



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

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

Julio Ponce Solé

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

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

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

EXCIÒS DE PRÉSTEC

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

Tesis doctoral presentada por Julio Ponce Solé

PER OPTAR AL TÍTOL DE DOCTOR EN DRET

DIRECTOR DE LA TESI: Dr. TOMÀS FONT i LLOVET

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

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET ADMINISTRATIU

BIENNI EN EL QUE FOU APROVAT: 1992-1994

### V.3 Procedimiento administrativo, función administrativa y buena administración. La reserva constitucional de procedimiento administrativo para el desarrollo de la actividad administrativa.

Una vez analizadas las conexiones entre el deber constitucional de buena administración y el procedimiento administrativo, estamos en condiciones de intentar profundizar en el análisis de las vinculaciones constitucionales existentes en el desarrollo del giro o tráfico administrativo, retomando el hilo de las reflexiones ya efectuadas<sup>1678</sup>.

Hasta el momento hemos podido apreciar como diversos preceptos constitucionales, especialmente el art. 103.1 CE, ligan una serie de principios de actuación al desarrollo de la actividad administrativa de servicio al interés general. También hemos subrayado como el procedimiento administrativo es uno de los mecanismos fundamentales para garantizar tanto el respeto de los derechos de los ciudadanos como, a la vez, el servicio adecuado al interés general, es decir, una buena administración.

En consecuencia, y a tenor de todo lo expuesto, puede establecerse una conexión entre los arts. 103.1 CE y 105 CE, en el sentido de que *la función administrativa debe ser desarrollada, precisamente, a través de un procedimiento, el administrativo*, que garantiza el respeto de los derechos de los particulares y el mejor servicio a los intereses generales, en definitiva, y como ya nos consta, a esos mismos ciudadanos.

---

<sup>1678</sup> Vid. Capítulo IV, epígrafe 3.

Creemos que puede sostenerse la existencia de una *reserva constitucional de procedimiento administrativo*<sup>1679</sup> para el desarrollo de ciertas actividades comprendidas en el giro o tráfico administrativo. En esta línea, DEL SAZ ha señalado que cuando la Administración no actúa en el mercado como un operador más, "el Derecho privado no sirve para garantizar que, efectivamente, dichos principios (igualdad, mérito y capacidad, objetividad, neutralidad, prohibición de la arbitrariedad) se cumplen, (...), porque al faltar en éste la exigencia de un procedimiento previo justificador y legitimador de los actos jurídicos, como se impone para las Administraciones Públicas por el art. 105.3, se impide a los Tribunales ordinarios controlar la actuación de la Administración con arreglo al Derecho privado se ajusta a aquellos principios"<sup>1680</sup>. Comparto, en lo sustancial, esta apreciación, aunque considero necesario poner de relieve algunas matizaciones en función de la clase de actividad que se desarrolle.

Así, ya se vio en su momento que el ejercicio de la actividad económica de mercado en desarrollo de la iniciativa económica reconocida en el art. 128.2 CE no constituye actividad administrativa. Esta actividad no entra dentro del giro o tráfico administrativo, por lo que, con independencia de la posible aplicación de ciertos principios constitucionales teniendo en cuenta el dato del manejo de caudales públicos<sup>1681</sup>, no es necesario el seguimiento de un procedimiento administrativo para la toma de decisión. Por lo tanto, las consideraciones que a continuación se efectúen dejan al margen la actividad económica de

---

<sup>1679</sup> Así, MONTORO PUERTO, M.J., "Calidad formal y material de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común", en TORNOS MAS, J., *Administración Pública...*, op.cit., pág. 28, quien sostiene la existencia de una reserva de procedimiento proclamada por el art. 105 CE.

<sup>1680</sup> DEL SAZ, S., "Desarrollo...", op.cit., pp. 176 y 177.

<sup>1681</sup> Vid. supra Capítulo IV, epígrafe 3.

mercado desarrollada por las Administraciones<sup>1682</sup>.

Entrando ya, ahora sí, en las actividades propias del giro o tráfico administrativo, aquí creemos necesario efectuar algunas precisiones. Por lo que se refiere al ejercicio de potestades, creemos que existe en este caso una reserva constitucional de procedimiento administrativo. La actividad administrativa mediante el uso de poder, de *imperium* (103.1 CE), debe ser desarrollada a través de un procedimiento, y éste debe ser administrativo (105 CE), a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos y el servicio adecuado al interés general. Así, cuando la Administración elabora un reglamento, planifica, expropia o sanciona, por ejemplo, debe hacerlo conforme a los principios constitucionales aplicables a la actividad administrativa y además conforme a un procedimiento regido por el Derecho Administrativo<sup>1683</sup>.

Sin embargo, consideramos que la exigencia de procedimiento administrativo no se agota en el caso de ejercicio de potestades *strictu sensu* (vid. art. 4 LBRL), sino también

---

<sup>1682</sup> En este sentido, también DEL SAZ, S., "Desarrollo...", op.cit., pp. 179 y ss. Como indica esta autora, "o salir al mercado, o permanecer con sujeción a los procedimientos y reglas del Derecho Público. No hay otra opción". Estamos sustancialmente de acuerdo con esta afirmación, con las matizaciones que a continuación se efectuarán. Disentimos, en cambio, de las consideraciones de esta autora en torno a la iniciativa económica pública, contenidas en las pp. 180 y ss., pues, si lo hemos interpretado bien, a pesar de negar el principio de subsidiariedad, esta autora llega a la misma conclusión propugnada por el mismo, a saber "es necesario limitar - no suprimir - la actividad empresarial o comercial del Estado a aquellos supuestos en que la iniciativa privada no puede hacerlo o es insuficiente...". Respetando, por supuesto, este criterio, como ya sostuvimos en su momento, citando jurisprudencia del TS, no cabe mantener el principio de subsidiariedad en el marco constitucional vigente. La Administración ejercerá su iniciativa económica cuando considere que es necesario para el servicio del interés general, exista o no iniciativa privada en el sector. Cuestión distinta, y que excede de la temática jurídica del presente estudio, es cuando sea o no oportuno ese ejercicio, lo que conduce al manejo de consideraciones extrajurídicas y, por ello, opinables. Vid. en este sentido, la postura de FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Empresa pública y servicio público: el final de una época", *REDA*, 1996, pp. 37 y ss.

<sup>1683</sup> Procedimiento que fundamenta que la decisión adoptada está fundada en el servicio objetivo a los intereses generales, lo que justifica que para la eficacia de ese servicio se articule el privilegio de autotutela administrativa. Sobre las conexiones entre procedimiento administrativo y autotutela, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 502 y 503, así como las referencias efectuadas en el epígrafe 1.2 c) del presente Capítulo, a propósito de las relaciones entre deber constitucional de objetividad y procedimiento administrativo.

cuando, sin uso de las prerrogativas propias del poder público, se trata de actividad de fomento. En este segundo caso, ya se expuso, existe también servicio al interés general, mediante la dirección de la conducta de los privados. Pues bien, esta actividad entra también en el giro y tráfico administrativo y para ejercerla es preciso ajustarse a los principios constitucionales mediante el seguimiento de un procedimiento administrativo. En este sentido, por ejemplo, el art. 1.2 del Reglamento estatal de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, aprobado por el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, indica que "el presente Reglamento resulta de aplicación a *toda disposición gratuita de fondos públicos* realizada a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado". Existe actividad administrativa, que implica además disposición de fondos públicos, por lo que rigen los principios propios de la misma y el procedimiento reservado por la Constitución, el administrativo, a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos y la buena administración en el desarrollo de la actividad de fomento.

Respecto a la actividad de fomento, sin embargo, pueden distinguirse dos momentos diferentes. El primero, sería el de la decisión de establecimiento de las medidas y de otorgamiento de las mismas a determinados particulares. Existe aquí, por supuesto, manejo de caudales públicos, y giro o tráfico administrativo<sup>1684</sup>. Ahora bien, existe un segundo

---

<sup>1684</sup> Actividad administrativa que puede tener incidencia sobre el contenido de los derechos y libertades fundamentales, cuyo contenido esencial "puede ser vulnerado por la acción de los Poderes públicos, no sólo cuando proceden a su regulación o a intervenir sobre ellos con sentido restrictivo o constructivo, sino también cuando dirigen su acción a favorecer su más pleno y efectivo ejercicio", como ha sido notado por MARTINEZ LOPEZ MUÑIZ, J.L., "Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado social de Derecho: Educación y sindicatos", *REDA*, 1985, pág. 408. Vid. también FERNANDEZ FARRERES, G., "De nuevo sobre la subvención y su régimen

momento, la entrega material de la cantidad de dinero otorgada, así como el control del cumplimiento de las condiciones en cuya consideración se otorgó, en que existe una actividad puramente de gestión, una vez ya se ha decidido la cantidad a entregar y a quien. No vemos inconveniente en este segundo momento para que se actúe conforme a procedimientos jurídico-privados, mediante el uso por la Administración de personificaciones privadas o mediante la búsqueda administrativa de ayuda en el ámbito privado.

El segundo supuesto planteado es el caso de las *entidades colaboradoras* a que se refiere el art. 81.5 LGP<sup>1685</sup>. Este artículo indica que "las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas podrán establecer que *la entrega y distribución de los fondos públicos a los beneficiarios* se efectúen a través de las Comunidades Autónomas o de *entidades colaboradoras*". En relación con este precepto de la LGP, el art. 3 del Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, señala que "las normas legales y las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas podrán establecer que la *entrega y distribución* de los fondos

---

jurídico en el Derecho español", *RAP*, núm. 113, 1987, pp. 39 y ss., especialmente pp. 66 y ss.

Asimismo, y desde otra perspectiva, las ayudas estatales a empresas nacionales pueden alterar el juego de la libre competencia, por lo que, como es sabido, el Derecho Comunitario establece limitaciones al ejercicio de la actividad de fomento desde este punto de vista. Vid. arts. 92 y ss TCEE y las consideraciones al respecto efectuadas por MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991, pp. 84 y ss.

<sup>1685</sup>PARADA, R., *Derecho...*, op.cit., pág. 459, al ocuparse de la competencia para el otorgamiento de las subvenciones, se refiere a la gestión indirecta y al papel de estas entidades colaboradoras, señalando que "hasta ahora la asignación e competencia en la actividad de fomento se ha entendido siempre como una competencia de ejercicio directo por los mismos órganos de la Administración, lo que estaba justificado por estar estrechamente ligado al ejercicio de funciones de autoridad la disposición de fondos públicos en favor de los administrados - máxime cuando se trata de una disposición cuasi-gratuita - y, de otro, dicha actividad no se veía que entrañase, en principio, una especial complejidad, que requiriera la colaboración de otros entes públicos o privados especializados en esa tarea. Pero esta apreciación ha dejado paso a otra más abierta, que parte de la dificultad que pueden revestir las operaciones de asignación y control de la actividad subvencionada, derivadas de su crecimiento, dando paso a la idea de la colaboración con otros entes públicos o privados".

públicos a los beneficiarios se efectúe a través de una entidad colaboradora, aplicándose al efecto lo dispuesto en el art. 81.5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por RD Leg. 1091/1988". Obsérvese que en todo caso se habla de "entrega" y "distribución", actividades de pura gestión, a efectuar una vez ya se ha desarrollado la actividad típicamente administrativa de establecimiento y adjudicación de las ayudas.

Entendemos que las entidades colaboradoras a que se refiere el art. 81.5 LGP - particulares o personificaciones de la propia administración que desarrollan su actividad conforme a procedimientos jurídico-privados, por ejemplo una sociedad anónima - no pueden ser las encargadas de conceder las subvenciones o ayudas, en el sentido de decidir la cantidad y el sujeto beneficiario. Pueden, eso sí, realizar la entrega material y también controlar el cumplimiento de las condiciones exigidas. Aunque en este segundo caso, su actividad debe limitarse a detectar posibles irregularidades e informar de las mismas a la Administración concedente, quien, en su caso, adoptará las medidas oportunas. Esta interpretación se ve reforzada por el art. 82.5 LGP, el cual señala que el expediente sancionador que se inicie a consecuencia de la comisión de algunas de las infracciones tipificadas en la ley "podrá iniciarse de oficio, como consecuencia, en su caso, de la actuación investigadora desarrollada por el órgano concedente o por la Entidad colaboradora". La disyuntiva clarifica la cuestión, a nuestro parecer: o se es órgano concedente o se es entidad colaboradora, lo cual quiere decir que la decisión sobre el establecimiento y la concesión de la medida de fomento, así como en su caso sobre su revocación, corresponde a la Administración, mediante el seguimiento de un procedimiento administrativo garantizador del respeto a los derechos, incluso fundamentales, de los ciudadanos y del acierto en la toma de la decisión, mientras que la entidad colaboradora ceñirá su tarea a los aspectos anteriormente señalados.

En tercer lugar, afirmamos en su momento que la actividad de Servicio Público



entraba dentro del giro o tráfico administrativo y que en su desarrollo debían regir, con independencia de quien fuera el gestor o la forma jurídica empleada para ello, los principios constitucionales propios de la actividad administrativa. El siguiente paso consiste en intentar precisar si los mismos deben garantizarse, precisamente, a través de un procedimiento administrativo.

En este sentido parece necesario distinguir cuando la gestión del servicio es directa y cuando es indirecta. En el primer caso, entendemos que el desarrollo de la actividad de prestación debe respetar en todo caso los principios constitucionales, sea cual sea la forma jurídica empleada, aunque no parece preciso que deba desarrollarse la prestación necesariamente conforme a procedimientos jurídico-públicos<sup>1686</sup>. En este caso, si bien la actividad está en conexión con el servicio del interés general, se trata de una actividad que no comporta, en principio, ejercicio de *imperium*<sup>1687</sup>, y que, por sus características intrínsecas, parece que puede ser *prestada* mediante procedimientos jurídico-privados, por supuesto respetando los principios constitucionales y el régimen jurídico-público propio del servicio público.

