha de ser el "més adequat segons la naturalesa de l'activitat de la qual es tracti i de la importància d'aquesta", flexibilizando así esta exigencia, aunque, como se indica a continuación dentro del contenido mínimo siempre exigible deberá incluirse "la justificació de la conveniència i oportunitat de la iniciativa i de l'interès públic que concorri en l'activitat, amb la valoració, entre d'altres, dels *avantatges socials* derivats dels béns o serveis a produir o de l'activitat a prestar, els llocs de treball a crear de forma directa o indirecta, el suport a altres activitats locals, la difusió de tecnologia i qualsevol d'altres" (apartado b). También deberá contener la Memoria "el pressupost financer i el pla de posada en funcionament de l'activitat econòmica projectada, la rendabilitat prevista i l'*anàlisi cost-benefici*" (apartado c).

Puede apreciarse como mediante la Memoria exigida para acreditar la oportunidad de la iniciativa económica pública se están plasmando las exigencias de los principios constitucionales de eficiencia y economía, por cuanto el uso de recursos públicos que pretende efectuarse debe ser evaluado económicamente, a fin de comprobar su viabilidad y sus perspectivas. De esta manera, el ejercicio de la discrecionalidad puede ser orientada

mediante la consideración de las ventajas e inconvenientes y de los costes y beneficios económicos de la actividad que se pretende emprender. La ausencia de evaluación de las consideraciones económicas o su aparente cumplimiento debería conducir en este caso a la nulidad de pleno derecho de la decisión a adoptar (art. 103.1, 31.2 CE y 62.1 e) LRJPAC).

Un segundo ejemplo de la plasmación de los principios de eficiencia y economía en el ordenamiento jurídico vigente lo proporciona el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras. Entre los estudios de carreteras previstos en el mismo (en desarrollo del art. 7 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras), se incluye el *Estudio informativo* (art. 25), el cual debe contener "el análisis de las ventajas e inconvenientes y costes de cada una de las opciones y su repercusión en los diversos aspectos del transporte y en la ordenación territorial y urbanística, teniendo en cuenta en los costes el de los terrenos, servicios y derechos afectados en cada caso, así como los costes ambientales y de siniestralidad". El *Anteproyecto*, por su parte, debe contener una Memoria en la que deberán evaluarse los factores económicos (art. 26). De esta manera, la consideración del impacto económico del trazado de la carretera a elegir también se constituye en un criterio de ponderación, junto a otros factores sociales específicamente aludidos.

También en el *procedimiento de elaboración de reglamentos* podemos encontrar otro ejemplo de explícita exigencia de evaluación económica. Así, en la Comunidad Autónoma Catalana, el art. 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalidad de Cataluña exige que en el expediente de elaboración de la norma se adjunte "un estudi econòmic en termes de cost-benefici", al que, en caso de creación de nuevos servicios o de modificación de los existentes, se le añadirá "un estudi del cost i del finançament d'aquest".

La doctrina ha llamado la atención sobre el elemento racionalizador que supone el análisis coste-beneficio previsto en este precepto, señalando también el elemento de certeza que se introduce en el grado de ejecución de las normas¹⁵³⁹. La Comisión Jurídica Asesora, por su parte, ha puesto de relieve las conexiones de esta exigencia con los principios de eficacia, eficiencia y seguridad jurídica¹⁵⁴⁰, señalando que el análisis coste-beneficio debe consistir en "l' intent de medició (en termes monetaris) dels efectes "socials" de l' actuació que es projecta regular. Benefici, en aquest cas, és traducció de l' anglès *benefit* no *profit*, distinció que senyala justament el caràcter o la situació fora del mecanisme del mercat d' allò que s' intenta mesurar"¹⁵⁴¹. La Comisión Jurídica Asesora pone de relieve, a través de sus dictámenes, la general reticencia de la Administración activa al cumplimiento de este trámite¹⁵⁴², detectándose en ocasiones su ausencia¹⁵⁴³, en otras su cumplimiento "meramente formal"¹⁵⁴⁴ y en alguna ocasión su total incongruencia con el contenido del reglamento¹⁵⁴⁵, lo que ha llevado a la Comisión Jurídica Asesora a recordar, en numerosas ocasiones, que "esta no es una exigencia formal que se satisface con afirmaciones genéricas

¹⁵³⁹ MONTORO CHINER, M.J., "Abast...", op.cit., pág. 138.

¹⁵⁴⁰ Memoria de 1992, pág.15, Dictamen núm. 10/1994, en el que se señala que los principios de eficiencia, eficacia y servicio a los ciudadanos imponen, junto al resto de documentos, la exigencia del análisis coste-beneficio.

¹⁵⁴¹ Memoria de 1994, pág. 22.

¹⁵⁴² Dictamen núm. 178/1994.

¹⁵⁴³ Por ejemplo, Dictámenes núm. 94/1994 ó 133/1995.

¹⁵⁴⁴ Así, Dictámenes núm. 263/1995, donde consta sólo de una oración, núm. 25/1995, en el que el cumplimiento es "meramente formal" como "ya va siendo habitual", limitándose el análisis a declarar que "esta disposición no generará gastos", ó 33/1995, donde se insiste en que "es habitual" el cumplimiento sólo aparente de esta exigencia.

¹⁵⁴⁵ Es el caso, por ejemplo, del Dictamen núm. 229/1995, donde el estudio económico-financiero se limita a decir que "la aplicación de la presente disposición no genera ningun gasto económico", cuando el art. 4 del Proyecto prevé el pago de dietas por asistencia a reuniones.

y remisiones indirectas, sino que es necesario cumplirla con el mayor rigor posible, todo y que esta Comisión es consciente de las dificultades que, a veces, puede plantear"¹⁵⁴⁶.

Sin embargo, pese a los incumplimientos reiterados de esta evaluación económica, se detecta una ausencia de anulaciones de reglamentos por esta causa¹⁵⁴⁷. Del análisis efectuado, y salvo error u omisión involuntarios¹⁵⁴⁸, se desprende que sólo en una ocasión se ha considerado este vicio procedimental por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y sólo como argumento de refuerzo que no condujo por sí sólo a la invalidez del reglamento. Se trata de la sentencia de 21 de diciembre de 1993, en la que se conocía de la impugnación del Decreto catalán 229/1991, de 1 de julio, por el cual se modificó parcialmente un Decreto anterior relativo a la declaración del Parc Natural del Macizo de Montseny, ampliándose el ámbito territorial de éste. La sentencia tras constatar la importancia del procedimiento para "asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la norma que se prepara", detecta, entre otras numerosas omisiones¹⁵⁴⁹, la ausencia de la preceptiva evaluación económica, pues "no se aporta ningún informe económico relativo al coste-beneficio que necesariamente ha de producir la ampliación al ámbito de protección del

¹⁵⁴⁶ En este sentido, Dictamen núm. 112/1995.

¹⁵⁴⁷ La cual puede obedecer a dos posibles causas. En primer lugar, es posible que la Administración rectifique tras la emisión del preceptivo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, solventando la ausencia o defectos del estudio económico-financiero. La segunda posibilidad es que los repetidos llamamientos del órgano consultivo no sean atendidos, siendo reacia la jurisprudencia a invalidar reglamentos por esta causa. Si se tratara de esta segunda opción, cosa que desconocemos, sería conveniente recordar que este estudio está lejos de ser un formalismo carente de sentido; en torno a la correcta realización del estudio económico-financiero gira el respeto de los principios constitucionales de objetividad, eficacia, eficiencia y economía, y, por tanto, el cumplimiento del deber constitucional de buena administración en el ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria.

¹⁵⁴⁸ El análisis se ha centrado en el período de tiempo comprendido entre los años 1990 y 1996.

¹⁵⁴⁹ Entre ellas, precisamente, la del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que es la que, en palabras de la sentencia, "determina fatalmente la declaración de nulidad de la correspondiente disposición general".

Parque de nuevos territorios, en los términos expresados en el art. 1 del Decreto impugnado, por lo que la incidencia especial en el orden económico es más que evidente".

En el ámbito estatal, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, al regular el ejercicio de la potestad reglamentaria, indica en su art. 24 a) que el proyecto deberá ir acompañado de "una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar". Nótese que la exigencia se refiere sólo a los costes, no a los beneficios, por lo que parece que esta memoria iría más bien orientada a comprobar la viabilidad de la regulación a elaborar, no a ponderar las consecuencias, positivas y negativas, que podría derivarse de la misma.

Finalmente, el *urbanismo* es otro ámbito en el que la normativa sectorial exige específicamente la realización de una evaluación económica previa a la toma de la decisión.

Así, ya la Ley del Suelo de 1956 señalaba en su art. 9.2.e), en relación a los Planes Generales, que era precisa la justificación de la realización de la *ponderación* entre el criterio de planeamiento que se sustenta y las posibilidades *económicas y financieras* del territorio y población. La Ley del Suelo de 1976 se refería también a la necesidad de que se realizara una "evaluación económica de la implantación de los servicios y de la ejecución de las obras de urbanización". El DLCat establece, por su parte, la necesidad de tomar en consideración los factores económicos envueltos al delimitar los polígonos y al elegir entre los sistemas de actuación el adecuado para la ejecución de la específica ordenación urbanística de que se trate (arts. 167 y 169), así como al elaborar planes de iniciativa particular (art. 79.1). El RP, a su vez, exige que se ponderen y evalúen los medios económicos disponibles y los costos previstos respecto de los Planes Parciales (arts. 46 y 55).

Todas estas previsiones entendemos que conectan directamente con el mandato constitucional de comportamiento eficiente y económico. Los principios del art. 31.2 CE exigen que en el procedimiento de elaboración de los planes se realice una "previsión lógica

y ponderada"¹⁵⁵⁰ de las implicaciones económicas de las alternativas manejadas, eligiéndose la más adecuada en su servicio al interés general de acuerdo con "cifras reales y ponderadas"¹⁵⁵¹.

Es cierto que en la elección de la ordenación urbanística más acertada y oportuna debe ponderarse una gran pluralidad de intereses, los cuales no se pueden limitar a los aspectos financieros y económicos de los planes. El órgano encargado de ordenar el uso del suelo debe ponderar múltiples aspectos, muchos de ellos difícilmente traducibles en términos monetarios, cumpliendo así el deber de objetividad derivado del art. 103.1 CE. Debe recordarse, en este sentido, que los distintos instrumentos de ordenación urbanística, especialmente el Plan General de Ordenación Urbana, reflejan, como ha señalado la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 6, "lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos urbanos"¹⁵⁵². En la elaboración de esas políticas no pueden desdeñarse, de conformidad con los arts. 9.2 y 53.3 CE, las conexiones que el urbanismo presenta, por ejemplo, con la igualdad real¹⁵⁵³, la salud (art. 43

¹⁵⁵⁰ STS de 27 de enero de 1981 (Ar. 297), STS 18 de julio de 1993 (Ar. 5578).

¹⁵⁵¹ STS de 27 de enero de 1982 (Ar. 361).

¹⁵⁵² En este sentido, el art. 2.1 de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, señala lo siguiente:

"Para la mejor realización de los principios rectores de la actividad urbanística, corresponderá a la Administración de la Generalitat y a la Administración Local, dentro de sus respectivas competencias legales, definir, en cada momento *la política urbanística que se expresará en la elaboración y aprobación de los Planes y Programas, así como en su revisión o modificación*".

¹⁵⁵³ Puede consultarse al respecto HARVEY, D., *Urbanismo y desigualdad social*, siglo veintiuno editores, Mexico-España-Argentina, Madrid, 2ª ed. en español, 1979.

CE)¹⁵⁵⁴, o el medio ambiente y la calidad de vida (art. 45 CE)¹⁵⁵⁵, aspectos cuya traducción financiera deviene de enorme complejidad, sino imposible¹⁵⁵⁶. Ello explica, por ejemplo, que la perspectiva económica sea insuficiente para valorar la creación de nuevas *zonas verdes*, las cuales presentan puntos de contacto con todos los aspectos anteriormente citados¹⁵⁵⁷. En este sentido, es destacable la STS de 27 de febrero de 1987 (Ar.3378), en la que se conocía de la impugnación de un Plan Especial de Reforma Interior. Los recurrentes alegaban que la creación de nuevas zonas verdes no estaba justificada debido a sus costes excesivos. El TS señala que "el hecho de que sus *costes* sea elevados no significa en modo alguno que la operación haya de calificarse de irracional dado que los *beneficios* determinados por las zonas verdes son sencillamente incalculables".

En consecuencia, los aspectos sociales, medioambientales, etc., deben ser tenidos en cuenta a la hora de elegir entre alternativas, sin que la decisión pueda, por imperativo

¹⁵⁵⁴ LOPERENA ROTA, D.I., "La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución", en MARTIN-RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española...*, op.cit., pp. 1455 y ss.

¹⁵⁵⁵ Vid. al respecto MARTIN MATEO, R., "La calidad de vida como valor jurídico", en MARTIN-RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española...*, op.cit., pp. 1437 y ss., y BASSOLS COMA, M., "La planificación urbanística: su contribución a la protección del medio ambiente", y ROSA MORENO, J., "La evaluación de impacto ambiental. Intervención de los entes locales", ambos en ESTEVE PARDO, J. (Dir.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Civitas, Madrid, pp. 397 y ss., y 447 y ss.

¹⁵⁵⁶ El Consejo de Estado Francés en su análisis *L'urbanisme: pour un droit plus efficace*, Ed. La documentation française, París, 1992, pp. 5 y ss., pone de relieve la enorme complejidad del derecho urbanístico, el cual trata de dar respuesta a numerosos conflictos de intereses, algunos de ellos antagónicos, incidiendo en cuestiones financieras, medioambientales y relativas a la calidad de vida de los ciudadanos, lo que lo convierte al urbanismo en una materia "sensible", con una fuerte carga emocional.

¹⁵⁵⁷ Sobre estas conexiones, vid. GOMEZ-FERRER MORANT, R., *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1971, GARCIA MANZANO, P., "La subordinación del Régimen del Suelo al "interés general" establecido en el artículo 128 CE: el supuesto de las zonas verdes", en MARTIN-RETORTILLO, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española...*, op.cit., pp. 3855 y ss., y FERNANDEZ GONZALEZ, I., "Densidad de población y garantía de los espacios libres en la modificación del planeamiento urbanístico", *RDU*, núm. 145, pp. 55 y ss.

constitucional, ceñirse única y exclusivamente al logro de la mayor eficiencia o economía en el empleo de los recursos públicos. La STS de 12 de enero de 1973 (Ar. 82) señala al respecto que "ni el ahorro de gastos puede inspirar decisoriamente lo que ha de arrancar de mucho más complejas y ponderadas motivaciones del interés público (urbano) al ejercitar las potestades legales en la materia para no incurrir en (...) desviación de poder, que claramente define el art. 83 de la Ley Jurisdiccional".

Ahora bien, el hecho de que existan elementos de difícil valoración económica y que deban tomarse en cuenta criterios distintos a los puramente financieros para elegir la ordenación más adecuada en su servicio al interés general no significa que deban eliminarse las consideraciones económicas para el logro de éste. Ello no es posible puesto que el art. 31.2 CE y la normativa urbanística citada exigen que en la ponderación de las circunstancias del caso, obligada por el principio de objetividad, se tengan en cuenta también, en una perspectiva parcial pero necesaria, los aspectos económicos y financieros del planeamiento. No debe olvidarse que si bien las decisiones urbanísticas traducen las políticas públicas en este sector, ellas tienen consecuencias económicas, para la Administración y para los particulares, que deben ser evaluadas. Los objetivos del planeamiento deben ser sociales, pero estos objetivos se enmarcan en los límites de financiación necesariamente existentes.

En consecuencia, durante el procedimiento de elaboración del planeamiento deben ser adquiridas las magnitudes económicas precisas para conocer los recursos económicos disponibles y el impacto económico que las alternativas manejadas tienen. Y esos datos económicos deben ser objeto de evaluación, de análisis. En su momento vimos como los arts. 38.4 y 58.2 RP exigen que exista, durante el desarrollo de la función pública urbanística, un "examen y análisis ponderado de las diferentes alternativas contempladas". Pues bien, en esa ponderación no deben ser desdeñados los aspectos económicos y financieros. La evaluación

económica previa a la aprobación del planeamiento urbanístico deberá considerar, a la luz de los datos económicos precisos, la viabilidad de las distintas alternativas, cuál o cuáles son las que suponen un menor costo y cuál o cuáles, aun siendo viables, presentan costos superiores a sus beneficios, lo que las convierte en ineficientes.

La existencia real de esa evaluación económica deberá acreditarse en el expediente que refleje el *iter* procedimental seguido para la aprobación del planeamiento. Entre la *fundamentación* que sostenga la ordenación elegida, de conformidad con el deber de objetividad, deberá constar los datos económicos y su efectiva ponderación. La *Memoria* deberá reflejar ese análisis, como ya sabemos. Además, otro documento específico, el *estudio económico y financiero* deberá justificar que la solución por la que finalmente se opta respeta las exigencias de los principios de eficiencia y economía.

La exigencia de la existencia de un estudio económico y financiero para la aprobación del planeamiento urbanístico viene contemplada en la normativa urbanística, en los arts. 23, 25 y 123.4 DLCat y 42, 63, 77.2 g), 74 y 83 RP. Este estudio debe contener la "evaluación" económica del instrumento urbanístico y "justificará" desde esta perspectiva la ordenación elegida. Este estudio debe existir en el Plan General y en el planeamiento de desarrollo, debiendo contener ese análisis económico.