Cuando la gestión se decide que sea indirecta, deben diferenciarse dos momentos. Respecto a la selección del contratista - momento común a todos los contratos celebrados por la Administración, dirigido a garantizar la igualdad de los particulares y la obtención de las

---

<sup>1686</sup> Debe matizarse, no obstante, que la prestación del servicio tiene momentos distintos que pueden ser diferenciados. Así, por ejemplo, la decisión sobre la admisión de un usuario al goce de la prestación presenta características diferentes de la prestación misma. Vid. lo que se indica más adelante en relación a esta matización.

<sup>1687</sup> Aunque sí pueda ser necesario el ejercicio de prerrogativas en conexión a la prestación del servicio, como, por ejemplo, la imposición de sanciones.

condiciones más ventajosas para el interés general<sup>1688</sup> - cabría plantear la necesidad o no de seguir un procedimiento administrativo para la toma de tal decisión y la posibilidad o no de supuestos en que quien decida la selección del contratista sea una personificación jurídico-privada; es decir, surge aquí la cuestión de si tal procedimiento administrativo es o no necesario, dadas las características de la decisión, para garantizar el respeto de los principios de publicidad y concurrencia, así como el resto de principios constitucionales vistos, o si en este caso los procedimientos jurídico-privados son suficientes para asegurarlos. En cualquier caso, no cabe duda de que rige el deber de respetar esos principios, así como, por supuesto, el Derecho Comunitario<sup>1689</sup>.

---

<sup>1688</sup> Art. 9.2 LCAP:

"El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se consideraran *actos jurídicos separables* los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrá ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción".

Este precepto alude, como es sabido, a la existencia de un núcleo público incluso en los contratos privados celebrados por la Administración, el cual se halla sometido al Derecho Administrativo y controlado por la jurisdicción contenciosa.

<sup>1689</sup> Sobre la cuestión planteada, aunque con referencia a los contratos para la provisión de infraestructuras olímpicas, vid. MALARET, E., *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993, especialmente pp. 99 y ss. Esta autora, partiendo de la necesaria aplicación de los principios anteriormente citados a la selección de contratistas cuando se trata de actividad propia del giro o tráfico administrativo, así como del Derecho Comunitario vigente, acepta que la contratación pueda realizarse por la Administración utilizando formas jurídico-privadas y, en consecuencia, procedimientos jurídico-privados. En este sentido, en la pág. 119 señala que "cuando contrate una sociedad privada de capital íntegramente público lo hará conforme al Derecho privado y conocerá de los posibles conflictos que se susciten la jurisdicción ordinaria", si bien entiende que "al margen de las reglas de fondo o régimen sustantivo de los contratos existen un conjunto de principios que necesariamente deberán aplicarse, con independencia de la forma jurídica del sujeto contratante, lo que implica introducir, si bien limitadamente, una noción material de administración". En cambio, DEL SAZ, S., "La huida...", op.cit., pp. 82 y ss., considera que sólo la aplicación de un procedimiento administrativo es capaz de garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia.

En esta segunda línea, MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, J.L., "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (a propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los presupuestos del Estado para 1997)" *RAP*, 144, 1997, al comentar las

Respecto a la gestión del servicio, al desarrollo de la prestación por el particular, no existe inconveniente, como dijimos, para que se haga conforme a procedimientos jurídico-privados, si bien, insistimos, con sujeción a los principios constitucionales y al régimen jurídico-público del servicio público que los concretiza.

En consecuencia, y a tenor de todo lo expuesto, *deberá existir necesariamente, por exigencias derivadas de la conexión entre los arts. 103.1 y 105 CE, un procedimiento administrativo para el ejercicio de prerrogativas públicas y para el desarrollo de la actividad de fomento*. Es decir, en estos dos casos *entendemos que existe una reserva constitucional de procedimiento administrativo*. No puede ejercerse una potestad ni dirigir la actividad de los privados mediante la actividad de fomento sin que, previamente a la toma de la decisión, exista procedimiento administrativo, sea éste, esa es otra cuestión, más o menos flexible, más o menos formalizado.

La conclusión a la que aquí se llega desde la perspectiva constitucional coincide con diversas opiniones existentes en nuestra doctrina. Así, por ejemplo, PIÑAR MAÑAS ha puesto de relieve que "la exigencia constitucional de que la gestión de los intereses generales se lleve a cabo de acuerdo con a criterios estrictamente objetivos puede no encajar bien, en

---

novedades introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, respecto a la posibilidad de que el Gobierno creara sociedades mercantiles dedicadas a la ejecución de ciertas obras públicas (carreteras y obras Hidráulicas), o/y la explotación de los bienes demaniales correspondientes, afirma con rotundidad que la contratación de las obras supone el ejercicio de una potestad pública, exigiendo la constitución que éstas se desarrollen mediante un procedimiento administrativo (105 CE). En consecuencia, considera que no es posible desarrollar esta actividad mediante fórmulas jurídico-privadas, propias de las sociedades mercantiles, ni siquiera aunque la Ley 13/1996 prevea la sujeción de los procedimientos de licitación y adjudicación a la LCAP (art. 158.3 a)), puesto que para este autor esta previsión es insuficiente y no acierta cubrir las exigencias procedimentales constitucionales.

En relación a esta cuestión, vid. la ya citada Disposición Adicional Sexta de la LCAP. Precisamente, la última de las autoras citadas mostró su disconformidad con el proyecto de ley de Contratos, en relación a esta Disposición, a la que califica de "escasa o nula efectividad", pues "de nada sirve, como dijimos y reiteramos, afirmar dichos principios si, a la vez, la actividad contractual no se sujeta a unos procedimientos reglados de selección de contratistas que son los que garantizan la adecuación de la decisión administrativa y permiten el control judicial posterior a través de la aplicación de la doctrina de los actos separables".

algún caso, con las técnicas que ofrece el Derecho Privado. Y la necesidad de delimitar esos ámbitos a los que está llamado el Derecho Público exige, a su vez, encontrar algún criterio que nos permita fijar el ámbito propio e irreductible de la presencia de la Administración Pública (en más de un concepto, que no tiene por qué ser el de titular, prestadora y gestora al mismo tiempo del servicio público) y de la aplicación del Derecho Administrativo. Quizá ese criterio sea el del servicio público o, más precisamente, el del servicio *objetivo* de los intereses generales<sup>1690</sup>. El procedimiento administrativo sería, cuando de ejercicio de funciones públicas se trata, empleado este término en el sentido de existencia de autoridad o poder de dirección no ejercitable por particulares<sup>1691</sup>, un requisito inexcusable. En esta línea, MARTIN-RETORTILLO ha manifestado una oposición radical a "excepcionar del régimen jurídico-administrativo el actuar de las Administraciones Públicas en el cumplimiento de funciones públicas", ya que los principios constitucionales referidos al actuar de la Administración "sólo pueden constatarse a través de formas jurídico-administrativas,

---

<sup>1690</sup> PIÑAR MAÑAS, J.L., "Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario", *RAP*, 133, 1994, pág. 30. Insiste en la misma idea en "Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España", *REDA*, 1994, pp. 559 y ss., en esta ocasión desde la perspectiva del principio de eficacia. Así, se señala que, teniendo en cuenta que la Administración debe servir con objetividad y eficacia a los intereses generales por mandato constitucional, ello "exige arbitrar técnicas de Derecho Público, garantizador del interés general. No es, pues, ni cierto ni en muchas ocasiones jurídicamente posible articular meros mecanismos de Derecho privado, conformados y estructurados para desenvolverse en el ámbito de las relaciones particulares y tendentes a satisfacer intereses privados, para conseguir con mejores resultados la eficacia constitucional de la Administración Pública".

<sup>1691</sup> Sobre este significado de la función pública, vid. CASSESE, S., *Las bases...*, op.cit., pág. 104, donde se alude a la misma como una actividad de autoridad, respecto de la que "es necesaria una gestión pública y que esté regulada por el Derecho Público (por ejemplo, el orden público)". Vid. también GARRIDO FALLA, F., "El concepto...", op.cit., pp. 11 y ss., donde se distingue el concepto de función pública del de servicio público, siendo el primero relativo a al ejercicio de "una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea, de su soberanía", que corresponde necesariamente a la Administración.

confrontadas, además, por la jurisdicción contencioso-administrativa"<sup>1692</sup>.

La conclusión a la que se ha llegado, que cuando se desarrolla actividad administrativa de ejercicio de potestades o desarrollo de actividad de fomento debe hacerse a través de un procedimiento administrativo, nos conduce derechamente a plantearnos si esta reserva constitucional de procedimiento introduce algún dato relevante en relación con la denominada *huida del Derecho Administrativo*, y, si así es, si de la misma pueden o no deducirse límites constitucionales al ejercicio de la potestad organizatoria.

No es el momento de describir con detalle el conocido debate doctrinal suscitado en nuestro país desde hace algunos años en torno a lo que se ha denominado huida del derecho administrativo<sup>1693</sup>. Se trata de un fenómeno privatizador, en el sentido de que supone la utilización por parte de la Administración de las organizaciones y modos de actuar propios del Derecho privado. En este sentido, la privatización se refiere a la utilización instrumental del Derecho Privado por parte de las personas públicas<sup>1694</sup>.

En el conjunto de opiniones doctrinales sobre esta cuestión, dejando ahora al margen

---

<sup>1692</sup> MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones...", op.cit., pp. 51 y 52. También en la pág. 41 del mismo estudio, donde se sostiene que "afirmada la vinculación de la Administración a la Constitución, el único cauce actualmente existente en el sistema español para hacer efectivos en el momento presente esos principios es a través del régimen jurídico-administrativo y del enjuiciamiento de ese actuar por la jurisdicción contenciosa".

<sup>1693</sup> En relación con el mismo ya se ha citado con anterioridad diversa bibliografía, la cual va a ser ampliada en las páginas siguientes. De todas formas, es posible encontrar una descripción del estado de la cuestión, con cita de las posturas de los diversos autores, en DEL SAZ, S., "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", *RAP*, 133, 1994, pp. 57 y ss., especialmente pp. 73 y ss., MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones...", op.cit., pp. 57 y ss., donde puede hallarse una nota bibliográfica sobre la cuestión, y DE LA SERNA BILBAO, M.N., *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, en pp. 112 a 140.

<sup>1694</sup> En relación con esta clase de privatización vid., por ejemplo, GARRIDO FALLA, F., "Privatización y reprivatización", *RAP*, 126, 1991, pp. 7 y ss., especialmente pp. 18 y ss., DE LA SERNA BILBAO, M.N., *La privatización...*, op.cit., pp. 68 y ss., quien la califica de privatización formal y MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre las privatizaciones", *RAP*, 144, 1997.

matices y cuestiones de detalle, pueden apreciarse dos grandes posturas. Por un lado, aquellos autores que aceptan la existencia de una libertad absoluta para la elección de la forma organizativa y, en consecuencia, del régimen jurídico aplicable, para el desarrollo de la actividad administrativa, aunque luego se introduzcan matices referidos a la necesaria aplicación, en todo caso, de determinados principios constitucionales relativos a los poderes públicos, incluso aunque la elección realizada lo sea de formas organizativas privadas<sup>1695</sup>.

De otro lado, podemos destacar una serie de opiniones doctrinales que niegan esa libertad absoluta de elección de formas organizativas. Es el caso, por ejemplo, de PAREJO ALFONSO, quien, partiendo de la identificación de una actividad típica administrativa contenida en la misma constitución, niega la existencia de verdadera y propia libertad de elección de las formas organizativas<sup>1696</sup>. Para este autor, "el legislador carece de completa libertad a la hora de la delimitación subjetiva de la Administración pública y objetiva de la actividad administrativa. La Constitución define un marco suficientemente preciso: Administración pública y actividad administrativa es (arts. 103, 106 y 128, en relación con el art. 149.1.18) todo lo que no es sujeto ejerciente de actividad económica ordinaria (entregada a los sujetos ordinarios del Derecho) y en régimen de concurrencia con éstos y, por tanto, actividad de este tipo. Así, pues, con la sola excepción de éstos últimos sujetos

---

<sup>1695</sup> Es el caso de BORRAJO INIESTA, I., "El intento...", op.cit., pp. 234 y ss.: "el legislador dispone de una amplísima libertad de configuración en todo lo que no atañe directamente a los derechos fundamentales y a las libertades públicas de los ciudadanos; potestad que es especialmente amplia en todo lo concerniente a la organización y régimen jurídico de actuación de las Administraciones públicas, y que alcanza incluso a permitirle arrojar al desván de los trastos el acervo de técnicas jurídicas que han sido acuñadas por la experiencia histórica, y que han sido depuradas por el esfuerzo intelectual de los juristas". Por su parte, GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R., *Curso...*, op.cit., pp. 388 y ss., aceptan implícitamente esa libertad de elección de las formas organizativas, afirmando que "no creemos que resulte (al menos en todos los casos) imprescindible" la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que parecen querer dispensar de la aplicación de las vinculaciones constitucionales.

<sup>1696</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, L., "objeto, ámbito...", op.cit., pp. 37 y ss., y *Tres estudios...*, op.cit., pp. 70 y ss.

y actividades (que responden a una expresa y excepcional habilitación jurídico-privada) todos los restantes sujetos y actividades reconducibles al interés general están constitucionalmente sometidos a un estatuto único público (lo que nada dice sobre su flexibilidad y contenido concreto)"<sup>1697</sup>. En consecuencia, para PAREJO, en el caso de aplicación de *imperium* organización y actividad deben quedar sujetas a Derecho Administrativo, aceptándose, en cambio la libertad de elección en cuanto a la organización y el régimen jurídico aplicable cuando no es necesario tal *imperium*, si bien "el recurso al Derecho privado no puede comportar la liberación de las vinculaciones y los deberes que son propios de la Administración en cuanto poder público". En cuanto a la contratación de bienes y servicios, queda abierta la puerta a "la posibilidad de la aplicación instrumental del Derecho privado", ya que "para provisionarse de bienes y servicios no precisa la Administración de ninguna posición jurídica especial o exorbitante, por lo que - de no poder autoabastecerse o no proceder recurrir a mecanismos jurídico-públicos de obtención (p.ej. expropiación) - dicha provisión debe quedar remitida justamente al mercado". Finalmente, respecto a la iniciativa pública en la actividad económica, el desarrollo de la misma debe ser en paridad de condiciones con los operadores privados, y, por consiguiente, mediante fórmulas jurídico-privadas; cuestión distinta es la decisión misma de ejercer la iniciativa, como en su momento ya se puso de relieve<sup>1698</sup>.

En la misma línea de negación de la libertad absoluta en la elección de la forma organizativa y del régimen jurídico aplicable a la actividad administrativa, podemos citar a

---

<sup>1697</sup> PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito...", op.cit., pág. 38.

<sup>1698</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op.cit., pp. 71 y ss.

autores como DEL SAZ, LAGUNA DE PAZ o GONZALEZ VARAS<sup>1699</sup>. DEL SAZ, a quien ya nos hemos referido con anterioridad, afirma la vigencia de una serie de principios constitucionales cuando la Administración no ejerce iniciativa económica, señalando, además, que los mismos sólo pueden garantizarse mediante la aplicación de los procedimientos propios del régimen jurídico-administrativo, siendo su control tarea de los tribunales de la jurisdicción contenciosa. En consecuencia, en la tesis de esta autora, actividad no de mercado va ligada a principios constitucionales, y esta ecuación se completa añadiéndole la necesaria aplicación de Derecho Administrativo y el control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>1700</sup>.

LAGUNA DE PAZ, por su parte, señala también la existencia de límites a la posibilidad de elección de formas jurídicas, tomando en consideración el tipo de actividad a desarrollar<sup>1701</sup>. Partiendo, en su opinión, de la insuficiencia de los intentos doctrinales por superar la falta de garantías que supone la huida de la Administración al Derecho privado cuando de ejercicio de actividades específicamente administrativas se trata, este autor postula como única alternativa "poner freno a la utilización del Derecho privado por la Administración", cuando del desarrollo de esa actividad administrativa se trata. A su juicio, existen bases constitucionales derivadas de los arts. 103.1 y 106 CE para "fundamentar un juicio crítico de constitucionalidad" de la decisión de acudir a fórmulas jurídico-privadas

---

<sup>1699</sup> También parece estarlo MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones...", op.cit., pág. 41 y 51, quien, como ya vimos, señala que las funciones públicas deben ejercerse siempre con un régimen jurídico público y controladas por la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, más adelante (vid. pág. 54) parece aceptar que existan sociedades anónimas que desarrollen auténticas funciones administrativas.

<sup>1700</sup> DEL SAZ, S., "Desarrollo...", op.cit., pp. 174 y ss.

<sup>1701</sup> Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., "La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades", en *Administración Instrumental...*, vol.II, op.cit., pp. 1191 y ss., y "La renuncia...", op.cit., pp. 201 y ss., especialmente, pp. 217 y ss.



"cuando las características intrínsecas de la actividad a desarrollar o las circunstancias concretas que concurren en un caso determinado reclamen la especial protección - tanto para el interés público como para el particular - que depara el ordenamiento jurídico-administrativo".

LAGUNA DE PAZ, desde estos planteamientos, insiste en la necesidad de fiscalizar, y en su caso declarar la invalidez, de la decisión de sumisión a formas organizativas jurídico-privadas cuando estas son incompatibles con la actividad a desarrollar. El punto clave deviene, entonces, conocer cuando la Administración puede someter su actuación al Derecho privado. El autor intenta fijar los criterios a seguir al optar por la forma pública o privada<sup>1702</sup>.

En este sentido, se distinguen claramente dos tipos de actividad. En primer lugar, la actividad de iniciativa pública en la economía. Este tipo de actuación debe someterse a las reglas del mercado, por lo que aquí no existe inconveniente en la utilización de formas y regímenes jurídico-privados. En segundo lugar, las actividades al margen del mercado. En este segundo grupo, a su vez, se diferencia entre las actividades de servicio público y las no calificadas como tales. Respecto de las primeras, LAGUNA DE PAZ no ve inconveniente en que el servicio público se preste mediante fórmulas jurídico-privadas, por ejemplo mediante una sociedad mercantil, ya que "la garantía respecto de las empresas que gestionan servicios públicos es el propio servicio público, que dicta un régimen jurídico especial, de marcado carácter público", el cual motiva que no exista inconveniente en la elección de formas organizativas privadas.

Ahora bien, la situación varía respecto al segundo grupo de actividades situadas al margen del mercado, es decir, aquellas que no siendo iniciativa pública en la economía no

---

<sup>1702</sup> Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., "La renuncia...", op.cit., pp. 224 y ss.

son tampoco calificadas como servicio público. Este tipo de actividades deben ser desarrolladas por un poder público administrativo conforme al régimen jurídico propio del Derecho Público. Ello no impide la utilización de entidades de Derecho público que sometan parte de su actividad al Derecho privado, siempre que "no remitan incondicionadamente su régimen jurídico al Derecho Privado, lo que podría llevar a desconocer las exigencias primordiales de una actividad pública, sostenida con fondos públicos". En cambio si imposibilita la elección de la forma de sociedades mercantiles para el desarrollo de estas actividades. Si bien este autor acepta la posibilidad del "levantamiento del velo" respecto de las mismas y la necesidad de que estas sociedades debieran respetar los derechos fundamentales, resalta las dificultades e inconvenientes existentes en ambos ámbitos<sup>1703</sup>, lo que le conduce a destacar que "se hace difícil admitir la empresa pública mercantil cuando ésta no opera en un sector regido por una normativa precisa garante de los distintos derechos e intereses en juego, como es la del servicio público, o por un marco objetivo de referencia, como es el propio mercado".

De todas maneras, el autor repetidamente citado indica que "si, pese a todo, la utilización de la sociedad mercantil siguiera pareciendo lo mas conveniente, habría que arbitrar soluciones que vinieran a paliar las deficiencias que esta forma jurídica evidencia", evitando actuaciones contrarias a los intereses generales o a los derechos de los ciudadanos. A tal fin, se proponen tres direcciones. En primer lugar, "una adecuada ordenación

---

<sup>1703</sup> Respecto al "levantamiento del velo", LAGUNA DE PAZ, J.C., "La renuncia...", op.cit., pág. 227, sostiene que "de ninguna manera puede pretenderse la excepción ordinaria, en el día a día de la empresa, de las consecuencias que conlleva la personificación jurídica, cuya lógica debe ser respetada. Si esta de adopta, a sus implicaciones hay que estar". Por lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales, la posibilidad de los particulares de dirigirse al Poder Público titular de la empresa mediante los mecanismos mercantiles, a fin de que eliminase la agresión, o el ejercicio de acciones de responsabilidad frente a la Administración, constituyen "una vía gravosa para el particular, compleja y, además de resultado incierto" (pág. 228).

normativa de la actividad, que la definiera formalmente como administrativa y que, en consecuencia, previera la aplicación de este régimen jurídico". En segundo lugar, que los propios estatutos de las sociedades recogiesen "los principios y pautas de comportamiento que la intervención pública reclama". Finalmente, estableciendo sistemas de responsabilización directa de la Administración por la actuación de la sociedad, proponiéndose en esta línea la exigencia de una autorización administrativa para las actuaciones de la empresa de mayor relevancia<sup>1704</sup>.

Por último, en esta línea de búsqueda de límites a la elección de formas organizativas privadas para el desarrollo de ciertas actuaciones por parte de la Administración, pueden citarse las tesis de GONZALEZ-VARAS<sup>1705</sup>. Tras constatar el paulatino proceso de privatización formal sufrido en el Derecho español, "por el cual cada vez más el régimen jurídico privado regula la actividad de los entes que llevan a cabo competencias administrativas", el autor se plantea esencialmente los límites jurídicos que puedan existir respecto de la libertad de elección entre el régimen jurídico público y privado. En este sentido, GONZALEZ-VARAS afirma la existencia de un principio general del Derecho Administrativo europeo según el cual "la Administración siempre que cumpla sus funciones propias o representativas (giro o tráfico administrativo) ha de regirse por un Derecho específico, que es el Derecho administrativo", teniendo entonces la privatización formal un límite claro "que es el ejercicio de funciones propias del giro o tráfico administrativo"<sup>1706</sup>.

En relación a cuáles sean las actividades propias del giro o tráfico administrativo, este

---

<sup>1704</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C., "La renuncia...", op.cit., pp. 228 y ss.

<sup>1705</sup> GONZALEZ-VARAS, S., *El derecho administrativo...*, op.cit., pp. 89 y ss.

<sup>1706</sup> Vid. en este sentido, GONZALEZ-VARAS, S., *El derecho administrativo...*, op.cit., pp. 133 y ss., 161 y ss., pág. 174 y pág. 616.

autor afirma que lo son, sin duda, las funciones de policía y aquéllas que implican ejercicio de autoridad. Respecto a la actividad de servicio público, se plantea la cuestión de si se está ante giro o tráfico administrativo - con la consecuencia de la limitación en la libertad de elección de formas jurídicas, descartándose en tal caso las privadas - o si se trata de un caso distinto<sup>1707</sup>. El autor llega a la conclusión de que los servicios públicos tienen una "posición intermedia", situándose "entre las funciones nucleares del giro o tráfico administrativo y las actuaciones mercantiles o industriales", ya que se trata de un tipo de actividad que es susceptible de ser realizado por los particulares, tal como subraya la doctrina alemana e italiana. En consecuencia, GONZALEZ-VARAS no ve inconveniente en reconocer respecto al desarrollo de la actividad prestacional la libertad de elección, reconocida además claramente en nuestro país en el ámbito de los servicios públicos locales, mostrando su disconformidad con aquéllas tesis que la niegan<sup>1708</sup>. Ahora bien, junto a esa libertad en el ámbito de la actividad de servicio público, el autor afirma que en el desarrollo de la misma rigen los principios constitucionales y los derechos fundamentales, tal como en Alemania ha sido afirmado mediante la contrucción del *Derecho privado administrativo*, el cual, pone de relieve "gira en torno a la organización de los servicios públicos, y, preferentemente de los servicios públicos locales (Daseinsvorsorge) cuando para su gestión se acude a una forma privada de organización"<sup>1709</sup>. En consecuencia, libertad de elección pero aplicación de derechos fundamentales y principios generales administrativos, cuyo control, además, considera el autor debe efectuarse por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>1710</sup>.

---

<sup>1707</sup> GONZALEZ-VARAS, S., *El Derecho administrativo...*, op.cit., pp. 135 y ss.

<sup>1708</sup> Caso, por ejemplo, de la postura mantenida como vimos por DEL SAZ.

<sup>1709</sup> GONZALEZ-VARAS, S., *El Derecho...*, op.cit., pág. 132.

<sup>1710</sup> GONZALEZ-VARAS, S., *El Derecho...*, op.cit., pp. 148 y ss.

Partiendo de estas premisas, el autor analiza la privatización material de funciones de policía, es decir su ejercicio por privados, teniendo presente la doctrina y jurisprudencia alemana<sup>1711</sup>, así como, teniendo presente los límites afirmados a la libertad de elección de formas jurídicas, la cuestión de la privatización formal. Respecto a este último tema, GONZALEZ-VARAS señala la importancia de los criterios materiales, en virtud de los cuales propone el intento de "adecuación de la forma del ente (pública o privada) en función de si aquél realiza una actuación prestacional (de servicio público) o simplemente mercantil, respectivamente", analizando a tal efecto, la legislación de procedimiento y contratos actualmente vigentes; el autor afirma que podrían aprovecharse los criterios funcionales contenidos en las mismas para "avanzar en la solución del problema de la huida del Derecho Administrativo"<sup>1712</sup>.

Pues bien, creemos que la línea apuntada por este segundo grupo de autores aludidos, los cuales postulan la existencia de límites, incluso constitucionales, a la libertad de elección de formas jurídicas, muestra la senda a recorrer, teniendo presente los datos constitucionales y legales con los que contamos. *Desde la perspectiva procedimental*, objeto de nuestro estudio, *creemos que es posible afirmar la existencia de límites constitucionales referidos a la elección misma entre formas organizativas públicas o privadas, en función del tipo de actividad a desarrollar. La reserva de procedimiento administrativo establecida en el art. 105 CE en relación con la actividad de servicio a los intereses generales (art. 103.1 CE), nos conduce a la conclusión de que los procedimientos de actuación jurídico-privados, propios de las personificaciones privadas, no son constitucionalmente aceptables para el desarrollo del giro o tráfico administrativo.* Esta afirmación va a ser fundamentada de acuerdo con los

---

<sup>1711</sup> GONZALEZ-VARAS, S., *El Derecho...*, op.cit., pp. 177 y ss.

<sup>1712</sup> GONZALEZ-VARAS, S., *El Derecho...*, op.cit., pp. 636 y ss.

datos constitucionales y legales que a continuación se expondrán, así como con la doble función, repetidamente aludida, del *procedimiento administrativo, como cauce de garantía de los derechos de los ciudadanos y modo de lograr el servicio más adecuado a los intereses generales*.

Para abordar las conexiones entre actividad típicamente administrativa, procedimiento administrativo y límites de la potestad organizatoria deben considerarse de forma específica las actividades propias del giro o tráfico administrativo, en la línea ya expuesta a lo largo de este estudio.