Ahora bien, no basta con que ese estudio económico y financiero exista, sino que la justificación que contenga deberá ser real, no aparente ni puramente formal, y suficiente¹⁵⁵⁸. La jurisprudencia ha matizado que la suficiencia en la concreción del análisis económico dependerá del tipo de plan urbanístico de que se trate. Respecto al Plan General, el TS ha declarado en repetidas ocasiones que el estudio económico y financiero posee un carácter genérico que hace inexigible una previsión específica para cada una de las

¹⁵⁵⁸ Sobre la necesidad de que la justificación sea suficientemente específica, vid. art. 42.3 RP.

operaciones que se derivan de la ordenación, siendo suficiente con que se indique qué fuentes de financiación van a quedar afectadas a la ejecución del plan, pudiendo diferirse al futuro planeamiento de desarrollo la especificación concreta y detallada¹⁵⁵⁹. En cambio, por lo que se refiere a los planes parciales o especiales, la jurisprudencia destaca la necesidad de especificar, ahora con un mayor grado de precisión, el análisis económico-financiero de la ordenación elegida¹⁵⁶⁰.

El estudio económico y financiero, pues, debe existir en todo caso, si bien su grado de detalle podrá variar en función de la clase de plan de que se trate. La inexistencia del estudio debe suponer la invalidez de la ordenación que comporte gasto público, por cuanto se produce una vulneración del principio de eficiencia y de la normativa urbanística que lo exige, lo que debe conducir a la anulabilidad (art. 63.1 LRJPAC), cuando no a la nulidad (art. 62.1 c) LRJPAC), por cuanto cabría entender, como lo hace la STS de 27 de enero de 1982 (Ar. 361), que la ausencia de ponderación económica derivada de la falta del estudio convierte en imposible esa ordenación.

Además de existir, este estudio deberá, en primer lugar, justificar la *viabilidad* de la ordenación proyectada. El criterio de la viabilidad económica del planeamiento está contemplado en los arts. 171 DLCat. y 74 f) y 83 RP, los cuales se refieren a la necesidad de que el estudio justifique que la ordenación es viable, por cuanto existen los medios necesarios para llevarla a cabo. La jurisprudencia, a su vez, se ha encargado de destacar la

¹⁵⁵⁹ En este sentido existe numerosa jurisprudencia, de la que pueden ser ejemplo las SSTS de 25 de octubre de 1980 (Ar. 3947), 7 de abril de 1992 (Ar. 3402) y 6 de junio de 1995 (Ar. 4942).

SIBINA, D., "L'estudi econòmic i financer dels plans d'urbanisme a la jurisprudència", *QDL*, núm. 15, 1997, pp. 106 y 116, al comentar esta consolidada línea jurisprudencial, destaca acertadamente, sin embargo, que no cabe olvidar que el Plan General contiene ya una ordenación detallada y ejecutable respecto al suelo urbano, por lo que, en cuanto a éste, el grado de detalle exigible al estudio económico y financiero debe ser ya el mismo que el del planeamiento de desarrollo.

¹⁵⁶⁰ Por todas, la ya citada STS de 25 de octubre de 1980 (Ar. 3947).

importancia del criterio de la viabilidad económica del plan, que "constituye siempre la razón de ser del planeamiento según su misma esencia como tiene declarado la jurisprudencia" (STS de 31 de enero de 1989 (Ar. 595)). El estudio debe justificar "las fuentes de financiación que quedarán afectadas a la ejecución del plan, de acuerdo con una previsión lógica y ponderada que garantice la real posibilidad de su realización en función de la importancia de las determinaciones del planeamiento" (STS de 27 de enero de 1981 (Ar. 297)), pues "el Plan debe reflejar, para no caer en la utopía, un adecuación, armonía o transacción entre las aspiraciones de un planeamiento ideal y las posibilidades económicas del ente planificador" debiendo contener "aquellas cifras reales y ponderadas que garanticen la efectiva posibilidad de la ejecución del plan y evitar que éste se manifieste como un simple estudio de aventurada o inviable realización, siendo imprescindible para ello que la Memoria contenga como primer dato esencial, el coste real del Plan, y, sobre él, se consignen los proporcionales medios económicos o fuentes de financiación con que realmente se cuenta para cubrir dicho coste" (STS de 27 de enero de 1982 (Ar. 361)).

El estudio debe acreditar esa viabilidad, siendo deber de la Administración fundamentar mediante el mismo el respeto del principio de eficiencia¹⁵⁶¹. Si un particular impugna la falta de viabilidad económica, el tribunal deberá comprobar el contenido del estudio, constatando que la misma ha sido *realmente* justificada y que la justificación dada es posible y racional. Si tales extremos no se derivan del estudio, procederá declarar la invalidez de las determinaciones cuya viabilidad no haya sido fundamentada, por cuanto

¹⁵⁶¹ Debe recordarse lo que se sostuvo en referencia a la presunción de legalidad y la carga de la prueba al referirnos al principio de objetividad (supra Capítulo V.1.2 c)). Corresponde a la Administración, de conformidad con el principio de objetividad, acreditar en el expediente que ha realizado la debida ponderación de las circunstancias del caso. En este sentido, la STS de 24 de abril de 1989 (Ar. 3228) señala que "toda aprobación o modificación de un plan comporta la prueba de que se dispone de los medios económicos suficientes para ejecutarlo, con indicación de las fuentes de financiamiento y la garantía que se afectarán a la ejecución".

existirá una vulneración de los principios de objetividad - cuando no exista una auténtica evaluación de la viabilidad y se trate de la realización *aparente* del estudio (al no haberse ponderado las consecuencias económicas de la ordenación)¹⁵⁶² - o de eficiencia y eficacia - cuando realizada la evaluación, el resultado sea racionalmente inviable, pues se estarán destinando recursos públicos a proyectos irrealizables¹⁵⁶³.

Consideramos, además, que el sentido y funcionalidad del estudio económico y financiero y sus conexiones con los principios de eficiencia y economía demandan que en el mismo se contenga, junto a la acreditación de la viabilidad, la *justificación de la elección del medio menos costoso y de que los beneficios esperados de la ordenación superan los costos previstos*.

Como ya sabemos, una derivación de los principios de eficiencia y economía es la necesidad de tener presente el criterio del medio menos costoso en el ejercicio de la discrecionalidad. En el específico ámbito del urbanismo, el TS ha subrayado la "importancia de tener en cuenta en las nuevas calificaciones (...) no sólo el deseo de satisfacer las necesidades de contar con más espacios libres, zonas verdes y para equipamientos comunitarios, sino el de procurar hacer esto a base de localizaciones convenientes, y, al mismo tiempo, mediante su consecución con el menor costo posible dada la escasez de

¹⁵⁶² La STS de 28 de enero de 1987 (Ar.2029) señala que "formalmente y *materialmente* debe existir estudio económico i financiero".

¹⁵⁶³ Un ejemplo de anulación por inviabilidad económica de la ordenación urbanística lo constituye la STS de 30 de junio de 1989 (Ar. 4936), la cual constata que la justificación dada por el estudio económico y financiero del Plan General era imposible, a tenor de las circunstancias concretas. A mayor concreción de la ordenación, esa exigencia deberá intensificarse. Así, en la STS de 28 de enero de 1987 (Ar. 2029) se indica que cuando se trata de Planes Especiales de Reforma interior "el rigor ha de ser extremo a fin de evitar posibles insolvencias posteriores o atrevimientos especulativos que lesionarían derechos de terceros", anulándose en el caso concreto las determinaciones por vulneración del art. 83.4 RP, ya que no se justificaban las indemnizaciones precisas para la ejecución.

medios financieros posibles"¹⁵⁶⁴, destacando que el criterio del menor costo posible hace preferible la localización de zonas verdes y espacios libres en terrenos no edificados, frente a los ya construidos¹⁵⁶⁵. Pues bien, el estudio económico y financiero, con mayor detalle en el caso de los planes parciales o especiales, debe acreditar que se ha tomado en consideración este criterio en la elección de la alternativa, especialmente si durante el procedimiento de elaboración del plan se han manejado otras, derivadas, por ejemplo, de las alegaciones de los ciudadanos.

Junto a la fundamentación de la viabilidad y de la toma en consideración del criterio del menor costo posible de recursos públicos, del estudio debe desprenderse también que se ha considerado *el balance entre costos y beneficios previstos*, siendo el resultado favorable para estos últimos¹⁵⁶⁶. La necesidad de esta ponderación entre costos y beneficios, si bien no está prevista explícitamente en la normativa urbanística, entendemos que deriva de los principios de eficacia, eficiencia y economía, por cuanto demandan que el manejo de fondos públicos tenga en cuenta que los mismos van a servir a los intereses generales, siendo en

¹⁵⁶⁴ STS de 2 de julio de 1982 (Ar. 5257), que deriva esta regla del principio de proporcionalidad. Consideramos, sin embargo, que se trata de un componente de los principios de eficiencia y economía, no del de proporcionalidad, el cual, como sabemos, actúa como límite jurídico, no como principio de orientación del ejercicio de la discrecionalidad. Lo que ocurre es que, como ya dijimos, este criterio del menor costo posible y el de necesidad, derivado del principio de proporcionalidad, son dos caras de la misma moneda, actuando éste último desde la vertiente de protección de los derechos e intereses de los particulares y de la limitación de la actividad administrativa.

¹⁵⁶⁵ STS de 24 de noviembre de 1981 (Ar. 5299): "la ubicación de la zona verde en este lugar, a la vez que satisface las necesidades de esparcimiento y de oxigenación de una barriada tan densamente poblada, *consigue este objetivo con el menor costo posible*, puesto que una parte de los terrenos son simples solares y los del equipamiento deportivo litigioso sólo cuentan con las edificaciones anejas y necesarias para el cumplimiento de los fines deportivos del establecimiento".

¹⁵⁶⁶ Una aplicación del balance entre costos y beneficios lo encontramos, por ejemplo, si bien en referencia a la ejecución de la ordenación y desde la perspectiva de los particulares, en el art. 171 DLCat, el cual prevé que "cuando la actuación en determinados polígonos o unidades de actuación no sea presumiblemente rentable, por resultar excesivas las cargas en relación con el escaso aprovechamiento previsto para las zonas edificables" la Comunidad Autónoma podrá reducir la contribución de los propietarios o compensarles económicamente.

caso contrario inadecuado su empleo, el cual debe reservarse para mejor causa. De todas maneras, *podría ser conveniente que se recogiera normativamente la necesidad de este balance - con la referencia expresa a métodos técnicos de realización, como por ejemplo el ya aludido análisis coste-beneficio -, a fin de aportar seguridad jurídica y consagrar su necesidad de forma explícita*¹⁵⁶⁷.

En cualquier caso, la ausencia de consideraciones referidas al menor costo o al balance positivo de los beneficios esperados, las cuales pueden derivarse implícitamente del estudio, o la elección de alternativas que se separan de estos criterios - es decir, que suponen una mayor costo, siendo su eficacia la misma, o que superan en costos a los beneficios - pueden conducir a la invalidez de la ordenación. Debe notarse, sin embargo, que el control judicial de estos criterios debe limitarse a la ausencia de toma en consideración o manifiesta vulneración de los mismos, sin que pueda sustituirse las valoraciones, discutibles si acaso pero fundadas, sostenidas por la Administración¹⁵⁶⁸.

A tenor de lo expuesto, la Administración debe ser consciente de la importancia de una correcta evaluación económica de la ordenación urbanística prevista, puesto que tal exigencia está contenida en la normativa urbanística, la cual conecta en este punto con el art. 31.2 CE. En consecuencia, el deber de buena administración, en concreto los deberes de comportamiento eficiente y económico demandan un análisis *previo* de la viabilidad del plan, así como de los costos y beneficios que del mismo se deriven. La ausencia de ponderación durante el desarrollo de la función urbanística o un resultado irrealizable producto de este

¹⁵⁶⁷ En relación a los métodos de ponderación de costes y beneficios en el ámbito del urbanismo, vid. SCHOFIELD, J.A., *Cost-benefit analysis in urban & regional planning*, Unwin Hyman, London, 1987, donde pueden encontrarse ejemplos prácticos de aplicación de estos métodos en las pp. 99 y ss.

¹⁵⁶⁸ Vid. supra Cap. IV.4 y Cap. V.1.2 b) lo dicho en relación a los principios de proporcionalidad y objetividad.

examen provocan que la solución finalmente adoptada no pueda ser acertada, pues no se habrá cumplido el deber constitucional de buena administración. En concreto, estaremos ante un vicio concerniente a la *causa* del plan, puesto que el defecto en el ejercicio de la discrecionalidad conduce a que la alternativa elegida no pueda ser adecuada en su servicio al interés general¹⁵⁶⁹.

A su vez, el control judicial no deberá minimizar la importancia de la existencia, suficiencia y congruencia de esta evaluación económica. Es cierto que la especificación de la misma diferirá en función del tipo de plan de que se trate, pero no lo es menos que, en cualquier caso, *deberá existir y acreditar con seriedad la oportunidad económica de la ordenación prevista*. A la vista de cada concreta situación, el incumplimiento de estas exigencias podrá comportar la vulneración, entre otros, de los principios constitucionales de eficiencia y economía, así como de la normativa urbanística a ellos conectada, lo que deberá comportar la invalidez de las determinaciones urbanísticas¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁹ En relación al elemento causal de las decisiones administrativas y el cumplimiento del deber de buena administración, vid. supra Capítulo IV.1. En referencia específica a la causa de los planes urbanísticos y el estudio económico y financiero, BOQUERA OLIVER, J.M., "Los componentes del plan de urbanismo", *RDU*, núm. 127, 1992, pp. 267 y 268, subraya que "la apreciación de la existencia de los medios económico-financieros necesarios para conseguir las finalidades del Plan constituye parte de la causa del Plan. El Plan no existe si no existen los medios económicos necesarios para conseguir sus objetivos. La Ley del Suelo quiere que estos medios consten en un llamado estudio económico-financiero. Este deberá ser la prueba de que aquéllos existen. Si falta dicho estudio debe suponerse que faltan los medios, la falta de causa, elemento esencial de todo acto jurídico, da por resultado la inexistencia del acto". SIBINA, D., "L' estudi econòmic-financer...", op.cit., pág. 108, se refiere a que el estudio económico y financiero se configura "com a document acreditatiu de la concurrència de causa en el pla examinat", por lo que la ausencia de evaluación económica o su inviabilidad comporta que al plan "li manqui la causa, és a dir, la capacitat efectiva de complir en un determinat territori les finalitats de la potestat atribuïda i que s'exerceixi amb l'aprovació del planejament".

¹⁵⁷⁰ En este sentido, SIBINA, D., "L' estudi econòmic i financer...", op.cit., pág.110, señala que el incumplimiento del deber de elaboración de un estudio económico-financiero adecuado no debe comportar la invalidez de las determinaciones del plan no conectadas con el uso de recursos públicos, como por ejemplo las referidas a ordenación o protección. Consideramos, sin embargo, que la ausencia de consideración de la viabilidad o la ausencia de consideración de las alternativas menos costosas deberían conducir a la anulación de la ordenación urbanística por infracción de ese deber, conectado con el principio de eficiencia administrativa.

V.2 Motivación y buena administración. Las conexiones entre procedimiento administrativo, entendido como fundamentación, y motivación, entendida como elemento unido a la causa y, por tanto, al fondo de la decisión discrecional.

Queremos hacer referencia, dentro de este capítulo dedicado a la incidencia del deber constitucional de buena administración en el procedimiento administrativo, a la cuestión de la motivación. Pudiera parecer sorprendente la alusión a la motivación en el ámbito de la presente investigación, centrada en el procedimiento administrativo, desde la visión dominante que entiende procedimiento y motivación como realidades distintas, siendo la motivación, desde este punto de vista tradicional en nuestro país, un elemento puramente formal, desligado, pues, del desarrollo de la función administrativa y orientado a la defensa del interesado en sede judicial. Sin embargo, como a continuación se argumentará, procedimiento y motivación, aún siendo dos realidades distintas son inextricables, por cuanto entre ellas existen numerosos punto de contacto e interacción. En este sentido, deber de buena administración y motivación enlazan mediante del modo de desarrollo de la función administrativa, a través del procedimiento administrativo.

La motivación, entendida como "la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento a la decisión jurídica" tomada por la Administración¹⁵⁷¹, ha sido conceptuada tradicionalmente por la jurisprudencia surgida al amparo del art. 43.1 LPA de 1958 como un puro requisito de forma, desligado de la existencia o no de razones que

¹⁵⁷¹ STS de 15 de octubre de 1983 (Ar.1590).

sustenten la decisión¹⁵⁷². Desde la consideración de la motivación como un mero instrumento facilitador del control judicial de la actividad administrativa¹⁵⁷³, la única causa por la que se procede a la anulación por ausencia o defecto en la motivación es la existencia de indefensión del interesado; sin embargo, el concepto de indefensión recibe una curiosa interpretación por parte de la jurisprudencia: no existe ésta si "el interesado pudo a su tiempo, y adecuadamente, interponer los oportunos recursos en vía administrativa y judicial"¹⁵⁷⁴.

Esta visión de la motivación como un simple requisito de forma, desconectado del modo de desarrollo de la función administrativa y entendido sólo en clave de control judicial por causa (restringida) de indefensión ha conducido a un paulatino menosprecio por la existencia de una adecuada motivación, en un proceso que en Italia ha sido denominado por GIANNINI *dequotazione*¹⁵⁷⁵ y que ha sido descrito en nuestro país con agudeza por FERNANDO PABLO.¹⁵⁷⁶

Sin embargo, este enfoque de la motivación como puro elemento formal, reducido a

¹⁵⁷² Por todas, STS de 22 de septiembre de 1981 (Ar. 3742), la cual señala que "la falta de motivación (...) no constituye en nuestro ordenamiento sino un defecto de mera forma intrascendente a la legalidad y validez del fondo del acto respectivo (...). El tratamiento específico de la fundamentación formal de los actos administrativos es el de una simple cuestión concerniente a los requisitos de forma de los mismos cuya ausencia nada dice en orden a la real existencia de los motivos determinantes del contenido de la declaración de voluntad de la Administración".

¹⁵⁷³ Por todas, STS de 24 de noviembre de 1973 (Ar. 4149): "el requisito de la motivación (...) debe entenderse encaminado a hacer posible el control y la fiscalización jurisdiccional".

¹⁵⁷⁴ STS de 26 de mayo de 1990 (Ar. 4866), por todas.

¹⁵⁷⁵ GIANNINI, M.S., "Motivazione dell'atto amministrativo", en AA.VV, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVII, Milán, Giuffrè editore, pp. 265 y ss, donde pone de relieve que, paradójicamente, la devaluación judicial de la motivación "attenua la finalit  garantisca".

¹⁵⁷⁶ FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 113 y ss., "La motivación del acto administrativo en la Ley 30/1992", en LOPEZ ROD , L, y FREITAS DO AMARAL, D., *Procedimiento administrativo*, op.cit., pp. 198 y ss..

una función meramente defensiva en vía judicial, no es sostenible a la vista de nuestro texto constitucional. No se trata tan sólo, que también, de que el tradicional concepto restringido de indefensión por ausencia o defecto de motivación deba modificarse, conectándolo con el art. 24 CE¹⁵⁷⁷, sino de que la arquitectura constitucional demanda la motivación de las decisiones administrativas por otras causas, además de la defensa del interesado y la facilitación del control judicial¹⁵⁷⁸. A nuestro entender, *la Constitución implícitamente contempla un deber de motivar las decisiones administrativas discrecionales*, plasmado explícitamente ahora a nivel legal por el art. 54.1 f) LRJPAC en referencia a los actos administrativos, *en conexión con el deber de buena administración y el principio de transparencia*, contribuyéndose con el mismo, en definitiva, a fortalecer mediante la exteriorización de las razones y del criterio de decisión la *legitimidad* de la alternativa finalmente elegida.

Por lo que se refiere a la conexión entre motivación y *buena administración*, los principios constitucionales analizados en su momento demandan la motivación de las decisiones administrativas discrecionales. El *principio de racionalidad*, contemplado en el art. 9.3, exige la existencia de razones que sostengan la alternativa elegida por la Administración,

¹⁵⁷⁷ En este sentido, FERNANDO PABLO, M., *La motivación...*, op.cit., pp. 157 y ss., "La motivación...", op.cit., pág. 201, y "La motivación de los actos urbanísticos", *RVAP*, núm. 43, 1995, pág. 99, quien entiende que la inmotivación o defectuosa motivación de un acto administrativo puede entrañar una vulneración del art. 24.1 CE siempre que se priva al potencial recurrente de elementos de contradicción que dificulten o impidan anticipar idealmente la línea de defensa de la Administración sobre la regularidad del acto, creándole un obstaculo de importancia en la protección de sus derechos o intereses. Supera así este autor, a nuestro juicio acertadamente, la línea jurisprudencial antes expuesta, para la que la posibilidad de interponer recursos eliminaba automáticamente la existencia de indefensión.

¹⁵⁷⁸ Aunque esta vertiente tampoco pueda ser desdeñada, a la vista del art. 106.1 CE, como señala FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pp. 153 y ss.

imponiendo por tanto la motivación¹⁵⁷⁹. Esta nueva vía de conexión entre los postulados constitucionales ha empezado a ser explorada por la doctrina¹⁵⁸⁰ y la jurisprudencia. Esta última ha trazado, precisamente, la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad de la mano de la existencia y conocimiento de razones justificadoras de la elección efectuada. En este sentido, se ha señalado que "nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras lo segundo, o no tiene motivación respetable (...) sino la conocida *sit pro voluntas*, o la que ofrece es tal que, escudriñando en su entraña denota (...) su carácter realmente indefendible, su inautenticidad..."¹⁵⁸¹, siendo la arbitrariedad "fruto de una decisión *carente de la necesaria motivación y fundamentación*", a diferencia del legítimo ejercicio de la discrecionalidad, en donde sí concurren ambos elementos¹⁵⁸². De igual forma, se ha señalado que la motivación permite saber si "hubo

¹⁵⁷⁹ Como señala IGARTUA SALAVERRIA, J., "Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", *RAP*, 92, 1996, pág. 554, "no todos los medios se revelan igualmente eficaces para satisfacer el interés general, ni la relación cantidad/calidad-precio (o sea lo que se invierte y lo que se consigue) es la misma para todos ellos. Por ejemplo, optar por un medio que procura escaso rendimiento en aras del interés general y de un elevado coste social, sería irracional, arbitrario. La *arbitrariedad* es el pecado general por excelencia que debe evitar la Administración. Y, contra arbitrariedad, racionalidad. Esto es, la Administración no sólo debe justificar la coherencia del medio elegido con el objetivo perseguido, sino además por qué se ha seleccionado ese medio precisamente. Pero ¡ojo!, con ello no se anula la "legítima libertad de decisión"; se requiere sólo (y ya es bastante) que venga provista de una justificación razonable".

¹⁵⁸⁰ Vid. al respecto FERNANDEZ, T.R., *Arbitrariedad y...*, op.cit., pp. 105 y ss., FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pp. 141 y ss., y IGARTUA SALAVERRIA, J., "Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial", *RVAP*, 46, 1996, pp. 97 y ss., quien indica que "una decisión es arbitraria, no porque en línea de principio *no haya* razones en su favor, sino porque quien la ha tomado *no tiene* razones para justificarla. De ahí que, a mi juicio, la presencia de la motivación y su hechura sea el elemento esencial para discriminar lo racional de lo arbitrario"; por eso "cuando la Administración no motiva incurre en arbitrariedad por partida doble: primero porque *no garantiza* (y sin garantías no hay nada) que *tiene razones* que sustentan lo decidido; y segundo porque de verdad *no tiene razones* para *no dar razones* a quien debe dárselas (para empezar a la parte afectada por la medida administrativa)".

¹⁵⁸¹ STS de 10 de marzo de 1969 (Ar. 1262).

¹⁵⁸² STS de 10 de febrero de 1984 (Ar. 795) y de 11 de abril de 1984 (Ar. 1918).

un uso lógico y racional" de la discrecionalidad¹⁵⁸³.

En consecuencia, el principio constitucional de racionalidad demanda que la elección en base a criterios extrajurídicos que conforma el núcleo de la discrecionalidad se efectúe de acuerdo con razones plausibles, las cuales además deberán exteriorizarse mediante la motivación, a fin de conocer el criterio utilizado en la decisión. El principio de interdicción de la arbitrariedad no sólo actúa como tamiz de decisiones manifiestamente absurdas¹⁵⁸⁴, sino que su vertiente positiva exige, como ya vimos¹⁵⁸⁵, decisiones racionales pero, además, motivadas¹⁵⁸⁶.

La motivación actúa como instrumento para el logro del principio de racionalidad, por cuanto, como ha sido notado, mediante la misma se pretende "*no sólo obligar a la Administración a exponer sus razones y comunicarlas a los interesados, sino, fundamentalmente, a tenerlas y expresarlas como tales*"¹⁵⁸⁷. El desarrollo racional de la función administrativa exige que ésta se sostenga con razones, que la motivación obliga a considerar y sopesar, al ser necesario extraerlas del expediente y ponerlas por escrito para su conocimiento. En este sentido puede afirmarse que el deber de motivar derivado del art. 9.3 CE es un factor racionalizador del proceso de toma de decisiones, al actuar sobre el decisor, quien sabe que debe proveerse de razones durante la elaboración de la decisión, pues

¹⁵⁸³ STS de 17 de abril de 1997 (Ar. 2779).

¹⁵⁸⁴ Vid. *supra* Cap. IV.4.3.

¹⁵⁸⁵ Vid. *supra* en este mismo capítulo, apartado 1.1.

¹⁵⁸⁶ Como indica RABIN, R.L., "Job security and Due Process: monitoring administrative discretion through a reasons requirement", 44 *University Chicago Law Review*, 60, 1976, pág. 75, "the very essence or arbitrariness is to have one's status redefined by the state without an adequate explanation of its reasons for doing so".

¹⁵⁸⁷ FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 178 (Los subrayados proceden del original).

tras la elección de la alternativa va a tener que exponer éstas y el criterio utilizado, lo que aleja tentaciones de soluciones cómodas, basadas en el puro intuicionismo, cuando no en el desnudo capricho¹⁵⁸⁸.

En segundo lugar, el *principio de objetividad* también demanda la existencia de motivación. Como ya sabemos, del principio de objetividad se derivan deberes procedimentales concretos, consistentes en la suficiente fundamentación de la decisión a adoptar, es decir, en la investigación de los hechos e intereses envueltos en la misma y en su real toma en consideración, a fin de que la solución por la que se opte esté suficientemente fundada y ponderada¹⁵⁸⁹. Pues bien, la motivación de la decisión obliga al decisor no sólo a tener razones, sino a que éstas estén apoyadas por datos fácticos suficientes y a que la alternativa elegida sea el resultado de la consideración de los intereses afectados a la luz de esos datos, ya que estos factores deberán reflejarse en la misma.

Como sostiene FERNANDO PABLO, la motivación supone "destacar del material que consta en el expediente y que se ha recopilado en la instrucción, aquel contenido que se ha considerado decisivo para la resolución"; la misma actúa como mecanismo que garantiza una "justificación racional en la ponderación de intereses", al dejar traslucir un "criterio razonable de decisión" en la ponderación de los intereses, presentándose la decisión "frente a la opinión pública y los interesados como resultado del ejercicio no puramente arbitrario, subjetivo o caprichoso, sino objetivo imparcial y público de un poder conferido para actuar, *en el supuesto concreto*, como *de facto* se ha actuado"; por todo ello debe existir la

¹⁵⁸⁸ Como indica SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 130, "la racionalización que la exigencia de resolución expresa entraña se acrecienta en los supuestos en los que la resolución debe ser además motivada".

¹⁵⁸⁹ Vid. al respecto, Cap. IV.2.2 a) y en este mismo capítulo, el apartado 2.

motivación por imposición, entre otros, del principio de objetividad¹⁵⁹⁰.

En este sentido, las SSTS de 27 de febrero de 1990 (Ar. 783), 28 de febrero de 1990 (Ar. 784) y 21 de septiembre de 1990 (Ar. 6847), señalan que:

"si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, como lo impone el artículo 103 de la Constitución Española, *es mediante la motivación de sus actos*, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al cumplimiento de sus fines, sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmulas convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determina la decisión".

En la misma línea, la STS de 19 de julio de 1996 (Ar. 6039), a propósito de la concesión de unas subvenciones discrecionales por el Consejo General del Poder Judicial a diversas asociaciones judiciales, destaca que:

"sólo a través de una congrua (*sic*) motivación puede la jurisdicción ejercitar con garantía su control fiscalizadora (control de hechos determinantes, aplicación correcta o *valoración correcta de los intereses en juego*, etc.)".

La motivación al exteriorizar las razones y el criterio de decisión obliga al decisor a ponderar los elementos del caso, ponderación que debe advertirse en el texto de aquélla. Por otro lado, es evidente que, en caso de conflicto judicial, el tribunal mediante el análisis de

¹⁵⁹⁰ FERNANDO DE PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pp. 152, 153 y 189.

la motivación puede comprobar si ha existido o no la toma en consideración y ponderación reflexiva de los datos e intereses del asunto, según demanda el principio de objetividad. Por tanto, éste no sólo demanda una decisión fundamentada mediante el seguimiento del procedimiento administrativo pertinente, sino también motivada, a fin de que se exteriorice la ponderación realizada y la aplicación del criterio extrajurídico usado para otorgar distinto peso a los intereses implicados. Ambos requisitos, aunque conectados, son distintos y los dos derivan del principio de objetividad. Como señala la STS de 10 de febrero de 1997, referida a una adjudicación de lotería, cuando existe discrecionalidad es preciso que la Administración "valore íntegramente el contenido del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión" pues la discrecionalidad ha de ejercerse "ponderada y racionalmente", de ahí la importancia de la motivación.

Por lo que se refiere al resto de principios constitucionales de buena administración, la implementación de los mismos a través del procedimiento administrativo se ve también reforzada por la existencia de una adecuada motivación. Así, respecto del deber de *coordinación*, la motivación fuerza a exteriorizar el conocimiento y ponderación de los intereses públicos afectados por la decisión, lo que contribuye a garantizar que el decisor durante el procedimiento actuará de forma diligente en aras de su conocimiento y toma en consideración. Por lo que se refiere a la *eficacia*, se ha de recordar que de este principio no sólo surgía un deber de agilidad en la tramitación del procedimiento, sino un mandato de potenciación de la *efectividad* de la decisión a adoptar mediante el procedimiento, lo que incluía el cuidado de su *aceptación social*¹⁵⁹¹. En este sentido, y como ya se apuntó entonces, la exteriorización de las razones que sustentan una decisión puede contribuir en gran medida a su aceptación por los interesados y por el cuerpo social en general,

¹⁵⁹¹ Vid. supra en este mismo Capítulo, el apartado 4.

aumentándose de esta manera la eficacia al lograrse el consenso y evitarse costosos y largos enfrentamientos judiciales¹⁵⁹². Ese consenso y esa aceptabilidad pueden lograrse mediante la motivación, ya que como afirma AARNIO "la exigencia de justificación fáctica ha desplazado la fe en el poder mismo", fe que se encuentra fuertemente mermada en las culturas jurídicas occidentales en comparación con décadas anteriores¹⁵⁹³. Finalmente, la toma en consideración de elementos de índole económica propugnada por los principios de *eficiencia y economía* también se garantiza a través de la motivación, por cuanto la exteriorización del criterio de decisión y de las razones sustentadoras de ésta impulsan a que estos aspectos se ponderen en el momento de la toma de decisión, al obligar a un esfuerzo de síntesis y expresión de los mismos¹⁵⁹⁴.

En definitiva, la motivación actúa como un instrumento al servicio del deber constitucional de buena administración¹⁵⁹⁵, al obligar al órgano decisor a tener razones y un criterio racional y ponderado que sustente el ejercicio de la discrecionalidad¹⁵⁹⁶. ISAAC

¹⁵⁹² Aspecto que es puesto de relieve por ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 549.

¹⁵⁹³ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, CEC, Madrid, 1991, pág. 15.

¹⁵⁹⁴ Vid. al respecto la STS de 21 de noviembre de 1993 (Ar. 6623), en la que se destaca la importancia de la Memoria de los planes de urbanismo desde el punto de vista del interés público, "porque viene a asegurar que verdaderamente se va a hacer efectivo en la realidad el modelo territorial justificadamente elegido".

¹⁵⁹⁵ Sobre las conexiones del art. 103 CE con la motivación, vid. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., "Juzgar...", op.cit., pág. 527. En Italia, vid. las consideraciones de CARETTI, P., "Motivazione", *Enciclopedia Jurídica Treccani*, op.cit., pág. 3, sobre la motivación de decisiones administrativas como medio para la realización de los principios de imparcialidad y *buon andamento*, así como las referencias bibliográficas allí citadas.

¹⁵⁹⁶ En este sentido, ROMANO TASSONE, A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, pág. 343, y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., "Juzgar a la Administración...", op.cit., pág. 526: "al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigidas por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes,

ha notado la conexión de la motivación con el buen ejercicio de la discrecionalidad, por cuanto la primera obliga a quien toma la decisión a tener buenas razones para hacerlo¹⁵⁹⁷. En cambio, "l'administrateur qui n'est pas obligé de motiver a tendance à se contenter d'une intuition d'ensemble; on ne l'oblige pas à la disséquer; ses motifs généraux peuvent rester souvent inconscients, ses différents raisons peuvent ne pas être isolées et rester confondues dans un sentiment global, conserver quelque chose d'irrationnel"¹⁵⁹⁸. La motivación obliga a la Administración a realizar un examen particular de la cuestión, a tomar en consideración todos los hechos e intereses, todas las alternativas, evitando así decisiones intuitivas, precipitadas o no objetivas¹⁵⁹⁹. En la misma línea se ha pronunciado la doctrina norteamericana, destacando DAVIS que uno de los modos de estructurar la discrecionalidad es la motivación de su ejercicio, pues "tend to protect against careless or hasty action, help assure that the main factors and ideas have been considered, make easier the supervision of the officer by a higher officer, and help parties to decide whether or not to seek administrative o judicial review"¹⁶⁰⁰. En el ámbito británico, el ya citado informe *Administrative Justice. Some necessary reforms* del comité JUSTICE-All Souls ha destacado,

del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana de ayer y de hoy".

¹⁵⁹⁷ ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 546.

¹⁵⁹⁸ ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 547.