Respecto al ejercicio de potestades administrativas, esta actividad supone el servicio a los intereses generales (art. 103.1 CE), por lo que le será de aplicación la reserva de procedimiento administrativo del art. 105 CE. El concepto potestad se utiliza aquí como actuación de *imperium*, de autoridad, de poder público, en conexión con el ya aludido art. 4 LBRL<sup>1713</sup>. Cuando se expropia, se sanciona, se autoriza o se planifica, debe hacerse siguiendo un procedimiento administrativo por imperativo constitucional (105 CE) a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos y la buena administración. En línea directa con los arts. 103.1 y 105 CE, el art. 2.2 LRJPAC liga la aplicación de esta ley, en referencia específica a las Entidades de Derecho Público, al ejercicio de "potestades administrativas"<sup>1714</sup>, concretizándose, de este modo, la reserva constitucional de

---

<sup>1713</sup> Vid. también el art. 55.2 TCEE, el cual excluye de la aplicación de las disposiciones referidas al Derecho de establecimiento las actividades relacionadas, aun de manera ocasional, con "el ejercicio de poder público".

<sup>1714</sup> Con anterioridad a la LRJPAC diversas leyes ya aludían a esta idea bajo denominaciones distintas; es el caso de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, cuyo art. 14 señala que la Comisión Nacional del Mercado de Valores "en el ejercicio de sus funciones públicas y en defecto de lo dispuesto en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen" actuará "con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo". Vid. sobre la Comisión Nacional del Mercado de Valores el estudio de MALARET, E., "La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración constitucional)", *REDA*, núm. 26, 1992, pp. 557 y ss., especialmente pp. 571 y ss. Ejemplos en el mismo sentido son la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de

procedimiento administrativo<sup>1715</sup>; entendemos que se establece así, de forma indirecta e implícita, una limitación en la elección de las formas de actuación. Cuando del ejercicio de potestades administrativas se trate, no cabe su desarrollo por medio de procedimientos jurídico privados de actuación, lo que excluye la utilización de sociedades anónimas para sancionar, expropiar o aprobar la ordenación urbanística de una ciudad, por ejemplo<sup>1716</sup>.

Sin embargo, como también se ha afirmado, la actividad de giro o tráfico administrativo no se agota con el ejercicio de *imperium*; la actividad de fomento, respecto a la decisión sobre el establecimiento de las medidas y sobre su concesión a los concretos beneficiarios, es actividad de servicio al interés general (art. 103.1 CE), cuyo desarrollo debe efectuarse mediante un procedimiento administrativo, de acuerdo con el art. 105 CE. Entendemos que esta reserva constitucional de procedimiento administrativo también debe entenderse recogida en el art. 2.2 LRJPAC. El concepto de potestad de este precepto, a nuestro parecer, no debe limitarse al ejercicio de prerrogativas, con uso de *imperium*, sino

---

la Marina Mercante, cuyo art. 35.2 liga la aplicación del Derecho Administrativo a las Autoridades Portuarias en el "ejercicio de las funciones de poder público" atribuidas por el ordenamiento, o la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, cuyo art. 34 señala la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo cuando la Agencia de Protección de datos ejerza "funciones públicas".

<sup>1715</sup> En relación al art. 2.2 LRJPAC vid. las consideraciones de LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pp. 11 y ss., quien considera que "está destinado a originar un amplio debate doctrinal de interesantísimas consecuencias en el plano de la aplicación del Derecho Administrativo", TORNOS MAS, J., "Administración...", op.cit. pp. 51 y ss., quien señala que "el derecho administrativo pierde, en relación a estas entidades, que son Administración, su carácter estatutario, para determinarse su aplicación por un criterio funcional: el ejercerse potestades administrativas", o FONT LLOVET, T., "Régimen jurídico...", op.cit., pág. 70, donde se indica que "el ejercicio de potestades administrativas resulta ser el criterium definidor que permite calificar como Administración a una determinada entidad de derecho público".

<sup>1716</sup> ¿Qué ocurre en el caso de la contratación de obra pública? Como ya pusimos de relieve con anterioridad, existen diversas líneas doctrinales al respecto. Recientemente, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas...?", op.cit., ha destacado que la contratación de obras públicas supone el ejercicio de una potestad pública, estando sometido su desarrollo a una reserva constitucional de procedimiento (art. 105 CE) y de ejercicio por funcionarios públicos (art. 103.3 CE). En consecuencia, este autor niega que la contratación de obra pública pueda encomendarse a sociedades mercantiles.

que abarca también la actividad de fomento, dirigida a ordenar el comportamiento de los ciudadanos y a lograr así el servicio a los intereses generales<sup>1717</sup>. Por tanto, tampoco serán posible el desarrollo de esta actividad conforme a procedimientos jurídico-privados, con lo que, por ejemplo, no cabrá elegir la forma jurídica de sociedad anónima para la concesión de subvenciones.

En consecuencia, cuando se trata del ejercicio de funciones públicas, de actividad propia del giro o tráfico administrativo que comporta autoridad, el desarrollo de éstas debe producirse mediante el seguimiento de un procedimiento administrativo por imperativo constitucional y, de acuerdo con éste, legal; esto conlleva una serie de límites en el momento de elegir la forma jurídica de actuación, y supone un criterio a tener en cuenta en relación a la *privatización material y formal* de las mismas.

---

<sup>1717</sup> Sobre el significado del término potestades utilizado en el art. 2.2 LRJPAC, LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pág. 117, pone de relieve que "quizá deban ser identificadas no sólo atendiendo al criterio de la existencia de prerrogativas de poder público en una determinada actividad, sino también como una consecuencia ligada necesariamente a las garantías y derechos del ciudadano", ya que "si la identificación de las potestades administrativas se limita a las actuaciones del poder público dotadas de prerrogativas, imponiendo para ellas la regla del régimen administrativo aplicado por una Administración Pública, se habrá dado un paso importante, pero quizá insuficiente. Parece necesario ir más lejos, tratando de determinar en qué supuestos otros elementos ordinamentales distintos de la misma existencia de prerrogativa (por ejemplo, el principio de mérito y capacidad para el acceso al servicio del poder público) imponen la configuración de una potestad administrativa".

MAURI, J., "Administraciones públicas...", op.cit., pp. 83 y ss., llama la atención sobre la dificultad de concretar cuál sea el significado del concepto de potestades públicas, "caracterizado por la dificultad de su concreción, complejidad e intersección con zonas político-constitucionales de indudable trascendencia". Por su parte, DE VICENTE, D., *Los entes...*, op.cit., pp. 78 y ss., destaca como la precisión de qué deba entenderse por potestades administrativas constituye "una de las claves más importantes para la suerte del Derecho Administrativo procedimental y, por tanto, para el propio Derecho Administrativo. El autor maneja dos sentidos posibles del concepto potestades administrativas, uno restringido y otro amplio. El restringido se identificaría con "actuaciones coactivas", mientras el amplio equivaldría a la noción de competencia, y abarcaría, por tanto, todo el ámbito de actuación de esas Entidades de Derecho Público. Si bien el autor indica que ante la disyuntiva planteada "no debe darse una respuesta única. Hay que examinar el ente y dotarle del poder público necesario para el ejercicio de sus competencias con eficacia y eficiencia", en pp. 86 y ss. excluye del concepto potestad la totalidad de funciones encargadas a estas Entidades, conectando al mismo la idea de que "la caracterización jurídica de las potestades públicas tiene que atender no sólo al criterio de la prerrogativa del poder público de una determinada actividad, sino como una consecuencia ligada a las garantías y derechos del ciudadano", considerando como ejemplo "el otorgamiento de una subvención" (pág. 96).



Por lo que se refiere a la *privatización material* de funciones públicas, entendida como ejercicio de las mismas por privados<sup>1718</sup>, consideramos que el ejercicio de la actividad propia del giro o tráfico administrativo analizada no puede ser privatizada. En este sentido, el art. 85.2 LBRL indica que "en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad", mientras que el art. 156.1 LCAP establece que "en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos". En el mismo sentido, el art. 15.5 LRJPAC señala que no cabe encomendar la gestión de actividades que deban realizarse con sujeción al Derecho Administrativo a personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado. En consecuencia, un privado no puede ejercer este tipo de actuaciones.

La cuestión clave aquí es que deba entenderse por ejercicio de autoridad; parece serlo la actuación de típicas potestades administrativas (autorizar, sancionar...)<sup>1719</sup>, pero también la concesión de subvenciones<sup>1720</sup>. La dificultad estriba en determinar si en otros casos

---

<sup>1718</sup> Sobre esta cuestión, vid. SAINZ MORENO, F., "Ejercicio privado de funciones públicas", *RAP*, núms. 100-102, 1983, pp. 1699 y ss.

<sup>1719</sup> En la práctica, existen excepciones a esta afirmación. Es el supuesto del ejercicio de auténticas potestades por parte de particulares, como es el caso, por ejemplo, de los Colegios profesionales. Como es sabido, éstos pueden sancionar o promulgar normativa (art. 5, apartado i de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales). En relación a las Corporaciones de Derecho Público, la Disposición Transitoria primera de la LRJPAC indica que las mismas "ajustarán su actuación a su legislación específica", señalándose que "en tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda". A pesar de esta oscura previsión, entendemos que, cuando se desarrollan funciones administrativas por las Corporaciones Públicas, deben regir siempre los principios constitucionales propios de la actividad administrativa. Además, la reserva constitucional del art. 105 impone el seguimiento de un procedimiento administrativo -ajustado a los principios constitucionales y de la LRJPAC - en el ejercicio de potestades por estas entidades. En este sentido, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R., *Curso...*, op.cit., pág. 451, quienes sostienen que "no sólo se puede, sino que se debe exigir la aplicación" de la LRJPAC cuando las Corporaciones de Derecho Público desarrollan funciones administrativas.

<sup>1720</sup> De ahí que se sostuviera con anterioridad la imposibilidad de que Entidades Colaboradoras (art. 81.5 LGP) privadas desarrollaran la actividad de fomento.

también estamos ante actuaciones de autoridad y la posibilidad o no de su desarrollo por los particulares<sup>1721</sup>.

El ejercicio de funciones públicas, en garantía de los derechos de los ciudadanos y del mejor servicio posible al interés general, debe ser efectuado por *personal con características que aseguren el cumplimiento de esas finalidades*, al permitir imparcialidad y, además, objetividad en el desarrollo del poder público. No en vano el art. 92.2 LBRL liga ejercicio de funciones públicas y "personal sujeto al Estatuto funcional", para la mejor garantía de "la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función". Por eso también *la Constitución conecta el procedimiento administrativo al servicio al interés general*, a fin de asegurar el respeto de los derechos de los ciudadanos y también la buena administración, es decir, la actuación conforme a los principios constitucionales vistos.

Además - desde la segunda de las perspectivas anunciadas, es decir la *privatización formal* - el desarrollo de las funciones públicas por la Administración debe efectuarse conforme a un procedimiento administrativo. La reserva constitucional de procedimiento impone, así, un límite a la potestad organizativa, por cuanto el ejercicio del giro o tráfico no puede realizarse mediante procedimientos jurídico-privados. En este sentido, en nuestra opinión, en conexión con los arts. 103 y 105 CE, el ya mencionado art. 2.2 LRJPAC liga ejercicio de potestades con la existencia de procedimiento administrativo. De igual modo, la Disposición Adicional 12ª LOFAGE indica que las sociedades mercantiles estatales "en

---

<sup>1721</sup> En relación al ejercicio por privados de las funciones de policía de vigilancia y seguridad ciudadana, vid. GONZALEZ-VARAS, S., *Derecho administrativo...*, op.cit., pp. 177 y ss y "El desarrollo de una idea de colaboración en el Derecho Administrativo, con el ejemplo de la seguridad privada y otros", *REDA*, pp. 203 y ss. Sobre el desarrollo por privados de las funciones de inspección en el ámbito industrial, vid. FERNANDEZ FARRERES, G., "Industria", en MARTIN-RETORTILLO, S. (Dir.), *Derecho Administrativo Económico*, vol.II, La Ley, 1991, pp. 516 y ss, y, con referencias a la Ley de industria de 1992, PONCE SOLÉ, J., "Una aproximación...", op.cit., pp. 365 y ss.

ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública".

El art. 53.3 LOFAGE, por su parte, señala que las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, "excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas...".

No es constitucionalmente posible, pues, la privatización organizativa que comporte el ejercicio de funciones públicas conforme a procedimientos jurídico-privados<sup>1722</sup>. Esta limitación constitucional impone, por ejemplo, que las *sociedades mercantiles* que pueda crear la Agencia estatal de la Administración Tributaria<sup>1723</sup> (a las que se refiere el art. 103,

---

<sup>1722</sup> Debe matizarse que el límite constitucional se refiere al ejercicio propiamente dicho de la función pública. Distinto a éste es la utilización instrumental del Derecho privado en relación a otras actividades diferentes y auxiliares del ejercicio de la función, como son la contratación de personal o de bienes y servicios. Creemos que ese uso instrumental de procedimientos jurídico-privados debe ser analizado en cada caso, a fin de ver la influencia que tiene sobre el ejercicio, propiamente dicho, del poder público, sin que, a priori, pueda establecerse tajantemente su inconstitucionalidad. Por ejemplo, la existencia de personal que no sea funcionarial en un ente que desarrolle funciones públicas puede ser aceptable siempre y cuando este personal *no desempeñe directamente esas funciones, que deberán ser reservadas para funcionarios, sino que realice tareas auxiliares e instrumentales*. La exigencia de funcionarios para el desarrollo de las funciones públicas es consecuencia del estatuto propio de éstos, que les garantiza su *imparcialidad* (art. 103.3 CE) y, por tanto, como ya sabemos, la posibilidad de un servicio *objetivo* al interés general. Vid. el ya mencionado art. 92.2 LBRL y el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la redacción dada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, tras la STC 99/1987, de 11 de junio.