¹⁵⁹⁹ ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 547.

¹⁶⁰⁰ En idéntico sentido, FRIENDLY, H.J., "Some Kind of hearing", *University of Pennsylvania Law Review*, 1975, vol.123, pág. 1292 (sosteniendo que la motivación evita decisiones erróneas, fomenta la aceptación de la decisión por los particulares y ayuda, además, al control judicial), y RABIN, R.L., "Job security and Due Process...", op.cit., pág. 75, quien destaca que "a decision that must be expressly supported by a detailed statement of reasons is less likely to be taken lightly. A reasons requirement would promote a heightened sense of accountability, an added impulse to investigate thoroughly, and a tendency to clarify analysis (and in some cases, confront dubious motives)".

igualmente, que la motivación sirve para "to improve the quality of decision making". El deber de motivar "imposes a healthy discipline on the decision-maker", mejorando la calidad de la decisión. En definitiva, "reasons are a check on arbitrary decision-making and a fundamental of good administration"¹⁶⁰¹. Como ha sido señalado por BENTHAM, "good decisions are such decisions for which good reasons can be given"¹⁶⁰².

Esta conexión entre buena administración y motivación puede encontrarse latente en alguna jurisprudencia del TS. Es el caso de las SSTs de 4 de julio de 1986 (Ar. 4076) y 10 de junio de 1994 (Ar. 5241). En la primera, a propósito de la potestad discrecional de un Rector universitario en relación a la provisión de plazas vacantes del Cuerpo de Profesores Adjuntos, el TS realiza las siguientes afirmaciones que creemos sintetizan acertadamente cuanto se viene exponiendo:

"pero además, y aun suponiendo que tales normas no resultasen aplicables, tampoco podría admitirse una decisión total y absolutamente discrecional, en el sentido de que el Rectorado pueda elegir libremente, y sin atenerse a regla alguna objetiva, sobre si una vacante ha de debe cubrirse por el turno de traslado o por el de concurso, ya que la Constitución impone a la Administración (artículo 103.1) que sirva "con objetividad los intereses generales" y a los Tribunales (Artículo 106.1) que controlen "La legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento a los fines que la justifican", y *ello obligaría por sí sólo a declarar contraria a Derecho una Orden como la de 28 de enero de 1980, en la que no se da una sólo razón que*

¹⁶⁰¹ JUSTICE-All Souls, *Administrative Justice...*, op.cit., pp. 24 y 69.

¹⁶⁰² Citado por FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 43, nota 2.

*intente (al menos) explicar cuáles son los fines que puedan justificar la decisión que en ella se adopta, ni los "intereses generales" que objetivamente reclamen, o aconsejen, tal decisión"*¹⁶⁰³.

La conexión entre discrecionalidad, buena administración y motivación también es puesta de relieve por la segunda de las sentencias citadas. En la misma se conocía de la impugnación de la decisión discrecional de no renovar unas cesiones administrativas para aprovechamientos de dominio público para cultivo de arroz, secano y pastoreo. Frente a al argumento de que era innecesaria la motivación, el TS señala que:

"lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la

¹⁶⁰³ Ante el intento de motivar la decisión acudiendo al argumento de que a falta de una normativa específica el Rectorado debe decidir con criterio discrecional, el TS, abundando en lo ya expuesto, destaca acertadamente que:

"pero la discrecionalidad no ha sido jamás (y menos puede serlo a partir de la Constitución, en virtud de lo dispuesto en sus citados artículos 103.1 y 106.1 y también en el 9.3, in fine) la posibilidad de decidir libérrimamente, sin atenerse a ninguna regla o criterio objetivo. Esto último es arbitrariedad (...). El artículo 9.3, de la Constitución garantiza "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", y, por tanto, la de la Administración, que, aun en el ejercicio de una indiscutible potestad discrecional, ha de someter su actuación a los fines que la justifican y servir objetivamente los intereses generales".

Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales - artículo 103.1 de la Constitución Española - y, por tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita".

Obsérvese la conexión entre las ideas aludidas. La Administración debe administrar bien, ponderando de forma razonable los hechos e intereses del caso. La motivación actúa de indicador del modo de desarrollo de la discrecionalidad, por lo que es necesaria para que la Administración misma constate que tiene suficientes razones fundadas para decidir, a la vez que es una señal de gran utilidad para el control judicial y la protección de los intereses implicados. Por todo ello, la motivación, además de ser una "garantía para el interesado" y de "facilitar el control jurisdiccional de la Administración", tiene la función "desde el punto de vista interno" de "asegurar la *seriedad en la formación de la voluntad* de la Administración", como señala la STS de 18 de abril de 1990 (Ar. 3600). Buena administración, procedimiento y motivación aparecen, pues, unidos, aspecto al que, en general, no ha parecido dársele hasta el momento la relevancia requerida¹⁶⁰⁴.

En otro orden de cosas, en cuanto a las conexiones entre motivación y *transparencia*, debe señalarse la función instrumental de la primera en relación con la segunda. La

¹⁶⁰⁴ TORNOS MAS, J., "Algunes reflexions sobre la Llei de règim jurídic de les administracions públiques i el procediment administratiu comú", *Autonomies*, núm. 16, 1993, pág. 11, acierta a destacar esta relación al señalar "la importància de la via procedimental com a institució en la qual es configura la voluntat de l'Administració per mitjà d'un procés que després es reflecteix en la motivació de l'acte administratiu. La legitimitat de la decisió administrativa no rau en la vinculació de l'aparell servicial a un govern democràtic sinó en l'actuació per mitjà d'una via prèviament establerta en la qual es conforma aquesta voluntat en contacte amb els interessos en joc. Dins d'aquest procés es conforma l'exercici de la potestad discrecional, el resultat de la qual serà difícilment controvertible si la mateixa Administració "s'ha omplert" de raó en fundar la seva decisió en les garanties pròpies del procés decisió. Per aixó donem importància al fet que la nova llei obligui a motivar l'acte discrecional i, vinculat a aixó, al fet que el procediment recuperi la seva funció d'encert en la decisió administrativa".

motivación, al permitir la exteriorización de las razones y criterios de las decisiones administrativas, contribuye al logro de una Administración más transparente y próxima a los ciudadanos, como ha sido notado por la doctrina¹⁶⁰⁵, en la línea exigida por la cláusula de Estado democrático contenida en el art. 1.1 CE¹⁶⁰⁶, y, en desarrollo de éste, por el art. 3.2 g) LOFAGE. En definitiva, la motivación es un elemento que permite hacer realidad el designio manifestado hace más de doscientos años por el art. 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, con su bella y concisa prosa: "la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración"

Por último, queda referirnos a las anunciadas relaciones entre motivación y *legitimidad* de la actividad administrativa. En su momento se puso de relieve la pluralidad de vías de legitimación del actuar administrativo que podían detectarse a finales de nuestro siglo¹⁶⁰⁷. Como entonces se argumentó, la legitimidad legal-racional es insuficiente en los casos en los que el ordenamiento abre espacios decisionales a la Administración para determinar la solución de interés general en un caso determinado. Junto a la misma, nuestra Constitución exige una legitimación a través de la buena administración, como nos consta,

¹⁶⁰⁵ Vid. por ejemplo AUBY, J.M., "Hacia la transparencia...", op.cit., pág. 321, MODERNE, F., "Las relaciones...", op.cit., pág. 54 y 60 y ss., GIMENO FELIU, J.M., "Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento", *RAP*, 137, 1995, pág. 174, FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 26 y 151 y ss., y FERNANDEZ, T.R., "De nuevo...", op.cit., pág. 592, donde destaca que "hay que tener presente que la exigencia constitucional y legal de motivación no cumple sólo en el Derecho Público una función procesal para facilitar el ulterior control jurisdiccional de la decisión, que a falta de una motivación suficiente no sería posible, sino también la función extraprocesal de permitir un control externo, general y difuso por la colectividad en su conjunto del fundamento lógico, fáctico y valorativo de la decisión administrativa e, incluso, del ulterior juicio que sobre ella puedan eventualmente pronunciar los tribunales".

¹⁶⁰⁶ Sobre la conexión entre el art. 1.1 CE y el principio de transparencia, vid. SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 143 y ss; en relación a la relación entre la motivación y los principios democrático y de transparencia de la Administración, vid. SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pp. 251 y ss.

¹⁶⁰⁷ Vid. *supra* Cap. IV.3.

así como mediante una relación con los ciudadanos que permite hacer efectivo el principio de transparencia y el respeto de la dignidad de los ciudadanos (art. 10.1 CE), el cual exige que sus intereses e inquietudes sean escuchados y tomados en consideración, sin que quepa tratarlos como si fueran incapacitados o menores de edad. Es lo que MESCHERIAKOFF ha llamado la *legitimidad-equidad*¹⁶⁰⁸.

La motivación contribuye a la consecución tanto de la legitimación por buena administración como a la legitimidad-equidad, al exteriorizar las razones de las decisiones. Respecto a la primera, porque como señala la STS de 11 de junio de 1991 (Ar. 4874), recaída a propósito de la adjudicación de un contrato mediante concurso público:

"la justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de su discrecionalidad aceptada por los participantes en un concurso. *La actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad y, en lo que ahora importa, de buena administración*".

La motivación posibilita que el poder de la Administración obtenga "un cierto reconocimiento social" una "dosis, mayor o menor pero siempre significativa, de aceptación", aceptación, por otro lado, necesaria para lograr la efectividad de las decisiones tomadas al amparo de ese poder, como ya nos consta¹⁶⁰⁹. En cuanto a la legitimidad-equidad, partiendo de la pérdida de fe en la autoridad experimentada en las sociedades occidentales en las últimas décadas, aspecto que como vimos destaca AARNIO, la motivación

¹⁶⁰⁸ MESCHERIAKOFF, S., "Legalidad, eficiencia y equidad...", op.cit., pp. 128 y ss.

¹⁶⁰⁹ FERNANDEZ, T.R., "¿Debe la Administración...?", op.cit., pág. 396.

contribuye a su logro, por cuanto tal legitimidad depende de la capacidad de la Administración para persuadir a los individuos de la validez de su opinión y convencerles de la validez de su razonamiento¹⁶¹⁰.

Por todo lo expuesto hasta el momento, consideramos que de los arts. 1.1, 9.3, 24.1, 103.1, 106.1 y 31.2 CE se deriva un auténtico deber jurídico de motivación de las decisiones administrativas, especialmente, por lo que ahora nos interesa, de las discrecionales¹⁶¹¹.

Deber que se inscribe coherentemente en la trama constitucional de exigencia de justificación de las decisiones del poder público, contemplada en los arts. 88 y 120.3 CE, para las leyes y las sentencias, respectivamente.

Este deber jurídico ha encontrado su reflejo legal en el art. 54.1 f) LRJPAC, formando parte de la materia procedimiento administrativo común, para el caso de los *actos administrativos*¹⁶¹².

Sin embargo, consideramos que este *deber constitucional* no ha de referirse sólo al caso de los actos administrativos discrecionales, sino que ha de entenderse aplicable a todo tipo de decisiones administrativas discrecionales, incluso cuando éstas se vehiculen a través de *planes y reglamentos*¹⁶¹³. En estos casos, las exigencias constitucionales de buena administración, transparencia y legitimidad siguen vigentes, con más razón si cabe, dada la

¹⁶¹⁰ Como subraya MESCHERIAKOFF, S., "Legalidad, eficiencia y equidad...", op.cit., pág. 136, y FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pp. 145 a 147.

¹⁶¹¹ Como deber jurídico se define la motivación de las decisiones discrecionales por las SSTs de 15 de noviembre de 1995 (Ar. 8549) y 6 de febrero de 1996 (Ar. 1691). La primera indica que existe un deber "insoslayable" de la Administración de "razonar las decisiones que adopta" de "modo suficiente". La segunda establece que "cuando la Administración hace uso de potestades discrecionales viene especialmente obligada a razonar y motivar suficientemente su decisión".

¹⁶¹² Vid. en este sentido FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pp. 38 y ss.

¹⁶¹³ En contra, refiriéndose al caso de los reglamentos, la STS de 19 de abril de 1993 (Ar. 2845), que sostiene que la exigencia de motivación sólo se predica de los actos administrativos, en aplicación del entonces vigente art. 43 LPA de 1958.

mayor amplitud e importancia de la discrecionalidad. La justificación del reparto competencial sobre la materia procedimiento administrativo común - orientado a establecer un común denominador normativo suficiente para fijar unos estándares en las *garantías de los ciudadanos* y en el *acertado desarrollo de la función administrativa* - demanda que la exigencia de motivación sea aplicable a todo tipo de decisiones discrecionales¹⁶¹⁴. Por ello entendemos que la LRJPAC debería incluir una referencia genérica a éstas, no sólo al caso de los actos administrativos. Otra cosa es que luego se precisara el alcance y modo de articulación de tal obligación, tanto por parte del legislador autonómico, al ejercer sus competencias en materia de procedimiento, como por parte de las normas sectoriales, sean éstas autonómicas, estatales o locales, al formalizar los distintos procedimientos, respetando siempre, por supuesto, la regulación común estatal y su desarrollo autonómico.

En el caso de los planes administrativos, la legislación sectorial ha suplido esta ausencia de referencia de la LRJPAC, exigiendo la motivación de los mismos, como ocurre en el conocido caso de los planes urbanísticos, donde se ha articulado una motivación *per relationem*, en la que la *Memoria* tiene un papel fundamental, repetidamente destacado por la jurisprudencia del TS¹⁶¹⁵. Creemos que sería preciso incorporar a la LRJPAC, como exigencia derivada del procedimiento administrativo común, la obligación de motivar los planes administrativos, aunque las modalidades y alcance de este deber pueda ser matizado, que no eliminado, por la legislación de desarrollo autonómica y la sectorial.

¹⁶¹⁴ Sobre ambas facetas del procedimiento administrativo común, vid. *infra* Capítulo VI.2. En referencia específica al papel de la motivación como garantía de los interesados frente a la Administración, lo que justifica su pertenencia a la materia procedimiento administrativo común, vid. FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 40.

¹⁶¹⁵ Sobre la Memoria de los planes urbanísticos pueden consultarse los estudios de SANCHEZ BLANCO, A., "La memoria en el planeamiento urbano", *RAP*, 86, 1978, pp. 461 y ss., DELGADO BARRIO, J., *El control de la discrecionalidad...*, op.cit., pp. 41 y ss., DE VICENTE DOMINGO, R., *Las alteraciones...*, op.cit., pp. 217 y ss., y TRAYTER JIMENEZ, J.M., *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 68 y ss.

En cuanto a los reglamentos, la LRJPAC no se ocupa, como es sabido, ni de su procedimiento de elaboración ni del tema de su motivación¹⁶¹⁶. En la legislación autonómica, la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, cubre esta laguna, al prever en su art. 63.2 que toda propuesta de disposición general autonómica "ha d'anar acompanyada d'una memòria, la qual ha d'expressar prèviament el marc normatiu en què la proposta s'insereix, ha de justificar l'oportunitat i l'adequació de les mesures proposades als fins que es persegueixen i ha de fer referència a les consultes que es poden haver formulat i a altres dades d'interès per a conèixer el procés d'elaboració de la norma". La Memoria de 1992 de la Comisión Jurídica Asesora (pp. 14 y 15) subraya que "Aquest precepte *obliga a donar una explicació de les raons i els criteris adoptats*, la fonamentació de les propostes que es fan, explicitar el contrast entre la proposta de reglament i les disposicions legals que estableixen els objectius a perseguir i concretar els objectius que són fruit de la mateixa funció de govern. En síntesi, la memòria no és una descripció del contingut de la norma proposada, sinó *una justificació i valoració d'aquesta*". La de 1994 sostiene (pág. 22) que esta memoria "ha de contenir elements significatius de valoració, de judici o informació que permeti apreciar l'*oportunitat* i la legalitat de la disposició projectada", debiendo "*complir la funció expositiva dels criteris i opcions efectuades a la vista dels estudis previs*, que sovint no apareixen ni es desprenen de la memòria, però que són base inexcusable de tot projecte

¹⁶¹⁶ Vid. *infra* Capítulo VI.2 una crítica a esta situación.

En otros ordenamientos, la legislación prevé expresamente la obligación de motivar las normas provenientes de la Administración. Es el caso, por ejemplo, del Derecho Comunitario y del Derecho Norteamericano. El primero exige en el art. 190 TCEE que "los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados por el Consejo o la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado". En cuanto al segundo, la sección 553 (c) de la Ley de Procedimiento exige la incorporación de un preámbulo en los reglamentos, en el que se contenga una declaración general y concisa de su fundamento y propósito.

normatiu com a garantia de 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 d'examinar-la". La legislación catalana ha optado, así, por una motivación *per relationem*, contenida en esta memoria¹⁶¹⁷. La Comisión Jurídica Asesora ha resaltado en numerosos dictámenes el sentido justificador de este documento, así como la importancia de su correcta elaboración¹⁶¹⁸.

Entendemos que la obligación de motivar los reglamentos debería incluirse en la LRJPAC, por los motivos apuntados, al igual que se ya incluye en el Derecho Comunitario¹⁶¹⁹. Los modos posibles de articular este deber serían la exigencia de una *memoria*, en la línea ya prescrita por el ordenamiento catalán, y/o la exteriorización de las razones y el criterio de la norma en su *exposición de motivos*. Respecto a ésta última, debe señalarse que si bien los proyectos de ley deben ir acompañados de una exposición de motivos, por exigencia del art. 88 CE, en cambio no existe tal obligación para el caso de los

¹⁶¹⁷ MONTORO CHINER, M.J., "Abast...", op.cit., pp. 132 y ss., pone de relieve que "la memòria del projecte es pot constituir en peça clau de l'estructura i qualitat del projecte", al ajudar a "racionalitzar el procés que porta del "voler" de la norma a la "raó" de la norma: justificar la transformació de la voluntat o del programa polític del text (objectius) en regles jurídiques (mesures)".

¹⁶¹⁸ Así, la Comisión Jurídica Asesora ha señalado en su dictamen 10/1994 que la memoria es "una justificación de la norma propuesta", poniendo de relieve en muchos otros la ausencia o defectos relativos a la memoria. Vid. por ejemplo los Dictámenes 71, 196 y 210 de 1994, donde se denuncia la ausencia de la memoria, o los Dictámenes 94, 129 y 130, en los que se señalan la excesiva brevedad de la memoria o la falta de expresión del criterio de decisión.

¹⁶¹⁹ Como es conocido, en el art. 190 TCE. La jurisprudencia comunitaria ha indicado que el Reglamento puede limitarse a indicar la situación que impulsa su adopción y los objetivos generales que se pretenden obtener con el mismo, pero la exigencia de motivación no es una pura formalidad, sino que está ligada a la defensa de los particulares, la facilitación de la función fiscalizadora del Tribunal de Justicia y el conocimiento estatal de la aplicación del Tratado, así como el ejercicio de posibles recursos.

Sobre el art. 190 TCE y la mencionada jurisprudencia, vid. SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pp. 1412 y ss., y GUICHOT REINA, E., "Control de la discrecionalidad y responsabilidad en el Derecho Comunitario", en HINOJOSA MARTINEZ, E., y GONZÁLEZ-DELEITO, N. (Coord.), *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 271 y ss.

reglamentos, aun cuando el procedimiento de elaboración sea idéntico¹⁶²⁰. La costumbre lleva, sin embargo, a que los reglamentos vayan acompañados de una exposición de motivos, la cual, al igual que la de las leyes, tiene un valor puramente interpretativo según la jurisprudencia¹⁶²¹. Consideramos que en una futura modificación de la LRJPAC debería contemplarse la obligación de incorporar en todos los reglamentos una exposición de motivos, la cual, a parte del tradicional valor interpretativo, debería servir *como motivación de la norma*, bien actuando como *discurso justificativo* de ésta¹⁶²², bien, en conexión con la *previa memoria* redactada ya durante el procedimiento de elaboración, enunciando sucintamente las razones y criterios contenidos en esa memoria¹⁶²³. Si bien creemos que la alternativa debería dejarse en manos de la normativa de desarrollo autonómico, entendemos que la necesidad misma de incorporar una exposición de motivos -con uno u otro alcance - sería importante, a efectos de garantizar, como elementos del procedimiento administrativo común, la *buena administración* y la *transparencia* en el ejercicio de la

¹⁶²⁰ Sobre la obligación de incorporar un preámbulo o exposición de motivos a los proyectos de ley, vid. por ejemplo GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios...*, op.cit., pp. 892 y ss., ANGULO RODRIGUEZ, A., "Iniciativa legislativa gubernamental", en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios...*, op.cit., pp. 255 y ss., y VIVER PI I SUNYER, C., "Proyecto de Ley", en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, op.cit., pp. 5359.

¹⁶²¹ Sobre el valor de las exposiciones de motivos, vid. EZQUIAGA GANUZAS, F.J., "Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos", *RVAP*, 20, 1988, pp. 27 y ss. En la jurisprudencia del TS, vid. por ejemplo las SSTs de 27 de marzo de 1996 (Ar. 2551), 19 de junio de 1992 (Ar. 5352) ó 13 de mayo de 1988 (Ar. 4838), donde se afirma el valor interpretativo de las exposiciones de motivos de los reglamentos administrativos.

¹⁶²² La STS de 27 de junio de 1989 (Ar. 4717) acepta que un expresivo preámbulo puede servir como motivación de un reglamento.

¹⁶²³ FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 140, nota 27, señala que "creemos que es trasladable a nuestro derecho la idea de que las potestades administrativas ejercidas por órganos no parlamentarios requieren una mayor fundamentación". Coincidimos con la apreciación de este autor, por cuanto las normas elaboradas por el Gobierno o la Administración no gozan de la misma transparencia y publicidad características del procedimiento legislativo, por lo que consideramos que el valor de los preámbulos de los reglamentos debe exceder del puramente interpretativo y constituirse en contexto de justificación de la ordenación.

potestad reglamentaria por parte de los Gobiernos y de las Administraciones Públicas. La motivación contenida en la exposición de motivos permitiría a un gran número de ciudadanos - mucho mayor que si sólo se elaborara una memoria durante el procedimiento de elaboración del reglamento - conocer las razones y criterios de la ordenación, fomentando así tanto la mejora de la calidad de la norma como su aceptación social¹⁶²⁴.

Con lo dicho hasta el momento, aparece clara la inextricable conexión entre motivación y modo de desarrollo de la función administrativa. La motivación, en cierta manera, es, junto al expediente administrativo, la *caja negra* del comportamiento administrativo. Los dos elementos, motivación y expediente, registran, como en el caso de las aeronaves si se nos permite el símil, las principales vicisitudes del ejercicio de la discrecionalidad, las cuales deben quedar grabadas en ambos. Como ha señalado CORREALE, en referencia específica a la motivación, "Il serait donc inexact de la "construire" ou de la concevoir en la réduisant aux dimensions d'une "page" écrite, à la mesure pratique spécifique, qui fixe chaque intervention de l'action quotidienne. Au contraire, le thème de la motivation vit et se greffe sur la ligne de faite de (tout le domaine) l'intérêt public, attribué, avec des limites, certes, mais dans sa globalité, au soin de chaque branche d'administration. Le thème de la motivation représente la miroir convexe ou le document microfilmé de toute l'aventure cinétique dans laquelle s'est déroulée et réalisé toute la période d'introduction, d'évaluation et de décision de cet intérêt. Une telle période

¹⁶²⁴ ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, M^a Carolina, *Valor y función de las "exposiciones de motivos" en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1972, pp. 115 y ss., pone de relieve como una de las funciones de las exposiciones de motivos de las normas es explicar el porqué de la regulación a fin de lograr "su cumplimiento por medios no coactivos sino racionales".

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al regular el procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige en su art. 24 a) que se acompañe el proyecto de un "informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél", aunque nada dice sobre el papel de la exposición de motivos, por lo que nada añade, en este punto, a lo existente en la LPA de 1958.

est celle de la *fonction*, durant laquelle, on le sait, le pouvoir abstrait de défense d'un intérêt donné se définit par rapport à des faits de la vie qui exigent une intervention de l'administration, jusqu'à se concrétiser en un acte ponctuel"¹⁶²⁵. Por ello, la motivación supone una especie de revelado del procedimiento, permitiendo que desde el exterior, a través de su análisis, se pueda verificar cómo se ha ejercido la función. La motivación actúa en este sentido como un test, que puede ayudar a constatar si la Administración ha realizado una fase de instrucción correcta y si la decisión tomada ha sido ponderada¹⁶²⁶.

La motivación aparece enlazada, pues, con el *procedimiento administrativo*, como modo de desarrollo de la función administrativa, siendo un indicador que puede ayudar a que los ciudadanos y, en caso de conflicto judicial el tribunal, puedan verificar si en cumplimiento del deber constitucional de buena administración se han llevado a cabo correctamente los deberes procedimentales precisos. En cierta manera la motivación se revela como una ventana al exterior que permite asomarse al modo de desarrollo de la discrecionalidad durante el procedimiento¹⁶²⁷.

Por ello, en el caso de las decisiones administrativas, el *contexto de descubrimiento* (procedimiento administrativo) y el *contexto de justificación* (motivación), si bien son realidades distintas¹⁶²⁸, no son aspectos totalmente independientes o desconectados, como adelantamos en su momento al referirnos a los deberes procedimentales derivados del

¹⁶²⁵ CORREALE, G., "La motivation de l'acte administratif", *RTDP*, 1982, pág. 537.

¹⁶²⁶ CORREALE, G., "La motivation...", op.cit., pp. 539 y ss.

¹⁶²⁷ En este sentido, vid. SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pág. 1403, donde se señala el papel de la motivación como indicador de posibles defectos de fondo.

¹⁶²⁸ Vid. en este sentido, IGARTUA SALAVERRIA, J., "La motivación de las sentencias", *RVAP*, 31, 1991, pp. 145 y ss., y "Discrecionalidad, arbitrariedad...", op.cit., pp. 103 y ss., y FERNANDO PABLO, M.M., "La motivación de los actos...", op.cit., pp. 89 y ss.

principio constitucional de objetividad¹⁶²⁹. El modo como se desarrolla la discrecionalidad y se llega a la solución final y la exteriorización de las razones que sustentan ésta no son compartimentos estancos, sino más bien vasos comunicantes. Como indica BERGHOLTZ, "aunque, como se enfatiza en la teoría de la ciencia, génesis y justificación no son lo mismo, en el razonamiento jurídico los procesos de descubrimiento y justificación interactúan y convergen"¹⁶³⁰. El procedimiento administrativo, además de conducir a la elección de la alternativa más adecuada al interés general, sirve también como justificación de la solución adoptada, por cuanto, como ya nos consta, *fundamenta* esa decisión, al sustentarla con una adecuada fase de instrucción y una ponderación racional de los datos manejados¹⁶³¹. La motivación, por su parte, enlaza parcialmente con el contexto de descubrimiento, por cuanto el deber de sintetizar y exteriorizar las razones y el criterio empleado para decidir obliga al decisor a reflexionar y a encontrar razones válidas que sustenten la alternativa seleccionada, razones que, por otro lado, deberán venir respaldadas de forma congruente por el material contenido en el expediente¹⁶³².

¹⁶²⁹ Vid. *supra* en este mismo capítulo, el apartado 1.2 b).

¹⁶³⁰ BERGHOLTZ, G., "Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", DOXA, 8, 1990, pág. 84.

¹⁶³¹ En este sentido, vid. las ya aludidas consideraciones de BARRAGAN, J., "La respuesta correcta única...", op.cit., pp. 64 y ss., donde se señala que "en el caso de la decisión jurídica la evaluación de la misma (...) se vincula a un complejo proceso de justificación que es inseparable del momento de construcción de la decisión", pues "el análisis del proceso de construcción de la decisión es imprescindible si se desea determinar si la misma está justificada o no", ya que si se produce una rotura entre ambos aspectos, "se corre el riesgo de reducir la justificación de la decisión jurídica a un mero intercambio de verbalizaciones posterior a la decisión misma"; en consecuencia "tendremos que aceptar que el momento de construcción y justificación son inseparables, ya que como 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".

¹⁶³² No compartimos, por tanto, el criterio de IGARTUA SALAVERRIA, J., "Discrecionalidad, arbitrariedad...", op.cit., pp. 103 y ss., quien partiendo de la distinción, aceptada por nosotros, entre contexto de descubrimiento y de justificación, llega a la conclusión, en nuestra opinión desacertada, de desvincular totalmente ambas realidades. Así, por ejemplo, este autor sostiene que "importa un bledo que esas razones hayan sido pensadas antes, durante o después de tomada la decisión. Por ello,

Procedimiento y motivación aparecen interconectados, por cuanto las decisiones administrativas deben estar procedimentalmente fundamentadas y exteriormente motivadas, sin que ambos elementos, aunque diferentes, sean, repetimos, ajenos u opuestos¹⁶³³.

Por todo ello, la motivación está conectada con la *causa* de las decisiones administrativas, entendida, tal y como vimos en su momento, como adecuación entre la decisión administrativa y la finalidad de interés general a perseguir¹⁶³⁴. La motivación permite escudriñar este elemento de las decisiones administrativas, siendo por ello "un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es *interna corporis*, no *externa*; hace referencia a la perfección del acto más que a las formas exteriores del acto mismo"¹⁶³⁵. Como sostiene la STS de 22 de marzo de 1983 (Ar. 1590):

hay que salir al paso de la escandalizada sospecha de que, a veces, las decisiones se justifican *ex post* (como si esto fuera un comportamiento tramposo). Seamos claros: que más da que el juez condene a un individuo movido por el desafecto que siente hacia él, o que la Administración conceda una licencia de obras a un benefactor del partido en el poder, si después se logra motivar esa decisión con razones inapelables. Cargar las tintas sobre la sinceridad y la honestidad de quien decide revela - creo - que resignadamente se acepta lo poco que vale el razonamiento jurídico (es decir, ya que en derecho se pueden justificar las decisiones más dispares - y disparatadas - por lo menos se deberían exigir algunas virtudes morales, como p. ej., la sinceridad".

En primer lugar, consideramos que los contextos de descubrimiento (proceso y procedimiento) y los de justificación (motivación de sentencia y de decisión administrativa) respecto a la función judicial y a la administrativa son distintos y no intercambiables, dada la diversidad constitucional de tareas que, como hemos visto, nuestro texto constitucional reserva a ambas instancias. En segundo lugar, centrándonos en las decisiones administrativas, la motivación de las mismas no creemos que pueda aparecer totalmente desconectada de su procedimiento de adopción. La motivación deberá exteriorizar buenas razones para la decisión tomada, pero tales razones no pueden ser un puro invento verbal, sino que deberán encontrar respaldo en una adecuada fundamentación procedimental, que revele que, efectivamente, se han respetado los deberes de buena administración antes de decidir. No basta con ofrecer bonitas motivaciones, sino que las mismas deben desprenderse de un correcto ejercicio de la función administrativa, lo que no viene exigido por virtudes morales, sino por auténticas obligaciones jurídicas, constitucionales además.

¹⁶³³ FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 150.

¹⁶³⁴ Vid. *supra* Cap. IV.1.

¹⁶³⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R., *Curso...*, op.cit., pág. 541. Vid. también las consideraciones contenidas en las pp. 530 y 531.

"es la motivación de los actos administrativos el medio de control de su causa y por derivación de su procedencia, a cuyo efecto no pueden bastar manifestaciones tan imprecisas y genéricas como las referidas...".

Todo lo expuesto conduce, en nuestra opinión, a que la visión tradicional de la jurisprudencia que entiende la motivación como un *puro elemento formal* deba ser reconsiderada. La motivación no sólo es una garantía formal, en cuanto exteriorización de razones y criterios que así pueden ser conocidas, sino que también lo es de *fondo*, por cuanto tiene influencia sobre la decisión finalmente adoptada, garantizando la ponderación y la coherencia lógica entre la fundamentación procedimental y la resolución final, especialmente por lo que se refiere al ejercicio de la discrecionalidad¹⁶³⁶. En consecuencia, la motivación tiene, en sí misma aunque a la vez en conexión con el expediente, una importante función de logro de buenas decisiones administrativas.

En esta línea, FERNANDO PABLO ha destacado la conexión entre motivación y acierto de la decisión¹⁶³⁷, postulando la necesidad de construir una "nueva dogmática" de la motivación, partiendo de los datos ofrecidos por la LRJPAC¹⁶³⁸. En opinión de este

¹⁶³⁶ En este sentido, ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 547: "On comprend, dès lors, que l'obligation de motiver ne constitue pas seulement une garantie de forme, mais bien une garantie de fond; elle a, en effet, une influence sur le contenu de l'acte lui-même, en interdisant dans une large mesure la précipitation et l'erreur. L'obligation de faire figurer les motifs noir sur blanc et par écrit conduit l'administration à évaluer la portée des textes qu'elle applique et l'état de la situation de fait; elle est particulièrement efficace en cas de pouvoir discrétionnaire en ce qu'elle oblige à l'auteur à un examen particulier de la question. En brief, elle constitue un facteur "pedagogique" de tout premier plan. (...). La cohérence logique entre les motifs et la décision n'est garantie que par une véritable motivation".

¹⁶³⁷ FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 22.

¹⁶³⁸ FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pp. 29 y ss. y 218 y ss., "La motivación de los actos...", op.cit., pp. 89 y ss., y "La motivación del acto...", op.cit., pp. 202 y ss.

autor, la LRJPAC ha introducido una innovación implícita, al situar la regulación y exigencia de motivación entre los elementos del contenido del acto y los de su forma, con lo que la motivación se situaría en una posición intermedia entre ambos, pudiendo funcionar en determinadas situaciones como elemento de fondo, o, si se quiere utilizar la fórmula del Derecho Comunitario, actuando su ausencia como "vicio sustancial de forma"¹⁶³⁹.

Partiendo de la distinción vista entre entorno de descubrimiento y de justificación, la trascendencia de la ausencia o defecto de motivación deberá ponerse en conexión con los datos contenidos en el expediente que refleje el *iter* procedimental seguido. Dependiendo de la mayor o menor complitud de éste, la motivación en cada caso podrá representar un papel simplemente enunciativo de los elementos justificadores y del criterio contenido en el expediente - en cuyo caso se le aplicaría el régimen de los vicios formales - o, por el contrario, será, en sí misma, el *discurso justificativo*, donde se contendrán las razones y el criterio de decisión que no pueda hallarse en el expediente - siéndole de aplicación entonces el régimen invalidatorio propio de los elementos de fondo¹⁶⁴⁰. Esto ocurrirá "en todos los casos en los que la siempre exigible justificación no pueda localizarse en el expediente y sólo pueda encontrarse en la motivación"¹⁶⁴¹.