Sin embargo, respecto a la contratación de bienes y servicios por parte de Entidades de Derecho Público que desarrollen actividades de giro o tráfico administrativo, diga lo que diga su norma de creación, deberá tenerse en cuenta la aplicación de la LCAP, interpretando en tal sentido el art. 1 LCAP. En tal sentido, vid. GIMENO FELIU, J.M., "Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública", *RAP*, 144, 1997.

En relación a esta cuestión, GONZALEZ-VARAS, S., *El derecho administrativo...*, op.cit., pág. 637, nota 32, considera, de forma algo más tajante que la aquí sugerida, que, en general, se debería de "observar la función esencial que realiza el ente (que se le ha encomendado) para, entonces, determinar la aplicación de un régimen jurídico concreto (Derecho Administrativo o Derecho Administrativo privado). La contratación y el personal no son, en sí mismas, funciones de las entidades públicas. Más bien, el régimen jurídico de la contratación y del personal ha de asociarse o ha de ser una consecuencia o atribución de la identificación previa de un régimen jurídico concreto para la entidad en cuestión. Si (mediante los criterios materiales) se llega a la conclusión de que debe aplicarse - al ente - el Derecho Administrativo, la contratación y el personal debe regirse por este ordenamiento".

<sup>1723</sup> En relación con el estudio de este ente, pueden consultarse, entre otros, los trabajos de FERREIRO LAPATZA, J.J., "Nota sobre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 71, 1991, pp. 401 y ss, DELGADO PACHECHO,

apartado dos, de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre) *no podrán, en ningún caso, desarrollar las funciones públicas propiamente dichas encargadas a este ente, es decir la gestión, inspección y recaudación de los tributos estatales*. Esta interpretación deviene obligada, precisamente, por la reserva de procedimiento administrativo establecida en el art. 105 CE, la cual impide el ejercicio de funciones públicas con procedimientos jurídico-privados<sup>1724</sup>.

Por ello, como decíamos, no es posible que la Administración utilice una sociedad anónima para aprobar el planeamiento urbanístico de un municipio, para autorizar la instalación de una actividad determinada, para sancionar a los infractores de las normas de circulación o para conceder subvenciones dirigidas a fomentar la economía<sup>1725</sup>. La causa

---

A., "La creación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria", *Impuestos*, 5, 1991, pp. 1392 y ss., CARRASCO CANALS, C., "La Agencia Estatal de Administración Tributaria: una regulación funcional atípica", *REDA*, 74, 1992, pp. 365 y ss., y "La Agencia estatal de Administración Tributaria: un nuevo modelo de Administración Pública", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 224, 1993, pp. 381 y ss., BAENA AGUILAR, A., HERRERA MOLINA, P.M., y SERRANO ANTON, F., *La Agencia Tributaria frente al contribuyente. Régimen Jurídico y problemas de constitucionalidad*, Comares, Granada, 1993, cuya reseña ha sido realizada por Miguel BELTRAN DE FELIPE, en el núm. 132 de la *RAP*, pp. 533 y ss., y los trabajos de ARROYO YANES, L.M., "La Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la reforma de la función pública", y de SANCHEZ BLANCO, A., "La Agencia Estatal de Administración Tributaria. Atipicidad jurídica y determinismo de los residual como expresión de la crisis del modelo organizativo de las Administraciones Públicas", ambos contenidos en PEREZ MORENO, A. (Coord.), *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. I, Civitas-Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Madrid, 1994, pp. 201 y ss. y 755 y ss., respectivamente.

<sup>1724</sup> Cabría plantear si dentro del desarrollo de estas funciones públicas también existen distintos momentos, al igual que vimos ocurría en la actividad de fomento. Es decir, podemos preguntarnos si es lo mismo decidir iniciar un procedimiento de ejecución forzosa en vía de apremio, conectado con el privilegio de autotutela ejecutiva y en el que deben constatarse la existencia de una serie de requisitos, que realizar, una vez constatados esos requisitos, los trámites materiales necesarios para el cobro. ¿Podrían ser éstos realizados por la Administración mediante una personificación mercantil? ¿Se vulneraría aquí la reserva constitucional de procedimiento o bien este momento ya no atañe propiamente al núcleo del ejercicio de funciones públicas? ¿Es necesario para estos trámites tendentes al cobro la existencia de un procedimiento jurídico público para garantizar los derechos de los ciudadanos y la buena administración o es suficiente un procedimiento jurídico-privado y la aplicación de los principios constitucionales?.

<sup>1725</sup> Sin embargo, no vemos impedimento constitucional para que una sociedad anónima realice los trabajos técnicos preparatorios para la aprobación del planeamiento o para que una Entidad Colaboradora en forma de sociedad anónima se dedica a entregar materialmente los fondos ya

es, repitámoslo de nuevo, la reserva de procedimiento administrativo del art. 105 CE. Efectivamente, aún cuando una sociedad anónima desarrollara funciones públicas, no cabría negar que debería someterse a los derechos fundamentales y principios constitucionales, y que, en última instancia, podría controlarse su respeto en vía judicial, contenciosa-administrativa o no, eso es otra cuestión, "levantando el velo" y protegiendo los derechos de los ciudadanos. Eso es cierto; pero el motivo de la reserva constitucional de procedimiento administrativo, y en consecuencia la imposibilidad de elegir una sociedad anónima como forma de desarrollo de funciones públicas, debe buscarse en un argumento reiterado a lo largo del presente estudio: el procedimiento administrativo, precisamente éste, garantiza los derechos de los ciudadanos y además la racionalidad, la objetividad, la coordinación, la eficacia, la eficiencia y la economía de la actuación administrativa. Y esta garantía no puede ser ofrecida por los procedimientos jurídico-privados de actuación propios de las sociedades mercantiles. Imaginemos una sociedad anónima que tomara decisiones sobre instalación de infraestructuras sobre el territorio, ¿como se articularía, por ejemplo, la participación ciudadana, imprescindible, como hemos apuntado ya, para asegurar los principios constitucionales de objetividad y eficacia?. Es cierto que el control judicial posterior a la toma de la decisión podría, llegado el caso y con las dificultades ya apuntadas, "levantar el velo" y controlar la actividad y el respeto de los derechos e intereses de los ciudadanos. Pero, ¿cómo se garantiza *a priori* que la decisión no los vulnera y sirve adecuadamente a los intereses generales?. El control judicial no puede sustituir la decisión adoptada, fijando la mejor solución para los intereses generales. Entonces, si no ha existido procedimiento jurídico-público para la toma de decisión, ¿cómo se ha asegurado la buena administración?.

---

concedidos. Nótese que ya no nos movemos en estos casos en el ejercicio propiamente dicho de la función pública.

En tal caso, el procedimiento jurídico-privado, propio de una sociedad mercantil, no está diseñado ni pensado para hacer efectivo ese deber de buena administración, puesto que este tipo de procedimientos no se dirigen al servicio adecuado de los intereses generales, sino a las finalidades propias del sector privado, por supuesto muy respetables pero distintas<sup>1726</sup>.

Finalmente, en el ámbito de la actividad de giro o tráfico administrativo debemos referirnos a los posibles límites constitucionales de la *gestión por privados* del servicio y de la *potestad organizativa* cuando la gestión del mismo es directa. Por lo que se refiere a la cesión de la gestión a particulares para que presten el servicio público, una de las acepciones usuales del término privatización<sup>1727</sup>, ya se expuso que, dadas las características de la actividad y la ausencia de prerrogativas, no creíamos que jugara, respecto de la prestación propiamente dicha del servicio, ninguna reserva constitucional de procedimiento administrativo. No existe, en principio, inconveniente constitucional para que una sociedad mercantil de capital privado preste un servicio público conforme a procedimientos jurídico-privados, si la Administración decide que es lo más oportuno, en vez de gestionarlo ella

---

<sup>1726</sup> Podría sostenerse, en la línea señalada por LAGUNA DE PAZ, que sí sería posible escoger una sociedad mercantil para desarrollar el giro y tráfico administrativo, siempre y cuando exista previamente autorización administrativa para el ejercicio de las funciones públicas. Sin embargo, tal articulación - de hecho superposición de dos procedimientos, uno jurídico-público, el autorizatorio de la actuación, y otro jurídico-privado - no parece tener mucho sentido; para qué entonces acudir a la forma jurídico-privada, si siempre que la sociedad anónima deba actuar tendrá que contar con un previo acto administrativo, con su correspondiente procedimiento, que autorice, de hecho adopte, la decisión. Este sistema permite, por supuesto, identificar un acto separable proveniente de la Administración - la autorización - pero entonces no se acierta a comprender la utilidad de la sociedad mercantil.

<sup>1727</sup> Niega que en este caso se esté ante un supuesto de auténtica privatización DE LA SERNA BILBAO, M.N., *La privatización...*, op.cit., pp. 54 y ss., porque la actividad continua siendo pública, aunque sea desarrollada por privados.

misma<sup>1728</sup>.

Ahora bien, decidida la gestión indirecta del servicio, creemos conveniente efectuar alguna matización a fin de introducir algunas reflexiones, que, sin ánimo de resolver todas estas complejas cuestiones, ayuden a poner de relieve algunos puntos problemáticos. Por lo que se refiere a la selección del contratista, ya expusimos que debían regir en todo caso los principios constitucionales, así como el Derecho Comunitario. La cuestión estriba en determinar si, además, esos principios deben garantizarse, precisamente, mediante el seguimiento de un procedimiento administrativo, o si, por ejemplo, sería posible, de conformidad con el juego de los arts. 103 y 105 CE, que la Administración creara una sociedad anónima a fin de que fuera ésta, actuando conforme a procedimientos jurídico-privados, la que se encargara de seleccionar al gestor<sup>1729</sup>.

Por otro lado, si bien no existe inconveniente en que el privado preste el servicio conforme a procedimientos jurídico-privados, con sujeción, por supuesto, a los derechos

---

<sup>1728</sup> De ahí el principio de libertad de elección consagrado en el art. 156.1 LCAP: "La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptible de explotación por empresarios particulares". Libertad que, como es sabido, es más amplia en la gestión de servicios públicos que en la ejecución de obras por la propia Administración, a quien el art. 153 LCAP impide esa realización *salvo* que concurren alguna de las circunstancias especificadas en ese precepto.

En consecuencia, la decisión fundamental en este contexto es la decisión de gestionar el servicio de forma indirecta, es decir, de privatizar. Esta decisión es discrecional y estará orientada por los principios constitucionales de buena administración, los cuales se articularán mediante el seguimiento del pertinente procedimiento administrativo previo a su adopción. Singular importancia desplegarán aquí los principios de eficacia, eficiencia y economía, a fin de elegir qué modo de gestión, directa o indirecta, es la más adecuada en el servicio a los intereses generales. Sobre esta cuestión vid. el interesante trabajo de DONAHUE, J.D., *La decisión de privatizar. Fines públicos, medios privados*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1991, en el que se contienen una serie de reflexiones y criterios relativos a la elección entre la gestión pública o privada de tareas públicas, así como una serie de consideraciones empíricas sobre la situación norteamericana, respecto a la gestión de servicios como recogida de basura, transportes o servicios de agua o energía.

<sup>1729</sup> Ya expusimos en su momento las tesis divergentes que existen en nuestra doctrina respecto a la creación de sociedades mercantiles para contratar obra pública. Vid. por ejemplo MALARET GARCIA, E., *Público y privado...*, op.cit., y MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?...?", op.cit.

fundamentales, a los principios constitucionales y al régimen jurídico del servicio en cuestión, en referencia a la prestación quizás cabría distinguir momentos en los que sería necesario reflexionar sobre el posible juego de la reserva constitucional de procedimiento administrativo; así cuando el privado decide la admisión o no del usuario al servicio, o por el contrario, acuerda el cese del goce del mismo. En estos casos, conectados como decimos a la prestación propiamente dicha, podría parecer que surge una situación de prerrogativa, de poder, consistente en la aceptación o rechazo en el uso del servicio, decisiones que, por otro lado, pueden tener incidencia directa en derechos fundamentales de los ciudadanos.

Un ejemplo quizás sirva para ilustrar lo que se intenta destacar. Si nos situamos en el sector de la educación, es evidente que la decisión del titular de un *centro concertado* de admitir o no a un alumno tiene clara incidencia en derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional. El art. 53 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, indica que "la admisión de alumnos en los Centros concertados se ajustará al régimen establecido para los Centros públicos en el art. 20 de esta Ley", indicándose en el mencionado art. 20.2 que "la admisión de los alumnos en los Centros públicos, cuando no existan plazas suficientes, se regirá por los siguientes criterios prioritarios: rentas anuales de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el centro. En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento". Es evidente, pues la vinculación jurídico-pública de los centros concertados, los cuales deberán respetar el derecho fundamental de igualdad en cuanto a la admisión de alumnos<sup>1730</sup>.

Creemos que, además, los centros concertados están guiados en la toma de su decisión

---

<sup>1730</sup> Sobre esta cuestión, vid., por todos, DIAZ LEMA, J.M., *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho Nacional y en el Derecho Comparado*, Marcial Pons, 1992, pp. 103 y ss.



sobre la admisión de alumnos por determinados principios propios de la actividad administrativa: racionalidad, objetividad o eficacia. La razón estriba, a nuestro entender, en que la admisión es una actividad propia del giro o tráfico administrativo, que exige la toma en consideración de esos principios en el proceso de toma de decisión.

Para ello, la normativa vigente establece una serie de criterios a tomar en cuenta por el titular del centro concertado, a la vez que diseña un procedimiento determinado para la toma de la decisión. A nivel estatal, los criterios y el procedimiento se hallan regulados en el Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de elección de centro educativo, y en la Orden de 26 de marzo de 1997, que lo desarrolla<sup>1731</sup>.