La aplicación de lo antedicho al caso específico de los actos discrecionales, la interacción entre procedimiento y motivación, actuando ambos como vasos comunicantes,

¹⁶³⁹ Vid. FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 231. Sobre la conexión entre los arts. 173 y 190 TCEE, relacionando motivación y vicios sustanciales de forma, vid. SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pp. 1401 y ss.

¹⁶⁴⁰ FERNANDO PABLO, M.M., "La motivación de los actos...", op.cit., pág. 92: "entre ambos extremos (*motivación formal* con función prevalentemente informadora, constituyendo un elemento de forma en el que juega el límite de la indefensión como correctivo de su irrelevancia invalidante, con justificación por referencia a los datos que obren en el expediente, y *motivación en sí mismo justificativa, como elemento de fondo*, incorporada al contenido de la resolución, cuya ausencia da lugar a anulación por arbitrariedad), debe moverse a dogmática de la motivación".

¹⁶⁴¹ FERNANDO PABLO, M.M., "La motivación de los actos...", op.cit., pág. 94.

conlleva que la ausencia o defecto de motivación deba ponerse en relación con el expediente que refleje el procedimiento seguido para el desarrollo de la discrecionalidad. Así, "si en este no existen elementos justificadores, o el material recopilado es inconsistente o incongruente respecto del sentido de la resolución, (por ejemplo, porque esta se aparta del sentido unánime o mayoritario de los informes), la motivación expresa se transformará en un requisito sustancial, de fondo, desempeñando una función justificadora, dado que, en ausencia de la misma, el acto es materialmente contrario a derecho por arbitrario". En cambio, "cuando en el procedimiento existan elementos de juicio suficientes y congruentes con la resolución adoptada, la motivación (referencial) será un simple elemento de forma al que será aplicable el régimen del art. 63.2, teniendo, por tanto, eficacia invalidante, sólo en tanto en cuanto la omisión o incorrecto cumplimiento hubiera podido producir indefensión", teniendo presente la noción de indefensión de este autor, anteriormente apuntada¹⁶⁴².

El planteamiento de este autor nos parece de interés, por cuanto conecta procedimiento (como modo de desarrollo de la función administrativa y contexto parcialmente justificador) y motivación (como exteriorización de las razones y del criterio de decisión, con conexión con el contexto de descubrimiento). No debe olvidarse, sin embargo, que cuando la motivación actúa como discurso justificativo por ausencia o insuficiencia del expediente, los defectos de éste probablemente comportarán una vulneración del deber de buena administración - especialmente del principio de objetividad- por lo que, en principio, la decisión así adoptada será inválida por una cuestión de fondo; defecto que la motivación, por sí misma, será incapaz de subsanar, puesto que faltará una correcta fase de instrucción y ponderación, no compensable mediante una racionalización *a posteriori* de la alternativa

¹⁶⁴² FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 238, "La motivación de los actos...", op.cit., pág. 100, "La motivación del acto...", op.cit., pág. 216.

elegida. Por otro lado, cuando la motivación simplemente enuncia las razones y el criterio de decisión ya contenidos en el expediente, debe tenerse en cuenta que la obligación de poner "negro sobre blanco", en las palabras de ISAAC, el porqué de la decisión puede ayudar, más allá de una cuestión formal, a acabar de ponderar las razones y perfilar el criterio de la decisión.

El nuevo enfoque de la motivación, desde su anclaje constitucional y su conexión con el deber de buena administración y el procedimiento administrativo, conduce a destacar la necesidad de su existencia, ya expuesta, así como *la exigencia de que su contenido sea adecuado*. Finalmente, también muestra la necesidad de que *el control judicial no menosprecie la importancia de la motivación apropiada* de las decisiones discrecionales, más allá del enfoque tradicional de la mera indefensión, desde una reducida perspectiva de control *judicial*, en lo que ISAAC ha llamado la concepción judicial egocentrista de la motivación¹⁶⁴³. Es preciso que el control judicial tome consciencia de la importancia de la motivación como garantía anterior al proceso judicial, que, en conexión con el procedimiento administrativo, permite el adecuado ejercicio de la discrecionalidad¹⁶⁴⁴.

Por lo que se refiere al *contenido* de la motivación, tanto la garantía de los interesados como la de la buena administración exigen que la exteriorización de la justificación de las decisiones administrativas sea *suficiente y congruente*¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴³ ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág.564: "le juge n'a qu'une conception étroite, en quelque sorte égocentriste, de la motivation; il la considère trop exclusivement en tant que moyen facilitant son *propre contrôle*".

¹⁶⁴⁴ Sobre la importancia de la motivación como garantía en sí misma, con independencia de la existencia de un hipotético proceso contencioso, vid. FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 177.

¹⁶⁴⁵ MAZZARELLI, V., "Motivazione II", Enciclopedia Jurídica Trecchani, op.cit., pág. 6, indica que la motivación debe ser "*sufficiente*, cioè non è sommaria e non è *generica*; se, ancora, la motivazione è *congrua*, cioè non è *illogica*, non è *contraddittoria*, non è *perplexa*, non è *equivoca*, non è *erronea*".

Respecto a la suficiencia, el art. 54.1 LRJPAC en referencia a los actos exige una "sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho". La suficiencia, por tanto, depende de la interpretación, caso por caso, de un concepto jurídico indeterminado cual es el de "sucinta referencia", que no excluye la posibilidad de concisas motivaciones¹⁶⁴⁶; la concreción de este concepto dependerá del tipo de discrecionalidad concreta, así como del fundamento existente en el expediente, al cual, como es sabido, puede remitirse la motivación, si bien los informes o dictámenes deberán incorporarse al texto de la misma (art. 89.5 LRJPAC)¹⁶⁴⁷, por lo que no sería aceptable, sin más, una remisión genérica al

¹⁶⁴⁶ STS de 3 de junio de 1981 (Ar. 2506): "no cabe confundir la brevedad y concisión de términos de actos administrativos con la falta de motivación, ni necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido ese requisito con que, aun sumariamente, se indique inequívocamente el fundamento de la resolución". La STS de 5 de diciembre de 1990 (Ar. 9732) distingue entre la "brevedad o laconismo" de la motivación de una aprobación definitiva de un plan de urbanismo y la ausencia de fundamentación de la misma, pues "es cosa distinta el que los presupuestos de hecho en que se apoyan no respondan a la realidad, sean insuficientes o hayan sido apreciados indebidamente, o con arbitrariedad, lo cual no es problema de motivación sino de control jurídico de la misma a examinar no como vicio de forma sino como vicio de fondo del acto impugnado".

¹⁶⁴⁷ Bajo la vigencia de la LPA de 1958, la jurisprudencia aceptó la motivación "in aliunde", por relación a documentos contenidos en el expediente, sin especiales preocupaciones respecto a si la motivación identificaba el informe o dictamen o si reproducía, siquiera parcialmente el mismo. Vid. por todas, la STS de 12 de noviembre de 1987 (Ar. 9208) y la abundante jurisprudencia allí citada.

El actual art. 89.5 LRJPAC se refiere, explícitamente, a la necesidad de incorporación al texto de la misma, lo que debería obligar a la Administración a mostrar mayor cuidado en sus motivaciones *per relationem* y al control judicial a comprobar que, efectivamente, se ha respetado el art. 89.5. Respecto a éste, nos parece acertada la modulación que efectúa FERNANDO PABLO, M.M., "La motivación del acto...", op.cit., pág. 211, cuando señala que la referencia expresa exigida por el art. 89.5 "implicará según los casos, una mayor o menor intensidad en la referencia a los informes, de manera que, en determinados supuestos será suficiente una referencia enunciativa al texto del informe o, incluso a su simple existencia, si ha sido conocido y debatido por el interesado, aplicándose, por tanto el régimen del art. 63.2. En otros supuestos (cuando, por ejemplo, el informe o dictamen sea el único elemento de la instrucción o la resolución opta por un informe contrario al resto de los que obran en el expediente, o el texto del mismo no ha sido conocido por el interesado) la falta de inserción sustancial del informe en el texto de la resolución, así como la simple inexistencia del mismo, supone un defecto del fondo del acto, que se presupone como arbitrario, falta de justificación objetiva frente al ordenamiento. La motivación es, por tanto, en estos últimos casos justificativa, frente al sentido puramente enunciativo que presenta en los anteriores".

expediente administrativo¹⁶⁴⁸.

En cualquier caso, el límite al laconismo administrativo debe venir marcado en cada caso por las directivas de los principios de buena administración y el límite de la posible indefensión del interesado¹⁶⁴⁹. Cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales, no consideramos suficiente la mera cita de los hechos y los fundamentos de Derecho aplicables al caso, por cuanto la solución elegida no proviene automáticamente de esos antecedentes. Creemos necesario, también, la explicitación del *criterio* (racional) metajurídico que ha guiado la ponderación de los hechos e intereses, de acuerdo, eso sí, con los presupuestos jurídicos y fácticos del caso, aunque la LRJPAC no lo prevea explícitamente¹⁶⁵⁰. En este sentido, nos parece más preciso técnicamente el art. 39.1 de

¹⁶⁴⁸ SANCHEZ MORON, M., *El control...*, op.cit., pág.151, pone de relieve la necesidad de ajustar en cada caso el contenido de la motivación, teniendo en cuenta el tipo de decisión y de discrecionalidad, a fin de lograr "una *motivación adecuada* a la naturaleza de cada acto discrecional".

En el caso de la STS de 13 de mayo de 1994 (Ar. 3814) se conocía de la impugnación de la resolución de los concursos convocados para la adjudicación de administraciones de Lotería Nacional en varios municipios. El acto impugnado se limitó, según reconce la propia sentencia, a publicar la lista de los concursantes seleccionados. Sin embargo, pese a esta ausencia total de motivación, pues ni siquiera existe una remisión a documentación del expediente, el TS niega que no existiera motivación, por cuanto al acudir al expediente administrativo encuentra una propuesta de resolución, de conformidad con la que se resolvió, en la que "se valoró, pues, la comercialidad del local, el lugar de su ubicación, la proximidad a otros locales públicos y a otras Administraciones de Lotería". Creemos, sin embargo, que la sentencia confunde dos planos distintos, aunque como hemos visto, conectados. La consulta del expediente permite constatar que la decisión estaba fundamentada, por cuanto se cumplieron los requerimiento del principio de objetividad y se ponderaron las circunstancias del caso. Ahora bien, la resolución no aparece motivada, pues ni siquiera se remite específicamente a la propuesta de resolución, sino que se limita a publicar la lista de los seleccionados. Entendemos que en este supuesto, realmente no existió motivación. El razonamiento de la sentencia conduce, *de facto*, a negar toda virtualidad a la motivación, por cuanto siempre se puede acudir al expediente administrativo a constatar la existencia o no de razones, en una dinámica de *dequotazione* de la misma ya comentada, y que no puede compartirse por las razones expuestas.

¹⁶⁴⁹ La jurisprudencia exige una mayor locuacidad en aquellas motivaciones referidas a actos administrativos que afectan a derechos fundamentales. Vid. al respecto por ejemplo la STS de 8 de abril de 1990 (Ar. 4903).

¹⁶⁵⁰ Sobre la motivación como exteriorización no sólo de los presupuestos jurídicos y fácticos sino también de los criterios, vid. MAZZARINI, V., "Motivazione II", *Enciclopedia Jurídica Trecchani*, op.cit., pág. 1 y ss., y FERNANDO PABLO, M.M., *La motivacion...*, op.cit., pág. 188 y ss., donde se señala que "al dato de la ponderación de la particularidad del caso, y de la generalidad del

la Ley alemana de Procedimiento Administrativo, que señala que "la argumentación debe contener los hechos y fundamentos de derecho relevantes que condujeron a la autoridad a adoptar dicha decisión", añadiendo a continuación, a diferencia de nuestro art. 54 LRJPAC, que "la motivación de las decisiones discrecionales debe indicar también los criterios en que se fundó la autoridad al actuar discrecionalmente".

Si no se explicita el criterio, la motivación es más aparente que real, por cuanto se basa en razones genéricas, comodines o fórmulas estereotipadas, sin exteriorizar el auténtico porqué de la alternativa elegida, lo que quizás oculte la aplicación, indiscriminada, de directrices gubernamentales o administrativas o la aplicación rutinaria de la praxis administrativa. En tales casos, existirá un indicio, proporcionado por la propia motivación, de que el desarrollo de la discrecionalidad no ha estado efectivamente guiado por el principio de objetividad, el cual exige una ponderación individual y pormenorizada de las circunstancias del caso¹⁶⁵¹. Como ha sido notado, "si la Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales, como lo impone el artículo 103 de la Constitución Española, *es mediante la motivación de sus actos*, pues sólo a través de ella es como se puede conocer si la actuación merece la conceptualización de objetiva por adecuarse al

ordenamiento (al equilibrio *general-particular* que se expresa en una decisión), puede denominarse *criterio de la decisión*, que ha de ser no sólo *real* (es decir, *existente*, pues de otra forma la resolución es arbitraria, salvo que el criterio de la decisión esté ya formulado y expresado en el ordenamiento), sino también *cognoscible*, manifestado como tal por la motivación, expresando por tanto, la *causa* del acto administrativo".

¹⁶⁵¹ En este sentido, por ejemplo, STS de 7 de noviembre de 1994 (Ar. 10119), por la que se anula la denegación de una licencia de armas, debido a que la "la Administración se limita (...) a rechazar la petición, mediante el uso de un impreso estereotipado, en el que se aduce que los motivos en los que se fundamenta la necesidad de posesión de arma corta son de escasa solidez, repitiendo, sin consideración alguna al caso concreto, la literalidad del precepto reglamentario sobre las causas de denegación de licencias de armas...", o STS de 3 de mayo de 1995 (Ar. 4050), que señala que es obligatorio que en la motivación "se analicen, aunque no sean exhaustiva y pormenorizadamente (...), las cuestiones planteadas y se refieran las razones o circunstancias tenidas en cuenta para conceder o denegar la petición".

cumplimiento de sus fines, *sin que tal motivación se pueda cumplir con fórmula convencionales, sino dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determina la decisión*"¹⁶⁵². La explicitación del criterio empleado en la decisión adquirirá singular relevancia en los casos en los que el órgano decisor pretenda apartarse de precedentes anteriores, casos que la LRJPAC contempla específicamente en el art. 54.1 c), al exigir que se motiven - debe entenderse que con expresión del nuevo criterio adoptado - los actos que "se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes", *sopena de incurrir en una vulneración del principio de igualdad*¹⁶⁵³.

Respecto a este requisito de suficiencia, merece la pena mencionar la STS de 31 de enero de 1997 (Ar. 405), en la que conoce de la impugnación realizada contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de junio de 1995 por el que resolvió no aceptar la propuesta del Fiscal General del Estado para nombrar a don Juan José B.C. Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Constitucional. La decisión impugnada era del siguiente tenor literal: "En relación con la propuesta de nombramiento del Ilmo. señor don Juan José B.de C. como Teniente Fiscal de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional participo a V.E., a los efectos oportunos, que el Consejo de Ministros, por Acuerdo 1 de junio de 1995, ha acordado no aceptar dicha propuesta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13, 36 y 38 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal". El TS se enfrenta a diversas cuestiones relacionadas con esta decisión, de las que nos interesa destacar ahora la siguiente: ¿era suficiente esa motivación?.

La decisión del TS decide que sí lo era. Partiendo de la base de que se trataba del nombramiento de un cargo de libre designación, la mayoría del TS entiende que el supuesto

¹⁶⁵² STS de 28 de febrero de 1990 (Ar. 784), entre otras.

¹⁶⁵³ Como tuvimos ocasión de ver *supra* Capítulo IV.2.2.

era encajable en el art. 54.1 f) LRJPAC, por lo que la motivación era necesaria. Ahora bien, la autoridad competente para realizar el nombramiento no estaba "sometida al requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a determinada persona respecto de otra u otras o bien no concede esa confianza a determinada persona", pues "la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en el designado o no designado para un cargo no serían susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional, que es el fundamento esencial del requisito de la motivación de los actos administrativos". Por ello bastaba con la invocación de los preceptos legales aplicables al nombramiento, "precisamente por su naturaleza discrecional, que implica el fundamento de la falta de confianza en la persona propuesta".