Dejando ahora de lado los criterios, me interesa señalar que el procedimiento conducente a la admisión de alumnos en los centros concertados debe ser seguido por el titular del centro, quien es el responsable de la observancia de las normas de admisión. El Decreto y la Orden citados regulan con todo detalle el *inicio de procedimiento* - indicando incluso que las *solicitudes* deberán ajustarse al *modelo oficial* aprobado por el Ministerio de Educación y Cultura<sup>1732</sup> -, la fase de *instrucción* del mismo - señalando qué documentación es acreditativa de las circunstancias tenidas en cuenta para la valoración de las solicitudes y contemplando la posibilidad de que se pueda recabar de los solicitantes o solicitar a órganos administrativos otra documentación que se considere necesaria<sup>1733</sup> - y el control, finalmente, de la decisión adoptada, la cual en el ámbito estatal puede ser denunciada por los interesados ante los Directores provinciales del Ministerio de Educación y Ciencia, para la

---

<sup>1731</sup> En el ordenamiento autonómico, vid. por ejemplo el Decreto catalán 72/1996, de 5 de marzo, por el que se establece el régimen de admisión de alumnos en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

<sup>1732</sup> Art. 6.2 del Real Decreto.

<sup>1733</sup> Artículo quinto, apartados 6 y 7 de la Orden citada.

incoacción del correspondiente expediente sancionador<sup>1734</sup>; en la comunidad autónoma catalana, el citado Decreto 72/1996, de 4 de marzo, prevé que *la decisión del titular del centro privado concertado pueda ser objeto de recurso ordinario* ante el delegado territorial del Departamento de Educación, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa (art. 9.2).

A la vista de lo expuesto, parece difícil negar que nos encontramos ante un auténtico procedimiento administrativo, el cual deberá ser seguido tanto por los centros públicos como por los centros concertados. Conclusión que no debería sorprendernos; la admisión puede ser considerada como una *función pública*, conectada pero distinta de la prestación propiamente dicha del servicio. En consecuencia, parece lógico que el ejercicio de aquélla deba respetar los principios constitucionales mediante el seguimiento de un procedimiento administrativo, aunque el encargado de adoptar la decisión final no sea la Administración Pública, sino un privado, titular del centro concertado. La aplicación de los criterios materiales derivados de nuestra Constitución (art. 103.1 en conexión con art. 105) y de nuestra legislación (art. 2.2 LRJPAC) conduce a esta solución, como garantía de los derechos de los alumnos y del acierto de la decisión de admisión<sup>1735</sup>.

Otro ejemplo en la misma línea, aunque en un ámbito totalmente distinto, es el

---

<sup>1734</sup> Art. 14 y 15 del Real Decreto.

<sup>1735</sup> En este sentido, es interesante el Decreto catalán 266/1997, de 17 de octubre, que establece los derechos y deberes de los alumnos de centros de nivel no universitario. Esta norma contiene en su título III un procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por conductas gravemente perjudiciales para la convivencia en los centros escolares, formalizándose cuestiones como la necesidad misma de procedimiento (art. 25.3, 39.1), el plazo para la iniciación del expediente (art. 41.2), el contenido del escrito de iniciación del expediente (art. 42), la necesidad de notificar el inicio del expediente (art. 43), el nombramiento del instructor por el director del centro, preveyendo la posibilidad de su recusación (art. 43.2), la exigencia de audiencia (art. 45.3), o la necesidad de motivación de la resolución (art. 46). Pues bien, este procedimiento para el desarrollo de la potestad sancionadora, *es aplicable también a los centros concertados* (e incluso a los privados, si bien en este caso existirá autonomía para establecer las normas de convivencia y de régimen disciplinario y determinar al órgano al que corresponden las facultades disciplinarias, aunque el Decreto constituirá el marco general de aplicación a estos centros respecto a la imposición de sanciones, art. 1.2).

supuesto del *servicio de asistencia jurídica gratuita*. Debemos efectuar aquí una referencia a la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita. Como indica la propia ley en la exposición de motivos, su objetivo es el desarrollo del art. 119 CE, en conexión con el art. 24 CE. La ley señala que "nuestra Norma Fundamental diseña un marco constitucional regulador del derecho a la tutela judicial que incluye, por parte del Estado, una *actividad prestacional* encaminada a la provisión de los medios necesarios para hacer que este derecho sea real y efectivo incluso cuando quien desea ejercerlo carezca de recursos económicos".

A tal fin, la norma citada reforma el sistema de justicia gratuita, "sobre la base de un *servicio público*, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, financiado con fondos igualmente públicos" pues "el Estado es el responsable del recto funcionamiento del servicio por la sola obligación constitucional de proveer a la defensa de quienes carezcan de recursos", de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional<sup>1736</sup>. Ello conduce "a la obligación de establecer mecanismos de control que aseguren el adecuado destino de los fondos públicos asignados al servicio, de tal forma que no se beneficien de dichos fondos quienes no precisen de asistencia alguna".

La estructura diseñada a tal fin por la ley descansa en dos pilares. En primer lugar, en el papel de los Colegios de Abogados, encargados de registrar las solicitudes, tramitarlas y resolverlas de forma *provisional* (arts. 12, 13, 14 y 15 de la ley)<sup>1737</sup>. En segundo lugar, en la función desarrollada por las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, órganos

---

<sup>1736</sup> En este sentido, vid. también la STS de 7 de febrero de 1997 (Ar. 931), en la que se sostiene que "la prestación del turno de oficio y asistencia letrada al detenido es una materia de incontrovertible significado jurídico-público".

<sup>1737</sup> Estos preceptos se refieren a cuál será el colegio competente, los requisitos de la solicitud y la subsanación de la misma, así como el plazo en que el colegio deberá tomar la decisión provisional de admisión al servicio.

responsables de "efectuar el reconocimiento del derecho regulado en la presente Ley" (art. 9). Estas Comisiones<sup>1738</sup> ratifican la admisión al servicio (es decir la designación de abogado y procurador) efectuada por los Colegios de Abogados o, en su caso, deciden con carácter definitivo la denegación provisional de éstos (aunque cabe la impugnación judicial de la decisión de las Comisiones, art. 20 de la ley).

En el sistema implantado por la nueva ley, el servicio público de asistencia jurídica gratuita es prestado por Corporaciones de Derecho Público (los Colegios profesionales de abogados y procuradores)<sup>1739</sup>. Dejando de lado esta prestación, lo que nos interesa destacar ahora es que la *admisión provisional* al servicio público, decidida por los Colegios de abogados, es una *función pública*, conectada a la prestación del servicio y al art. 24 CE. En consecuencia, esta actividad *debe desarrollarse a través de un procedimiento administrativo, respetando los principios constitucionales analizados*, siendo aplicable la LRJPAC. Igual ocurre con la fase de *admisión definitiva*, o con la *revocación del derecho* (art. 19), actividades ambas desarrolladas por las citadas Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita. Las dos suponen ejercicio de funciones públicas, sujetas, por tanto, al seguimiento de un procedimiento administrativo, siendo también de aplicación la LRJPAC<sup>1740</sup>.

---

<sup>1738</sup> Compuestas por un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial, e integrados además por el Decano del Colegio de Abogados y el del Colegio de Procuradores, o el abogado o procurador que ellos designen, y por dos miembros que designen las Administraciones Públicas de las que dependan (art. 10.1 de la ley).

<sup>1739</sup> Con sujeción a un régimen de responsabilidad patrimonial administrativa (art. 26 de la ley, que declara aplicable la LRJPAC "en lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita").

<sup>1740</sup> En otro orden de cosas, la composición de estas Comisiones garantiza, a nuestro entender, que la función administrativa se desarrolle con la imprescindible objetividad e imparcialidad exigida por el art. 103 CE, puesto que la mayoría de sus componentes (3 sobre 2) son funcionarios públicos (un miembro del Ministerio Fiscal y dos de las Administración de la que dependa la comisión, frente a dos miembros provinientes, respectivamente, del Colegio de Abogados y del Colegio de Procuradores).

En segundo lugar, respecto a la *elección de la forma jurídica en el caso de la gestión directa*, deben repetirse aquí las ideas ya expuestas. La decisión administrativa de elección será discrecional, pero guiada por los principios de buena administración y adoptada conforme a un procedimiento administrativo que los asegure. La prestación material del servicio propiamente dicha no está sometida a la reserva de procedimiento administrativo, por lo que sería posible la elección de la forma de sociedad mercantil de capital público, si bien en la prestación deberán respetarse los derechos fundamentales y los principios constitucionales; respecto de las decisiones conectadas con ésta que supongan ejercicio de prerrogativas, se deberán respetar, en todo caso, los principios constitucionales propios de la actividad administrativa, existiendo la necesidad de seguir un procedimiento administrativo para la toma de decisiones referidas a aspectos tales como la admisión o la cesación en el disfrute de la prestación<sup>1741</sup>.

-----

A tenor de todo lo razonado, la reserva constitucional de procedimiento administrativo impide que puedan elegirse formas organizativas que desarrollen su actividad conforme a procedimiento jurídicos privados cuando se trata del ejercicio de funciones públicas. Por tanto, no puede acudirse en todo caso a las formas de actuación privadas, sino que actividades propias del giro o tráfico administrativo deben ser desarrolladas conforme a

---

<sup>1741</sup> ¿Que jurisdicción controlaría estas decisiones de admisión y cesación en el disfrute? En principio, aunque debieran respetarse los principios constitucionales y seguirse un procedimiento administrativo, con sujeción a la LRJPAC, las decisiones de admisión y cesación en el disfrute del servicio público no serían impugnables ante la jurisdicción contenciosa, al provenir de una sociedad mercantil, aunque estuviera bajo la influencia dominante de una Administración territorial (art. 1 LJCA). MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones...", op.cit., pág. 13, ha sugerido la modificación del art. 1 LJCA de tal manera que "permitiera residenciar ante esa jurisdicción toda su actividad relacionada con un concepto material "clave", como podía ser el que recoge la propia Ley de "obras y servicios públicos" (art. 3) u otro semejante".

procedimientos públicos de actuación. *Se detecta así un límite para la privatización, para la huida del Derecho Administrativo, derivado directamente del texto constitucional.*

Esta constatación de la inadecuación en ciertos casos de los procedimientos jurídico-privados para el desarrollo del giro o tráfico administrativo debe conducir a reflexionar sobre la necesidad de un diseño pertinente de los procedimientos administrativos; descartado el recurso a los procedimientos jurídico-privados, aquéllos deben permitir el correcto ejercicio de las funciones públicas, de forma que éstas se desarrollen de la manera más adecuada en su servicio a los intereses generales.

MARTIN-RETORTILLO ha insistido en esta idea, señalando la necesidad de repensar los procedimientos públicos de desarrollo de funciones administrativas, adecuándolos a las exigencias de flexibilidad y celeridad, en vez de recurrir a los procedimientos de actuar jurídico-privados. Como ha indicado este autor<sup>1742</sup>, en referencia a la actuación de la Administración en el sector económico, "¿No resultaría más razonable incidir, e incidir de verdad, en los procedimientos administrativos, flexibilizarlos, haciéndolos operativos en relación con las necesidades ciertas que impone la vida económica, que no relegarlos al cajón de los trastos viejos, manteniendo exigencias de peticiones, de plazos para que se entiendan desestimadas por silencio, de recursos previos y de posteriores impugnaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el régimen general establecido al efecto?". Desde una perspectiva más general, MARTIN-RETORTILLO ha vuelto a llamar la atención sobre este aspecto, al indicar que "entiendo que más que desechar lo que evidentemente no sirve - los sistemas de actuación jurídico-administrativos - , y acudir a procedimientos cuya eficacia está todavía por demostrar, ¿no resultaría más razonable incidir,

---

<sup>1742</sup> Vid. el prólogo de Sebastián MARTIN-RETORTILLO a la monografía de Elisenda MALARET GARCÍA *El régimen jurídico-administrativo...*, op.cit., pp. 17 y ss., especialmente pp. 19 y 20.

e incidir de verdad en los distintos procedimientos de actuar de la Administración, flexibilizarlos, haciéndolos operativos en relación con las necesidades ciertas que impone la vida real, que no relegarlos, como se hace, al cajón de los trastos viejos, con lo que quedan ya esclerotizados para siempre?", planteando esta idea "como alternativa, como esperanzadora alternativa, al proceso de privatización de los procedimientos de actuar de las propias Administraciones públicas"<sup>1743</sup>. En definitiva, frente a la adopción de fórmulas de actuación de carácter privado, caso de las sociedades mercantiles, para el ejercicio de funciones públicas, a fin de lograr su desarrollo de forma eficaz, este autor propugna que se profundice en el replanteamiento de los procedimientos administrativos.

Este planteamiento no es sólo una opinión doctrinal. A nuestro parecer este es el camino a seguir, señalado con claridad por nuestra Constitución. Ésta quiere que la Administración realice una buena administración, como ya nos consta (art. 103.1 CE); además quiere que esa buena administración se realice mediante un procedimiento administrativo cuando se trata del desarrollo de funciones públicas (art. 105 CE). En consecuencia, la actuación racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica debe lograrse, precisamente, mediante procedimientos administrativos. Luego, es imprescindible incidir sobre éstos, diseñándolos de tal manera que se permita esa buena administración. En consecuencia el comportamiento racional, objetivo, coordinado, eficaz, eficiente y económico en el ejercicio de funciones públicas está íntimamente ligado a la arquitectura de los distintos procedimientos previstos para el desarrollo de las mismas.

Esta constatación nos pone de relieve la responsabilidad institucional que tienen el legislador y la Administración en el momento de diseñar los procedimientos de actuación administrativos. No pudiendo acudir a los jurídicos-privados, por el límite constitucional

---

<sup>1743</sup> MARTIN-RETORTILLO, S., "Las empresas públicas...", op.cit., pp. 122 y 123.

repetidamente mencionado, el legislador debe cuidar la vertiente procedimental. Efectivamente, los deberes constitucionales de buena administración guían el comportamiento de la Administración, la cual ha de orientar el ejercicio de sus funciones de conformidad con los mismos. Pero el establecimiento de procedimientos adecuados que concreten esos principios es de la mayor importancia, pues así el funcionamiento administrativo podrá ser adecuado, lográndose de esta manera decisiones que sirvan de la mejor manera a los intereses generales.

Lo expuesto, pues, debe conducir a la consideración del papel del legislador y de la propia Administración en el desarrollo de los principios constitucionales de buena administración, mediante el adecuado diseño de procedimientos administrativos, lo que se va a abordar en la parte final de este estudio, junto con el análisis de la responsabilidad institucional que corresponda también a la propia Administración, en el desarrollo de los procedimientos previamente diseñados, y al poder judicial en el logro de un acertado desarrollo de la función administrativa.



## VI. LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL EN EL LOGRO DE LA BUENA ADMINISTRACION MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

### 1. Regulación del procedimiento administrativo y buena administración.

#### 1. La importancia de la adecuada regulación del procedimiento administrativo para el logro de una buena administración.

En capítulos anteriores hemos podido comprobar como nuestra Constitución contiene un entramado de directivas relativas a cómo deben ser desarrolladas las funciones administrativas (arts. 9.3, 31.2, 103.1 y 105 CE). Este marco constitucional exige una actividad administrativa que no vulnere el ordenamiento jurídico y sea respetuosa con los derechos e intereses de los ciudadanos, así como el logro de una buena administración, mediante el seguimiento de un proceso de toma de decisión en el que sean conocidas las circunstancias e intereses envueltos, se lleve a cabo su ponderación y se justifique el porqué de la decisión finalmente adoptada.

En consecuencia, estas exigencias constitucionales, obviamente, deben tener influencia en la regulación que se efectúe de los procedimientos administrativos. Al diseñar éstos, deberán articularse los mecanismos precisos para que la actividad administrativa no sólo no vulnere el ordenamiento - creando los instrumentos precisos para la protección de los particulares - sino que, además, sea desarrollada de la mejor manera para conseguir decisiones lo más acertadas posibles en su servicio a los intereses generales. Esta segunda

vertiente no ha sido objeto de atención doctrinal en nuestro país, por lo que aquí se efectuará especial hincapié en la misma.

Las referencias al papel del legislador en el logro del cumplimiento del deber de buena administración han sido continuas a lo largo de las páginas anteriores, al abordar cuestiones como la participación procedimental, la función consultiva o la motivación. En las páginas que ahora se inician, se va a tratar de recoger las referencias efectuadas de forma dispersa para intentar construir un marco sistemático referido al papel del Legislador, y de la propia Administración, en el diseño de adecuados procedimientos administrativos.

Porque si bien leyes y reglamentos no son los únicos responsables en el logro de una buena administración, debiendo considerarse también el papel de la propia Administración y del poder judicial<sup>1744</sup>, lo cierto es que el diseño normativo de los procedimientos a adoptar en el desarrollo de funciones administrativas tiene un importante impacto sobre éstas.

En este sentido, ha sido notado que, precisamente respecto a los procedimientos, "it is in this area that the law might be thought to have made its distinctive contribution; the idea of good procedures (...) is often taken as very central to the legal enterprise"<sup>1745</sup>. DAVIS, por su parte, ha destacado que si bien "codes of fair procedure, of course, cannot in and of themselves usher in a millennium of governmental loving kindness and efficiency", pueden, sin embargo, "help create an atmosphere in which administrative performance can be measured, and a means whereby powers can be utilized as legislators intended they should"<sup>1746</sup>.

---

<sup>1744</sup> Vid. al respecto lo que se señala más adelante en este mismo capítulo.

<sup>1745</sup> GALLIGAN, D.J., *Discretionary powers...*, op.cit., pág. 93.

<sup>1746</sup> DAVIS, R., "An Administrative Procedure Act for Arizona", *2 Arizona Law Review*, 1960, pp. 18 y 19.

CASSESE ha subrayado que el problema de la disciplina legislativa del procedimiento es muy importante y que "ha constituido una svolta nella storia di molti sistemi politico-amministrativi (ad esempio, quello americano) e si presenta oggi come un requisito essenziale di buona amministrazione"<sup>1747</sup>. En referencia al ordenamiento jurídico italiano, VAIANO ha llamado la atención sobre el hecho de que el art. 97 de la Constitución vincula al legislador italiano, quien deberá disponer las vías precisas para que la imparcialidad y el *buon andamento* de la Administración italiana puedan ser una realidad<sup>1748</sup>.

En esta línea, y ya en referencia a nuestro ordenamiento, entendemos que el diseño de procedimientos administrativos debe facilitar y hacer posible el cumplimiento del deber constitucional de buena administración, así como el logro de los valores intrínsecos que el procedimiento administrativo atesora. Respecto a la primera vertiente - en la que el procedimiento tiene un valor *instrumental* respecto de la corrección de la decisión final -, el legislador debe ser consciente de la importancia que tiene el procedimiento en relación al modo de desarrollo de las funciones administrativas y, en consecuencia, a la calidad de sus resultados<sup>1749</sup>. Debemos destacar que *los legisladores en nuestro país están obligados a hacer efectivas las directivas de comportamiento administrativas, mediante el diseño de*

---

<sup>1747</sup> CASSESE, S., "La disciplina legislativa del procedimiento administrativo. Una análisis comparata", *Il foro italiano*, núm. 1, enero 1993. En idéntico sentido, vid. su trabajo titulado "Legislative regulation of adjudicative procedures an introduction", en *European Review of Public Law*, número especial de 1993, dedicado al procedimiento administrativo, pág. 20: "legislative regulation of administrative procedure has been a major turning point in the history of many Constitutions (for example, the U.S. Constitution) and looks like an essential requisite of good administration".

<sup>1748</sup> VAIANO, D., *La riserva...*, op.cit., pp. 300 y ss.

<sup>1749</sup> En la doctrina norteamericana, señala al respecto SCALIA, A., "Vermont Yankee: the APA, the D.C. circuit, and the Supreme Court", *The Supreme Court Review*, 1978, pág. 403, que "legislators cannot be unaware that the prescription of procedure profoundly affects an agency's political capabilities, *i.e.*, its ability to reach decisions not solely on the basis of science and reason but also on the basis of what is acceptable to the most potent interest groups involved".

*principios e instituciones procedimentales y de concretos procedimientos administrativos sectoriales. Y que, en última instancia, corresponderá al TC controlar el cumplimiento de esta obligación.* En este sentido es destacable la STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5, donde se negó la posibilidad de acumular dos dictámenes consultivos, uno del Consejo de Estado y otro del órgano autonómico equivalente, en el procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos, teniendo presente los principios de *eficacia, eficiencia y economía*. Los costes producidos (retrasos, gastos económicos) por tal duplicación, en la ponderación del TC, hubieran excedido de los beneficios generados (en términos de garantía de legalidad y contribución a la buena administración). De ahí la interpretación efectuada del segundo párrafo del art. 23 LOCE.

Pero además, segundo de los aspectos anunciados, el procedimiento tiene un valor *intrínseco*, pues es un modo de potenciar valores constitucionales tales como la transparencia, la democracia o la dignidad de las personas, así como una vía de legitimar socialmente las decisiones administrativas, aumentando su aceptabilidad y posibilitando un descenso de la litigiosidad, aspectos todos ellos ya puestos de relieve a lo largo del presente estudio<sup>1750</sup>. A la hora de diseñar procedimientos administrativos, este valor intrínseco deberá ser igualmente ponderado, junto al aspecto instrumental antes citado, para decidir el concreto *íter* procedimental a seguir por la Administración. En este sentido, la STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 3, señala que:

---

<sup>1750</sup> Vid. al respecto, SUMMERS, R.S., "Evaluating and improving legal processes...", op.cit., pp. 1 y ss., y BONFIELD, A.E., *State administrative rulemaking*, Boston-Toronto, Little Brown and Company, 1986, pág. 152, y "Administrative Procedure Acts in an age of comparative scarcity", *Iowa Law Review*, 1990, vol. 75, núm. 4, pág. 845.

"si la Constitución proclama expresamente en su art. 1.1 que España se constituye en un Estado de Derecho, una de las consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, *para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente*".

El legislador debe ser consciente de la influencia y orientación que puede ejercer sobre el desarrollo de la discrecionalidad administrativa mediante el diseño de adecuados procedimientos de toma de decisión. En este sentido, cabría apuntar la idea de que *la apertura de amplios espacios discrecionales a la Administración debería ir acompañada de una cuidada regulación del procedimiento a través del que esa discrecionalidad deba ejercerse*<sup>1751</sup>.

Ahora bien, una cuidada regulación procedimental no debe ser equiparada a un simple e indiscriminado aumento de los requisitos procedimentales a seguir en la actuación

---

<sup>1751</sup> En ese sentido, BONFIELD, A.E., *State administrative...*, op.cit., pág. 4, en relación al ejercicio del poder reglamentario, señala que "if we have, to a large extent, substituted law made by administrative agencies for law made by legislatures in our society, we should ensure that the performance of that law making by agencies is fully legitimate because is properly authorized by the elected representative of the people - the legislature. We should also ensure that the process by which agencies formulate and adopt that law is an adequate surrogate for the legislative process it replaces". En la misma línea, en la doctrina española, vid. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RVAP*, núm. 34, 1992, pág. 43: "si, como parecen demostrar dos siglos de Historia, es difícil frenar la expansión de la potestad reglamentaria y mantener ésta permanentemente dentro de los márgenes estrechos a los que se refería PORTALIS en su Discurso preliminar, hagamos al menos una cosa: reforzar el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, tan poco exigente en la práctica hoy, de forma que la aprobación de éstas exija contar con los colectivos afectados y afrontar el correspondiente debate público en términos semejantes si no iguales a los que suelen producirse con ocasión de la tramitación parlamentaria de los textos legales".

administrativa. Si bien el procedimiento puede reportar una serie de *beneficios* al mejorar la legalidad y la calidad de las decisiones, no debe perderse de vista que también puede crear una serie de *costes*, entre los que deben contarse el retraso, el aumento de los gastos económicos o el incremento de litigiosidad por inobservancia de los trámites prescritos. En consecuencia, la *flexibilidad* en la actuación administrativa es un valor a tener en cuenta en el diseño de procedimientos<sup>1752</sup>. No se trata de acumular trámites como garantía de que la actuación será legal y acertada, sino de ponderar los valores en presencia a fin de diseñar los requisitos precisos en cada caso, pero no más que éstos, que deberá respetar la Administración antes de desarrollar sus distintas funciones. En consecuencia, la calidad de los procedimientos administrativos no es una cuestión de cantidad (de trámites) si no de calidad: de adecuado diseño de trámites y mecanismos atendiendo a las concretas necesidades de cada sector de actividad administrativa, ponderando los intereses en presencia y los objetivos que deban perseguirse.

Estas ideas, aquí meramente esbozadas a modo introductorio, van a ser objeto de mayor desarrollo a continuación, tomando en consideración los diferentes niveles de poder existentes en un estado descentralizado como el nuestro (perspectiva que podríamos denominar *vertical*), así como la variedad de actuaciones que debe desarrollar hoy en día la Administración en su servicio a los intereses generales (punto de vista *horizontal*).

---

<sup>1752</sup> Sobre el valor flexibilidad en el diseño de procedimientos administrativos, vid. BONFIELD, A.E., *State administrative...*, op.cit., pág. 11, quien destaca, en referencia concreta al reglamentario pero con razonamiento extensible a cualquiera, que "procedure is a means not an end, and that those who propose procedural solutions to administrative should never lose sight of that fact. The imposition of procedures to govern agency law making can reduce workability, efficiency, and effectiveness of government administration as well as enhance it. Procedures can reduce costs to government and to society as well as increase them. A careful analysis, therefore, is necessary to ensure that the proper degree of "formalism" - no more and no less - surrounds the process of agency law making, or else that tool becomes counterproductive for the very purposes for which it was utilized".

**2. La perspectiva vertical: regulación estatal común sobre procedimiento administrativo, Constitución y buena administración. El desarrollo autonómico y local de lo común en materia procedimental.**

**2.1 ¿Es conveniente la existencia de una regulación nuclear aplicable a toda clase de procedimientos administrativos?. Garantía de los ciudadanos, buena administración y uniformidad de la regulación procedimental.**

Con carácter previo al examen particularizado del reparto competencial en materia de procedimiento administrativo existente en nuestra Constitución, consideramos interesante cuestionar el sentido último de la existencia de un núcleo procedimental aplicable por igual a todos los niveles de poder existentes en un estado compuesto.

CASSESE ha puesto de relieve que la disciplina legislativa del procedimiento administrativo posee distintas funciones. Además de limitar y estructurar la discrecionalidad administrativa y limitar y complementar el poder del juez, la existencia de una regulación procedimental aplicable a todos los niveles de poder desarrolla la función de "to limit local or regional authorities, thus centralising the government of citizen's rights"<sup>1753</sup>. Sin embargo, en opinión de este autor, esta limitación del poder regional o local no supone una erosión del principio de descentralización. En palabras de CASSESE, "what matters for decentralisation is substance, not procedure. The latter requires a certain degree of

---

<sup>1753</sup> CASSESE, S., "Legislative regulation...", op.cit., pág. 16.

uniformity"<sup>1754</sup>.

En nuestro país, PAREJO ha notado que "determinada unidad o comunidad de las reglas maestras de la construcción, del funcionamiento y de la actividad de los aparatos administrativos en su conjunto (en desarrollo del estatuto prefigurado por los arts. 103 y 106 de la Constitución) resulta ser esencial para la realización, es decir, la efectividad del Estado social de Derecho", pues esa cierta uniformidad posibilita tanto "el aseguramiento del mínimo jurídico de homogeneidad en la acción estatal cotidiana y ordinaria sobre y en la sociedad, en directa relación ya con el ciudadano, es decir, en la configuración de las relaciones jurídico-administrativas trabadas con éste en tanto que titular de un único catálogo de derechos y deberes constitucionales" como también "la indispensable integración - en el plano teológico de un mismo ordenamiento constitucional sustantivo - de la diversidad, incluso administrativa, inducida por el pluralismo integrante al principio de autonomía, es decir, en la configuración de las relaciones entre sí de las distintas Administraciones territoriales en el curso del cumplimiento de sus respectivos objetivos y para la superación de éstos en el constitucional común"<sup>1755</sup>.