Sin embargo, en un largo - de mayor extensión que la decisión de la mayoría - y brillante voto particular, el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas llega a una conclusión totalmente contraria, partiendo de postulados muy diferentes a los de la mayoría y semejantes a los que se han desarrollado aquí en páginas anteriores¹⁶⁵⁴. Este Magistrado entiende que la obligación de motivar la decisión se derivaba de los apartados a) y f) del art. 54.1 LRJPAC, preceptos que evidencian "una línea progresiva de racionalización y objetivación de la actividad administrativa exigida por la plasmación en sede de ley ordinaria de las exigencias ligadas al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE)". Teniendo este dato en cuenta, el voto particular entiende que la motivación fue insuficiente, pues el requisito de la motivación sucinta no se cumplió en este supuesto, ya que "la simple alusión a la titularidad de la potestad, como motivación del acto, no expresa sino

¹⁶⁵⁴ El voto particular explica que le anima la preocupación de que "una de las primeras sentencias de este Tribunal sobre la aplicación del art. 54.1 f) de la Ley 30/1992, pueda proclamar una teoría que (...) prácticamente le priva de su virtualidad innovadora, y que viene a consolidar rasgos autoritarios, que creía llamados a desaparecer en el actual marco constitucional y legal derivado".

un inaceptable voluntarismo subjetivo, sin aporte alguno de racionalización objetiva, lo que es impropio de un Estado de Derecho, en el que está constitucionalmente vedada la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Con la simple cita de los preceptos legales, no se facilita "la más mínima base para ponderar la causa del acto, la "seriedad en la formación de la voluntad de la Administración", ni para permitir "la posibilidad de criticar las bases en que se funda", por parte del administrado, o el control jurisdiccional". Además la motivación cumple la función de comprobación de que el principio de objetividad (art. 103 CE) y el imperativo de igualdad de las condiciones en el acceso a funciones públicas han guiado la decisión, no orientada por el puro fin de exclusión personal en función de la afección o desafección del candidato a la mayoría gubernamental existente. Al no existir aquí la motivación precisa, el voto particular entiende que concurre, además, un supuesto de desviación de poder¹⁶⁵⁵.

Además de suficiente, la motivación deberá ser *congruente*. La congruencia de la motivación debe predicarse tanto del fundamento de la decisión, consistente en el expediente fruto del procedimiento seguido, como con la decisión misma. Respecto al procedimiento, ya se expuesto la tesis de los "vasos comunicantes", que justifica la aceptabilidad de la motivación *in aliunde*: la motivación debe explicitar las razones y el criterio que justifica la decisión de acuerdo con el material obrante en el expediente¹⁶⁵⁶. La motivación debe traslucir la consideración atenta del resultado de la instrucción, tal y como demanda el

¹⁶⁵⁵ El voto particular señala que " el que pudiera existir una razón objetiva administrativa (bien relacionada con las concretas cualidades del candidato propuesto, bien con los cometidos del cargo en el momento concreto en que debía ser proveído, bien con la adecuación de esas cualidades a ese concreto cometido en ese preciso momento), que hipotéticamente pudiera operar en sentido negativo para la aceptación de la propuesta, es tal vez hipótesis no rechazable en un plano teórico; pero el mínimo exigible para poder dar entrada a la consideración de esa posible razón objetiva, era que se expresase, y más, cuando explícitamente la Ley exige, como se ha dejado sentado antes, la motivación del acto".

¹⁶⁵⁶ Como señala el art. 3.1 de la Ley italiana de 7 de agosto de 1990, "la motivación deberá indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión de la Administración, *de acuerdo con el resultado de la instrucción*".

principio de objetividad¹⁶⁵⁷, de tal manera que justifique la relación lógica, exigida por los principios de racionalidad (9.3 CE) y congruencia (89.1 LRJPAC), entre la fundamentación procedimental y la decisión misma¹⁶⁵⁸.

En consecuencia, la motivación debe ser coherente con las respuestas a las alegaciones de los particulares durante la elaboración de la decisión, y, en caso de no serlo, debe explicitar porqué han sido cambiados los criterios *a posteriori*. En este sentido, la motivación es un mecanismo que puede ayudar a reforzar la función de orientación positiva del núcleo de la discrecionalidad que tiene la participación procedimental, al obligar a exteriorizar una explicación congruente con la justificación obrante en el expediente, de tal manera que ésta no devenga puro papel mojado¹⁶⁵⁹. De igual forma, la motivación debe ser también

¹⁶⁵⁷ Destaca este papel de la motivación CUCHILLO FOIX, M., en su comentario al art. 22 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNANDEZ, J. (Coord.), *Comentarios...*, op.cit., pág. 634, donde, en relación a la elaboración de reglamentos, indica que "la motivación es el mecanismo capaz de permitir la identificación jurisdiccional, no sólo de la efectiva correspondencia entre la disposición dictada y la finalidad perseguida con su promulgación, sino de la efectiva fundamentación de la decisión en los datos objetivos que le sirven de base. Para que cumpla esta función, la motivación no puede limitarse, como se ha entendido habitualmente en nuestro ordenamiento, a exponer las razones que fundamentan la decisión de la Administración. Sino que debe mostrar que la decisión está respaldada por los datos incorporados al expediente a lo largo del procedimiento.

Estos datos son, precisamente, los elementos que, aparte y además de la obvia exigencia de legalidad de la decisión y de congruencia entre la misma y la finalidad perseguida, incorporan un plus de delimitación del núcleo de decisión libre o discrecional de la Administración. Ya que nos procuran los criterios para apreciar, caso por caso, si en el ejercicio de su potestad reglamentaria, que comporta sin duda un núcleo de libre elección, la Administración ha servido efectivamente con objetividad, como le exige el ordenamiento jurídico, a los intereses generales".

¹⁶⁵⁸ ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 548: "La motivation doit, en effet, garantir non seulement la connaissance des motifs par l'interéressé mais encore la cohérence logique entre les motifs et la décision".

Sobre la relación entre procedimiento seguido y decisión adoptada, vid. *supra* en este mismo Capítulo el apartado 1.2 d).

¹⁶⁵⁹ En el Derecho norteamericano, la doctrina jurisprudencial del *hard look* exige, a partir de una interpretación de la sección 553 (c) de la Ley de Procedimiento, que en el preámbulo de los reglamentos se incorpore una respuesta razonada a las más relevantes observaciones formuladas durante la instrucción, como expone LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública...*, op.cit., pp. 138 y ss.

En nuestro ordenamiento, entendemos que el art. 86.3 LRJPAC exige que, como dijimos, las

coherente con los informes, dictámenes o propuestas de resolución obrantes en el expediente¹⁶⁶⁰, sin que pueda la decisión prescindir de la información o de la ilustración en ellos contenida, sean o no preceptivos los informes, sin una adecuada motivación, que demuestre que, en cumplimiento del deber de objetividad, los mismos han sido ponderados, aunque sea para apartarse de ellos en el caso de los no vinculantes¹⁶⁶¹, como señala específicamente el art. 54.1 c) LRJPAC en referencia a los dictámenes de órganos consultivos¹⁶⁶².

alegaciones obtengan respuesta razonada *durante* la fase de instrucción, como garantía de la observancia de las directivas del principio de objetividad. Nada impide, sin embargo, que la motivación haga referencia a la respuesta otorgada a esas alegaciones, bien sea para expresar el criterio de decisión mantenido, bien sea para explicar que se ha cambiado el mismo. Es más, en caso de que se cambie el criterio entre el momento de la respuesta y el de la decisión final, entendemos que los principios de objetividad y racionalidad demandan que se explique el porqué en la motivación. En caso contrario, existiría un indicio de falta de objetividad - por cuanto daría la impresión de que la respuesta a las alegaciones fue una pantomima - o de racionalidad - porque si la respuesta no fue aparente, la decisión ahora tomada aparece como incongruente con su procedimiento de elaboración.

¹⁶⁶⁰ La STS de 4 de octubre de 1988 (Ar. 1448) equipara a efectos de motivación los informes y las propuestas de resolución.

El art. 190 TCEE especifica, por su parte, que la necesaria motivación de los reglamentos, directivas y decisiones, se referirá a "las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado".

¹⁶⁶¹ En este sentido, vid. STS de 14 de noviembre de 1984 (Ar. 6213), en la que se señala que la existencia de discrecionalidad para conceder una licencia de armas "no supone la posibilidad de un ejercicio arbitrario como en el presente caso ocurre al no motivar la decisión y apartarse de los informes favorables de los órganos consultados, con lo que la decisión denegatoria se manifiesta huérfana de razón o argumento jurídico válido en cuanto se aparta de los propios precedentes, y por ello la explicación de los hechos y razones jurídicas (motivación) resultan esenciales para evitar la arbitrariedad". La STS de 5 de abril de 1994 (Ar. 2684), por su parte, anula otra denegación de una licencia de armas, cuya solicitud se había rechazado "mediante el uso de un impreso estereotipado", cuando en el expediente obraba un informe preceptivo favorable de la Guardia Civil, del que "se aparta sin explicación alguna el acto recurrido".

En cambio, las SSTs de 13 de marzo de 1997 (Ar. 2053), 20 de marzo de 1997 (Ar. 2055) y 9 de abril de 1997 (Ar. 3073) defienden el ejercicio de la discrecionalidad efectuado, tomando en consideración para ello el contenido del expediente - del que se dice en la primera de ellas, sin embargo, que "no es un modelo a imitar" - y la motivación exteriorizada con el acto impugnado.

¹⁶⁶² Respecto a la motivación de las decisiones que se separan del dictamen del Consejo de Estado, el art. 2.6 LOCE, señala que "las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme con el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él. En el primer caso se usará la fórmula "de acuerdo con el Consejo de Estado"; en el segundo la de "oído el Consejo de Estado", fórmula seguida también en alguna Comunidad Autónoma respecto

Pero además, lógicamente, la motivación debe ser coherente también con la decisión finalmente adoptada, de tal manera que la justificación dada y la decisión tomada sean congruentes. Como indica el art. 84.1 LBRL, la actividad administrativa, "se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, *congruencia con los motivos y fines justificativos* y respeto de la libertad individual".

Como puede apreciarse, el principio de racionalidad y su correlato procedimental de congruencia, exigen una relación lógica procedimiento-motivación-decisión final. Las tres no son realidades aisladas, sino interdependientes. Forman un *continuum* jurídico, una cadena lógico-racional, cuyos eslabones, aun siendo distintos, están estrechamente enlazados. En este sentido, es posible sostener que procedimiento, motivación y decisión forman un *sistema*, es decir, un conjunto de elementos reciprocamente dependientes pero, a la vez, con entidad jurídica propia¹⁶⁶³.

La consideración de la motivación como pieza de un sistema de conexiones entre procedimiento y decisión final, así como su papel de instrumento para el cumplimiento del deber constitucional de buena administración, debe encontrar reflejo en la consideración judicial de los vicios relativos a la misma. La Administración debe ser consciente de la importancia de la motivación, no sólo para la defensa de los interesados, sino también para

a sus propios órganos consultivos (por ejemplo, art. 5.3 de la Ley de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña). Sin embargo, como hemos visto, el art. 54.1 c) exige una "sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho" respecto de los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos, lo que, desde luego, supera la fórmula del "oído". Como más que de oír, se trata de escuchar, es decir, de *ponderar* las indicaciones referidas a la legalidad y acierto de la decisión, en cumplimiento del principio de objetividad, entendemos que una motivación *suficiente* en estos casos debería contener algo más que ese simple "oído", por exigencia del art. 54 LRJPAC y como garantía de que ese principio se ha cumplido efectivamente. Dado que este último precepto forma parte del procedimiento administrativo común y es posterior a la LOCE, consideramos que es prevalente en este caso. Lo aquí afirmado entendemos que debería ser de aplicación también en el caso de los reglamentos o planes administrativos, de conformidad con lo expuesto *supra* sobre su motivación.

¹⁶⁶³ Sobre el procedimiento como sistema lineal y su conexión con la motivación, vid. GONZALEZ NAVARRO, F., voz "Procedimiento", op.cit. pág. 5150.

el correcto desenvolvimiento de su propia actividad. Ahora bien, evidentemente, cuando se suscite un conflicto judicial, el control sobre la decisión discrecional puede encontrar una importante fuente de información en el análisis de la motivación, así como del expediente administrativo. Por ello, el control judicial no debe menospreciar la trascendencia de la motivación.

Es difícil intentar construir pautas generales más concretas relativas a la trascendencia de los vicios de la motivación, por cuanto ello dependerá de cada caso, en función del tipo de discrecionalidad ejercida y del fundamento contenido en el expediente que respalde la decisión. Una buena motivación es un posible elemento indicador de un correcto desenvolvimiento de la función administrativa, aunque, no obstante, es también posible que la misma enmascare una decisión carente del preciso fundamento en el expediente o resulte incongruente con éste¹⁶⁶⁴.

En cuanto a la ausencia de motivación y a la motivación defectuosa, entendemos que la trascendencia de estos vicios deberá ser ponderada caso por caso por el tribunal, teniendo en cuenta que procedimiento y motivación forman parte de un *sistema* - lo que no significa despreciar el valor intrínseco de la motivación - así como la doble función de la motivación como mecanismo para el logro de la buena administración y para la defensa de los

¹⁶⁶⁴ GIANNINI, M.S., voz "Motivazione", en *Enciclopedia...*, op.cit., pág. 267, señala que la consulta del expediente por el tribunal puede ayudar a desvelar el supuesto de motivación "artificiosa, ossia valida per quanto enuncia, ma no rispondente ai presupposti o ai motivi reali". Un ejemplo en este sentido lo hallamos en la STS de 14 de marzo de 1995 (Ar. 2369). En la misma se conocía de la impugnación del traslado de un funcionario municipal ordenado por el Alcalde. Si bien el acto estaba motivado, el TS acude a la fundamentación de la decisión y comprueba que "*el examen del expediente administrativo y de los elementos de conocimiento aportados a los autos corrobora el carácter acusadamente retórico del fin aparente de esta actividad administrativa municipal*" expresado en la motivación.

interesados¹⁶⁶⁵.

La ausencia de motivación o una motivación defectuosa constituyen serios *indicios* de que no han sido respetadas las directivas de actuación establecidas por los principios de buena administración. Estos indicios deberán ser confirmados o desmentidos mediante el directo análisis del fundamento de la decisión, es decir, del expediente. Si se confirman, la decisión deberá ser anulada, ya que es el *fondo* de la decisión lo que está viciado cuando del análisis de la motivación y del expediente se deduce que se ha desarrollado una deficiente o insuficiente fase de instrucción (ausencia de informes preceptivos, omisión de trámites...) o que el material recogido no ha sido objeto de ponderación (no constan respuestas a las alegaciones de los ciudadanos, etc.)¹⁶⁶⁶. En estos casos, nos hallaremos ante violaciones

¹⁶⁶⁵ En la doctrina parecen haber opiniones divergentes sobre qué consecuencias debe tener una motivación ausente o defectuosa. Así, para FERNANDEZ, T.R., *Arbitrariedad...*, op.cit., pp. 106 y ss., aun aceptando la diferencia entre "la expresión externa de las razones que sirven de fundamento a la decisión" que "hace referencia a la motivación" y "las razones mismas" que forman el "expediente del que este acto es resultado" cuyo "contenido la motivación se limita a extractar o resumir", entiende que lo no motivado es, por este hecho, arbitrario. En cambio, PAREJO ALFONSO, L., *Administrar...*, op.cit., pág 46, señala que se discute "la conexión inexorable entre ausencia de motivación explícita y arbitrariedad", mientras que SANCHEZ MORON, M., *El control...*, op.cit., pp. 152 y 153, entiende que "la ausencia o insuficiencia de motivación formal, no quiere decir que el acto carezca de razones, incluso plenamente conformes a derecho", por lo que niega la identificación automática entre ausencia de motivación y arbitrariedad, que "constituye una notoria exageración", pues "de la misma manera que una pura motivación *pro forma* no impide indagar las razones reales de la decisión (o su ausencia), tampoco la falta, insuficiencia o incorrección de la motivación impide investigar los motivos reales del acto discrecional, operación ésta también que puede llevar a cabo el juzgador, pues lo que importa es determinar si la decisión es o no jurídicamente correcta desde el punto de vista sustantivo. Si la ausencia o las deficiencias de la motivación no permiten averiguar los verdaderos motivos, entonces el juez no podrá valorar si el uso que se ha hecho de la discrecionalidad se ajusta o no a derecho, lo que debe llevar a la anulación del acto por infracción de las formas esenciales, para que la Administración motive su decisión".

¹⁶⁶⁶ Vid. la STS de 30 de mayo de 1997. En aplicación de la legislación catalana vigente, el órgano competente impuso una fianza de una determinada cantidad en garantía del cumplimiento del plan de restauración referido a una explotación de áridos. Entre las alegaciones de la empresa recurrente figuraba la de que el cálculo de la fianza había sido arbitrario.

El TS aprecia esta alegación declarando inválida la fianza impuesta, al no saberse qué criterio fue utilizado por la Administración para su cálculo. Partiendo de la base de que la motivación ha de ser "congruente, esto es que establezca coherentemente la relación existente entre los fundamentos de la resolución y la limitación o carga que ésta imponga", el TS no acepta el argumento esgrimido por la Administración durante el proceso judicial, según el cual la fianza se habría calculado de

de los principios de racionalidad (9.3 CE) y objetividad (103.1), así como del art. 54 LRJPAC, lo que dará lugar a que *se presuma que la decisión discrecional no es acertada*¹⁶⁶⁷. La decisión judicial deberá declarar inválida la resolución administrativa (nula o anulable, dependiendo de la trascendencia de los vicios procedimentales, de acuerdo con lo expuesto a lo largo de este estudio), sin que quepa que el propio tribunal integre la defectuosa instrucción realizada, como ya se puso de relieve¹⁶⁶⁸. La Administración no podrá volver a tomar la decisión añadiendo, simplemente, una motivación adecuada, sino que estará obligada a subsanar los defectos procedimentales y a tomar una decisión acorde con el deber de buena administración, a la vez que motivada en congruencia con el procedimiento nuevamente seguido¹⁶⁶⁹.

conformidad con "unos cuadros de precios fijados por el Instituto de Tecnología de la Construcción de Cataluña, conocidos sobradamente por todos los profesionales que se dedican a la restauración de terrenos sometidos a actividades constructivas". Tal rechazo se fundamenta en que esas alegaciones según el TS "carecen de todo respaldo en el expediente administrativo en el que no se encuentra el más mínimo vestigio de tales cuadros de precios". Como las decisiones adoptadas por la Administración "deben estar apoyadas en unos datos técnicos y económicos, además de argumentos jurídicos, que la Administración no ha ofrecido", ésta ha incurrido "en una falta de motivación determinante de anulación, en este extremo, de los actos impugnados". He aquí un buen ejemplo de la conexión procedimiento-decisión-motivación, o, mejor dicho, de su falta, puesta al descubierto por el control judicial.

¹⁶⁶⁷ El análisis judicial de la motivación, junto con el del expediente, puede ser un dato valioso para apreciar una apariencia de mal derecho de la Administración y un correlativo *fumus boni iuri* del recurrente, a efectos de la aplicación de las necesarias medidas cautelares, como se argumentó *supra* en este mismo capítulo en el epígrafe 1.2 c).

¹⁶⁶⁸ Por cuanto, como se indicó en su momento, ello supondría una invasión ilícita de la función atribuida a la Administración, a quien corresponde desarrollarla de forma adecuada y conforme a los principios de buena administración.

¹⁶⁶⁹ Un ejemplo en este sentido es la STS de 31 de diciembre de 1988 (Ar. 10293). Un Ayuntamiento denegó una licencia de obras para construir en un monte plantado de coníferas, *sin motivar su decisión*. Durante el proceso judicial, el tribunal concluye que la razón para tal denegación era la aplicación del entonces vigente art. 73, b) Ley del Suelo de 1976, que prohibía la edificación que implicara limitación del campo visual para contemplar las bellezas naturales, ruptura de la armonía del paisaje o desfiguración de la perspectiva propia del mismo. Ante la falta inicial de motivación, el tribunal *acude al expediente y confirma la ausencia de fundamento de la denegación*, ya que "en el expediente no existen datos al respecto que hubieran podido determinar la recta formación de la voluntad administrativa" en relación a esa serie de conceptos jurídicos indeterminados

En otros casos, es posible que el análisis del expediente confirme la existencia de una adecuada fundamentación de la decisión, pese a la ausente o defectuosa motivación¹⁶⁷⁰. Consideramos entonces que los vicios relativos a la motivación deberán ser considerados teniendo en cuenta si en el expediente constan claramente las razones y el criterio de decisión y si los interesados han podido conocerlos, sin que se les haya causado indefensión¹⁶⁷¹. Si el criterio de decisión no está especificado en el expediente, entonces la falta de motivación adecuada puede ser importante, por cuanto debería ser a través de ella como la Administración justificase la decisión¹⁶⁷². Por otro lado, si los defectos en la motivación

valorativos. En consecuencia, ante la falta de datos y estudios sobre la belleza e interés de la zona donde se pretende edificar, el tribunal anula la denegación "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 se instó licencia y con audiencia del solicitante de ésta se dicte la resolución procedente en Derecho". Este es un caso en el que el deficiente desarrollo de la función administrativa supone una falta de respeto del *principio de objetividad*, al no haberse reunido durante la instrucción del procedimiento los datos suficientes para decidir con acierto.

¹⁶⁷⁰ Como pone de relieve GIANNINI, M.S., "Motivazione", *Enciclopedia...*, op.cit., pág. 267, quien destaca que la motivación "può esser stata mal redatta; il giudice può accertare che presupposti e motivi sono legittimi ma male esternati, ed in tal caso dichiara l'atto legittimo, l'inessata enunciazione della motivazione di per sé non viziando l'atto". Sin embargo, véanse las precisiones que a continuación se efectúan en el texto.

¹⁶⁷¹ Pudiera suceder, por ejemplo, que el acto administrativo adoptado estuviera motivado, en cumplimiento del art. 89.3 LRJPAC, pero que, por error o intencionadamente, la notificación del mismo no contuviera la motivación, tal y como exige el art. 58.2 LRJPAC. En estos casos, el problema no radicaría en la validez del acto, sino en su *eficacia*, puesto que nos encontraríamos ante una motivación defectuosa, que, como es sabido, sería ineficaz, en tanto en cuanto la Administración no procediera a realizar la correcta notificación, con la motivación incorporada. Entendemos que el interesado podría solicitar que se rectifique la notificación, incorporando la debida motivación. Por supuesto, esa solicitud no significa, en ningún caso, "que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación" (art. 58.2 LRJPAC), por lo que no procedería, por el mero hecho de la solicitud, que se entendiera convalidada la defectuosa notificación.

Sobre la existencia de un derecho a conocer los motivos y la posibilidad de instar una motivación *ex post*, así como sobre la ausencia de efectos de la notificación que no incluya la preceptiva motivación de la resolución, vid. ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pp. 550 y ss, GIANNINI, M.S., "Motivazione", *Enciclopedia...*, op.cit., pág. 268, y FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación...*, op.cit., pág. 214.

¹⁶⁷² Explicitando las razones y criterios, de tal manera que pueda constatarse que el material instructorio ha sido efectivamente ponderado, de acuerdo con las exigencias del principio de

han causado auténtica indefensión a las partes interesadas en el procedimiento, por cuanto no han podido conocer durante el mismo las razones de la decisión, entendemos que deberá anularse ésta, aun cuando tenga una adecuada fundamentación¹⁶⁷³. En estos supuestos, la

objetividad. Así, en la STS de 19 de julio de 1996 (Ar. 6039) se anula una decisión del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por la que se procedió a distribuir la partida presupuestaria destinada a subvenciones de las Asociaciones Judiciales. La causa es según la sentencia que "respecto a la distribución correspondiente al primer semestre de dicho año no se expresó ningún criterio o razonamiento justificativo de la forma en que se llevó a cabo la expresada distribución". Teniendo en cuenta que "sólo a través de una congrua (*sic*) motivación puede la jurisdicción ejercitar su función fiscalizadora (control de los hechos determinantes, aplicación correcta o *valoración correcta de los intereses en juego*, etc.)", la sentencia además de anular la resolución indica que deberá dictarse "nuevo acuerdo por el Consejo General del Poder Judicial expresando en el mismo las razones justificativas de la distribución de la cantidad de que se trata".

¹⁶⁷³ Si bien la indefensión no puede entenderse desde una perspectiva puramente formal, en ninguno de sus dos extremos. Es decir, puede existir indefensión aunque se haya tenido ocasión de recurrir, aun cuando la jurisprudencia lo venga negando. Por otro lado, la ausencia de motivación, en sí misma, no produce automática indefensión, sino que para apreciar la auténtica concurrencia de ésta habrá que analizar el entero desenvolvimiento de la función administrativa, estudiando si, realmente, los interesados pudieron conocer a lo largo del procedimiento las razones y criterios de la decisión adoptada.

En este sentido, la STS de 19 de diciembre de 1995 (Ar. 9680) niega la concurrencia de indefensión por ausencia de motivación. La Orden impugnada contenía como motivación una referencia específica a la propuesta de resolución y a un Estudio Edafológico realizado por IRYDA, contenidos en el expediente. La sentencia rechaza el argumento de la indefensión, por cuanto se le dio la oportunidad a los ahora recurrentes de examinar el expediente y formular las alegaciones oportunas durante el desarrollo del procedimiento. Entendemos que, atendidas las concretas circunstancias, el art. 89.5 LRJPAC fue respetado.

Vid. sin embargo HUERGO LORA, A., "La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso", *RAP*, 145, 1998, pp. 107 y ss., negando que la indefensión causada por la carencia de motivación o sus defectos deba conducir a la anulación. Debe tenerse en cuenta que esta afirmación se sustenta en la idea de que la anulación causada por la motivación defectuosa o ausente impediría la entrada en el fondo del asunto, con lo que esa invalidez supondría, de hecho, una "pírrica satisfacción" para el demandante, al negar la discusión sobre los vicios que afectan al contenido de la decisión (vid. pág. 108, nota 27). No obstante, esta interpretación es muy discutible. Como argumentaremos con detalle más adelante (*infra* Capítulo VI.3), la conocida doctrina de los vicios de orden público, en la que se fundaría el examen preferente y excluyente de los problemas de motivación, no tiene fundamento jurídico que la sostenga hoy en día. Luego, la anulación por problemas en la motivación no tiene porque impedir el control del fondo del asunto, y la anulación *también* por vicios referidos al contenido, en su caso. La invalidez por indefensión causada por la ausente o defectuosa motivación no es pues una "pírrica" victoria, sino un control efectivo de la obligación constitucional y legal de motivar, no incompatible con la declaración de los vicios relativos al fondo mismo del asunto.

Administración podría adoptar la misma decisión siempre que la motivara adecuadamente¹⁶⁷⁴.

En este escrutinio judicial de la motivación y del expediente, debe hacerse referencia, por último, a un concreto aspecto. Se trata del efecto que pueda tener la justificación que aporte la representación procesal de la Administración durante el proceso contencioso, construyendo o completando la ausente o defectuosa motivación realizada en el momento de la toma de la decisión administrativa.

La idea básica de la que debe partirse es que el control judicial debe centrarse en la revisión del modo en que la Administración desarrolló en su momento la discrecionalidad. La motivación, como hemos sostenido, actúa como una ventana que permite controlar el proceso de razonamiento realizado, comprobando que los factores relevantes han sido efectivamente ponderados *antes* de tomar la decisión, de conformidad con el deber de buena administración. La ausencia o los defectos graves en la motivación dada en el momento de

¹⁶⁷⁴ En este sentido, STS de 10 de junio de 1994 (Ar.5238). En la misma se conocía la impugnación de una Orden Ministerial y de la resolución del recurso administrativo presentado, por las que se adjudicaba una administración de lotería. La sentencia de instancia anuló la resolución por ausencia de motivación. La Administración, en el recurso de apelación, alegaba que la sentencia confundía "la falta de motivación de las resoluciones impugnadas con la cuestión de fondo del recurso relativa al acierto o desacierto de los mismos teniendo en cuenta las circunstancias de los concursantes y de los locales ofertados, las cuales constituyen circunstancias que deben ser apreciadas discrecionalmente por la Administración con arreglo a las bases del concurso" entendiéndose que "la sentencia apelada excede de los límites revisores de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al realizar valoraciones vedadas a esta Jurisdicción".

El TS no acepta el argumento de la Administración, pues la sentencia apelada analiza que las resoluciones administrativas "carecen de todo razonamiento para explicar por qué se otorgan a la señora V. 128 puntos y a la recurrente 126, sin explicar las diferencias que existen entre los méritos de una y otra, lo cual equivale a dejar tales actos desmotivados en cuanto no se sabe de dónde salen tales puntuaciones". Por ello, el TS confirma la sentencia, que decretaba la anulación de las resoluciones por falta de motivación y decretaba "que con retroacción de las actuaciones administrativas se resuelva de nuevo el concurso en cuanto a la vacante núm. 2 (...), con especificación de las razones concretas y determinadas que justifiquen la puntuación otorgada a cada concursante", con lo que "se está dejando absoluta libertad al órgano administrativo para que resuelva lo que estime conforme a derecho aplicando los baremos que crea convenientes, es decir, actuando lo que se llama "discrecionalidad técnica", pero explicando las razones concretas y determinadas que justifiquen la puntuación otorgada".

adoptar la decisión denotan un síntoma de inadecuado ejercicio de la discrecionalidad.

En consecuencia, las explicaciones dadas *a posteriori* por la representación procesal de la Administración durante el juicio deben ser consideradas, en principio, de forma escéptica, puesto que supondrían meras racionalizaciones *post hoc*, preparadas para maquillar la ausencia de consideración de los elementos del caso, reflejada, precisamente, en la ausente o inadecuada motivación de la decisión. Este razonamiento conduciría, pues, a no considerar estos nuevos motivos, que no conseguirían disipar la impresión de violación del deber de buena administración *durante* el desarrollo de la función administrativa¹⁶⁷⁵. Como decimos, la aportación tardía de motivos denotaría, más bien, un intento de encubrimiento de un supuesto de maladministración, de un antijurídico uso de la discrecionalidad¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷⁵ Vid. sin embargo HUERGO LORA, A., "La motivación...", op.cit., pp. 107 y ss., quien parece aceptar la posibilidad de que la aportación de nuevos motivos durante el proceso contencioso debe impedir la anulación de la decisión administrativa, pues la anulación de un acto "materialmente ajustado a Derecho", cuya corrección ponen de relieve esas aportaciones procesales, sería insatisfactoria. Este autor propone, en cambio, el mantenimiento del acto justificado durante el proceso contencioso pero la condena en costas de la Administración por esa motivación tardía (que denotaría *mala fe*, art. 131 LJCA), que ha obligado al recurrente a iniciar el proceso contencioso, ante el desconocimiento de los motivos que debía refutar para lograr la anulación del acto en el momento de ejercer la acción judicial, con los consiguientes perjuicios económicos, los cuales serían así compensados.

La argumentación de este autor, sin embargo, entendemos que no distingue adecuadamente entre decisiones regladas y discrecionales, a la vez que parte de una concepción de la motivación basada exclusivamente en su función de facilitación de la defensa de los particulares y del control judicial. Como hemos repetido reiteradamente, en el caso de las decisiones discrecionales, la motivación impone y refleja el cumplimiento de los principios de buena administración, con la consiguiente fundamentación y ponderación de los hechos e intereses relativos al caso concreto. Existiendo discrecionalidad, la aportación de motivos durante el proceso contencioso, en principio, no demuestra que el deber de consideración atenta del caso fue cumplido, sino, más bien, que se está intentando una racionalización ficticia *a posteriori* de la alternativa elegida. Las alegaciones procesales no podrán demostrar que la decisión es "materialmente correcta", en la terminología del autor citado, porque no existe *la* solución correcta, determinable en sede judicial. Luego los nuevos motivos no ahuyentan el fantasma de la vulneración del deber de buena administración, la cual debe conducir a la invalidez de la decisión discrecional inmotivada, *que debe presumirse desacertada*.

¹⁶⁷⁶ En este sentido se pronuncia la importante sentencia del TS americano *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971), recaída a propósito de un procedimiento de *informal adjudication*. En la misma se conocía de la impugnación del trazado de una autopista que discurría por en medio de un parque público en Memphis, Tennessee. La decisión destacó que el control judicial debía comprobar de forma cuidadosa que la decisión administrativa estuvo basada en

Ahora bien, este caso es, como casi siempre, una cuestión de matices. Así, puede suceder que la explicación aportada durante el proceso suponga una motivación *ex novo*, sin fundamento en el expediente. O que siendo *ex novo* sí encuentre respaldo en el material contenido en el expediente. O puede ser que la explicación tardía ofrecida en sede judicial simplemente aclare o complete una defectuosa motivación ya existente, apoyada además en un expediente correctamente elaborado. Mientras en los dos primeros casos, la invalidez parece la solución adecuada¹⁶⁷⁷, el tercero presenta mayores dificultades, que deberán ser resueltas a la vista del caso concreto, ponderando si el proceso de razonamiento administrativo fue real y auténtico *durante* el desarrollo de la potestad discrecional.

Como puede apreciarse, la trascendencia concreta de la ausencia de una motivación adecuada dependerá, en gran parte, de las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, desde una perspectiva general, no cabe afirmar que la motivación sea un puro requisito

una consideración de los factores relevantes del caso ("was based on a consideration of the relevant factors"), aunque sin proceder a la sustitución del juicio discrecional existente. En el análisis de si esa consideración existió, el TS enfatizó la importancia de la elaboración de un expediente adecuado y la necesidad de ofrecer explicaciones que justificaran la alternativa elegida. Respecto a estas últimas, el TS alertó sobre las explicaciones adecuadas ofrecidas *tras* la toma de la decisión, en vía judicial, pues las mismas pueden ser en gran medida una racionalización *post hoc* y deben ser, en consecuencia, consideradas por el tribunal críticamente ("a "post hoc" rationalization" and thus must be viewed critically").

Como destaca STRAUSS, P., *An introduction to Administrative Justice in the United States*, Carolina Academic Press, 1989, pág. 266, al comentar esta sentencia, las motivaciones tardías en sede judicial son inadecuadas, porque tienen un alto riesgo de ser meras construcciones ficticias de los abogados defensores de la Administración, en vez de reflejar el proceso de razonamiento seguido por el órgano competente en el momento de decidir. Puede verse también un comentario a esta sentencia en YOUNG, G., "Judicial review of informal agency action on the fiftieth anniversary of the APA: The alleged demise and actual status of Overton Park's requirement of judicial review "on the record"', *Administrative Law Journal*, 10, 1996, pp. 179 y ss.

¹⁶⁷⁷ En el primero porque, obviamente, las circunstancias denotan la artificiosidad de las explicaciones ofrecidas. En el segundo porque, aunque exista respaldo en el expediente, la ausencia inicial de motivación parece un indicio claro de ausencia de ponderación de las circunstancias del caso y, en consecuencia, de vulneración del deber de buena administración.

formal dirigido únicamente a la protección judicial del interesado - como tradicionalmente ha venido afirmándose por nuestra jurisprudencia - sino que deberá tenerse en cuenta sus conexiones con el procedimiento de toma de decisión y, en consecuencia, con el fondo de ésta, así como su papel instrumental respecto al cumplimiento del deber constitucional de buena administración, ya que se trata de un requisito que puede contribuir en gran manera al logro de decisiones discrecionales acertadas, evitando aquéllas mal estudiadas o precipitadas.