El planteamiento de ambos autores nos parece acertado, por cuanto destaca el valor de una *cierta* uniformidad procedimental en relación a dos perspectivas diferentes pero complementarias. En primer lugar, una relativa homogeneidad en la regulación de los

---

<sup>1754</sup> CASSESE, S., "Legislative regulation...", op.cit., pág. 17. En idéntico sentido en "La disciplina legislativa...", op.cit., donde se señala que "va osservato che la devoluzione di poteri non è in conflitto con la centralizzazione del controllo del procedimento amministrativo. Ciò che è importante nel decentramento è la sostanza, il potere di adottare provvedimenti amministrativi, non la forma che questi debbono rispettare. Quest'ultima può richiedere un certo grado di uniformità che, invece, non è necessaria per il primo".

<sup>1755</sup> PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", en LEGUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORON, M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico...*, op.cit., pág. 22.



procedimiento administrativos es positiva respecto a los particulares. La existencia de unos principios e instituciones nucleares aplicables en la relación de los ciudadanos con *todas* las Administraciones Públicas aumenta la seguridad jurídica - principio constitucional recogido en el art. 9.3 -, así como las garantías de los mismos. En este sentido, la existencia de una regulación común a todos los niveles de poder potencia los principios de unidad y de igualdad, al que se refieren los arts. 1.1, 2, 14, 9.2 o 139.1 CE<sup>1756</sup>.

Pero, además, en segundo lugar, un determinado grado de coherencia en la disciplina normativa del procedimiento administrativo contribuye al logro de un cierto estándar de calidad procedimental, exigido, como ya nos consta, por el deber de buena administración constitucional. En este sentido, la existencia de un núcleo de principios e instituciones común a todos los niveles competenciales posibilita el logro de una comportamiento racional, objetivo, eficaz, coordinado, eficiente y económico, así como un mínimo de transparencia existente por igual en todas las Administraciones. Los arts. 9.3, 31.2, 103.1 y 105 CE imponen ese mínimo común de buena administración, con independencia de cuál sea la Administración actuante.

Ahora bien, se habrá notado que se ha hablado en todo momento de un *cierto* grado de coherencia u homogeneidad. De nuevo aquí deben evitarse los extremos, que casan mal con la pluralidad de valores contenidos en nuestra Constitución. El logro de una determinada homogeneidad puede ser positivo tanto para los derechos de los ciudadanos como para la

---

<sup>1756</sup> Este último precepto señala que "todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio". Entre esos derechos (y obligaciones) entendemos que deben incluirse aquéllos conectados con preceptos constitucionales a los que nos hemos referido a lo largo del presente estudio. Es el caso, por ejemplo, del derecho a participar (art. 105 a) CE), del derecho a recibir contestación de las alegaciones efectuadas (arts. 9.3 y 103.1 CE) o del derecho a la motivación de las decisiones discrecionales (art. 9.3 y 103.1 CE). Sin embargo, el art. 139.1 CE no debe entenderse como un mandato de total uniformidad. Vid. al respecto lo que seguidamente se expone en el texto.

correcta actuación administrativa. Pero un exceso de uniformidad, o una homogeneidad total, chocaría con la autonomía de que gozan las Comunidades locales y los entes locales en nuestro país (arts. 2 y 137 CE)<sup>1757</sup>. El Tribunal Constitucional ha advertido que:

"El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139 y 149.1.1ºCE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales"<sup>1758</sup>.

---

<sup>1757</sup> Vid. al respecto, desde una perspectiva general, PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, *in totum*.

<sup>1758</sup> En el mismo sentido, vid. por ejemplo STC 37/1981, de 16 de noviembre, o STC 150/1990, de 4 de octubre.

En definitiva, la existencia de un núcleo de regulación procedimental común en los estados descentralizados parece apropiada desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de las garantías de los ciudadanos, así como desde la perspectiva del logro de un cierto nivel compartido de buena administración. En el caso de España, los principios constitucionales de seguridad jurídica, unidad, igualdad y buena administración avalarían esta conclusión, si bien el juego del principio de autonomía evitaría el intento de imposición de una regulación que impidiera el desarrollo de opciones procedimentales distintas por parte de los niveles autonómicos y locales.

**2.2 La opción constitucional: el procedimiento administrativo común como conjunto de principios e instituciones que posibilitan una adecuada protección de los ciudadanos y un acertado desarrollo de la función administrativa. Ponderación de los costos y beneficios asociados a la regulación del procedimiento administrativo común.**

Esta tensión entre unidad y autonomía, entre homogeneidad y diversidad procedimental, ha sido abordada por nuestra constitución en el art. 149.1.18, al declarar como competencial estatal:

"Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común, ante ellas; *el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas".

A pesar de las dificultades interpretativas que presenta este precepto, a las que seguidamente haremos referencia, lo que parece evidente es su preocupación por proporcionar un cierto grado de homogeneidad procedimental, aplicable por igual a todos los

niveles de poder<sup>1759</sup>. Así, la STC 83/1986, de 26 de junio, al rechazar la posibilidad prevista en la Ley catalana 7/1983, de 18 de abril, de normalización lingüística, de que el Consejo Ejecutivo de la Generalitat pudiese interponer recursos administrativos o acciones judiciales en defensa de derechos o intereses de terceros, señaló que:

"... con ello se vulneraría la competencia estatal para llevar a cabo la legislación procesal y el procedimiento administrativo común, que el artículo 149.1.6 y 18 atribuyen con carácter exclusivo al Estado; atribución que, como este Tribunal ha declarado en relación con la legislación procesal, en su STC 71/1982, de 30 de noviembre, responde a la *necesidad de salvaguardar la uniformidad* de los instrumentos jurisdiccionales, *pudiendo decirse lo mismo del procedimiento administrativo común*".

El primer dato a retener, pues, sería la opción constitucional por un cierto grado de uniformidad procedimental - con la dificultad que veremos comporta precisar la extensión de esa homogeneidad -, a lograr mediante la existencia de una regulación estatal sobre procedimiento administrativo. Esta voluntad constitucional plasmada en el art. 149.1.18 - que contrasta, por ejemplo, con la situación existente en otros estados descentralizados como los Estados Unidos<sup>1760</sup> -debe ser conectada con el cuadro constitucional relativo a modo de

---

<sup>1759</sup> En este sentido, por ejemplo, GONZALEZ PEREZ, J., "La revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo", en GOMEZ-FERRER MORANT, R., y GARCIA DE ENTERRIA, E., *Libro Homenaje al profesor José Luís Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 568.

<sup>1760</sup> Como es notado por STRAUSS, P.L., *An introduction to Administrative Justice*, Carolina Academic Press, 1989, pág. 187: "under American federalism, each state regulates its own administrative procedure, and generalizations would be hazardous". La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 sólo se aplica a las agencias federales, no a las estatales. No existe, en consecuencia, un núcleo procedimental regulado a nivel nacional que deba ser respetado por los estados al normar sus procedimientos administrativos. Por ello, las leyes de procedimiento

desarrollo de la actividad administrativa. De esta manera, la difícil precisión de lo que sea regulación común del procedimiento debe partir de la doble finalidad a alcanzar por la cierta uniformidad pretendida: la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y el logro de un estándar común de buena administración. En definitiva, se trata de conectar el art. 149.1.18 con los arts. 9.3, 24.1, 31.2, 103.1, y 105 CE, puesto que "el desarrollo legislativo de los artículos 103 y 106 de la Constitución forma parte de la definición misma, en el plano administrativo, del modelo de Estado constituido. El grupo normativo prefigurado en el apartado 18 del número 1 del artículo 149 de la Constitución es, por ello, una pieza esencial del Estado global o en su conjunto. No es simplemente más o menos importante el acierto en este punto del legislador, es, sencillamente, esencial para el orden constitucional en su

---

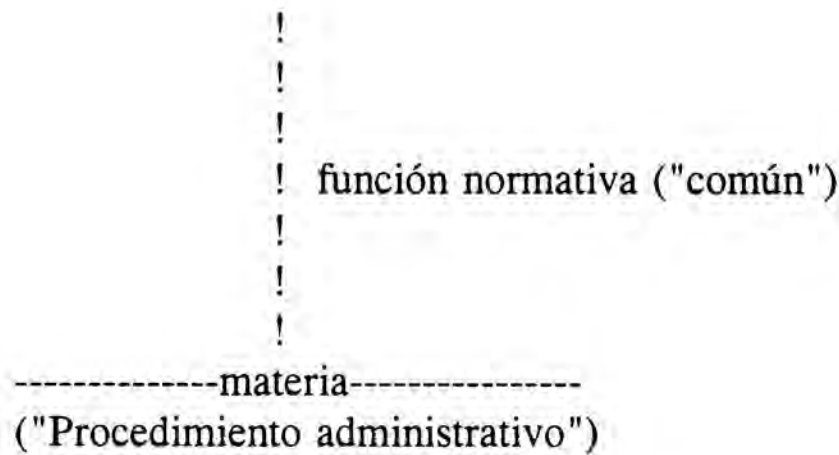
administrativo estatales varían notablemente entre sí, como ponen de manifiesto SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, Little Brown and Company, 3ª ed., 1991, pág. 35 o KOCH, Ch. H. Jr., *Administrative Law and Practice*, West Publishing Co., 1997, 2ª ed., pág. 124, quien señala que "today every state has a body of legislation dealing with administrative procedures and control. This legislation varies greatly among states".

Sin embargo, la aparente falta de articulación de la regulación federal y estatal sobre procedimiento se atenúa de dos modos. Por un lado, a través de la cláusula de *Due Process*, contenida en las enmiendas V y XIV de la Constitución norteamericana. El TS norteamericano ha desarrollado, a partir sobre todo de los años setenta, la vertiente procedimental de esta cláusula, derivando directamente de ella ciertas obligaciones procedimentales, modulables en función de cada concreto procedimiento, aplicables también a las regulaciones estatales. En segundo lugar, existen diversas *model acts*, es decir leyes modelo sobre procedimiento administrativo. Estas leyes modelo han sido elaboradas por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Éste es un organismo apoyado por los gobiernos estatales, generalmente para estudiar materias legislativas en las cuales pueda resultar deseable una regulación estatal uniforme, recomendando, en su caso, un borrador final. Su actividad no es federal y el Congreso no está implicado. La adopción o no de los borradores propuestos depende de las legislaturas de cada Estado, que pueden, si deciden adoptar el borrador, modificarlo en lo que crean conveniente. En referencia específica a la materia de procedimiento administrativo, la *National Conference* elaboró en 1946 un borrador, modificado con posterioridad en 1961. El borrador de 1961 ha sido adoptado, al menos parcialmente, por más de la mitad de los Estados. La última modificación corresponde a 1981, versión que ha tenido menor aceptación entre los mismos.

Sobre el papel de la cláusula constitucional de *Due process* y de las *model acts* como factores de uniformidad del procedimiento administrativo norteamericano, vid. por ejemplo, BONFIELD, A.E., "The federal APA and State Administrative Law", *Virginia Law Review*, 72, núm. 2, pp. 297 y ss., y PIERCE, R.J.Jr., SHAPIRO, S.A. y VERKUIL, P.R., *Administrative Law and Process*, The Foundation Press Inc., Mineola, New York, 1985, pp. 219 y ss.

totalidad"<sup>1761</sup>.

La comprensión de lo que sea esa regulación estatal común del procedimiento administrativa exigida por nuestra Constitución exige una consideración por separado de los dos elementos que conforman toda competencia: la materia y la función. En una representación gráfica del art. 149.1.18, la competencia estatal sobre procedimiento administrativo podría representarse así:



Donde el eje horizontal sería la materia sobre la que recae la competencia, el procedimiento administrativo, mientras el eje vertical sería la función estatal que recae sobre dicha materia, la regulación de lo común.

---

<sup>1761</sup> PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación...", op.cit., pág. 22.

### a) La materia procedimiento administrativo.

En cuanto a la materia "procedimiento administrativo" contemplada en el art. 149.1.18 CE, la doctrina ha resaltado la dificultad de tratar de diferenciarla de la materia "régimen jurídico", aludida también en el mismo precepto, lo que se ha reflejado en la confusa doctrina del TC sobre el particular<sup>1762</sup>.

Una de las decisiones más ilustrativas del TC en relación a la materia procedimiento administrativo contemplada en el art. 149.1.18 puede hallarse en la sentencia 227/1988, FJ 32, en el que se define esta materia como, por un lado, el "iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración" y, por otro la "forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos"<sup>1763</sup>.

Desde la concepción del procedimiento administrativo como iter procedimental a seguir en la realización de la actividad administrativa, la materia a que se refiere el art. 149.1.18 CE comprendería "la regulación del cauce formal de desarrollo de la actividad

---

<sup>1762</sup> Así, la STC 76/1983, de 5 de agosto, incluye dentro del régimen jurídico el procedimiento administrativo. En la doctrina, diversos autores han destacado la imposibilidad de distinguir estas dos materias. Vid. por ejemplo SAINZ MORENO, F., voz "Procedimiento administrativo común" en AA.VV. *Enciclopedia Jurídica...*, op.cit., pág. 5159 y ss., y "Principios y...", op.cit., pp. 156 y ss., LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pág. 106, TORNOS MAS, J., "Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor", en TORNOS MAS, J (Coord.), *Administración Pública...*, op.cit., pág. 43, donde se sostiene que régimen jurídico y procedimiento administrativo se identifican, de hecho, materialmente, o AA.VV., *Manual de Dret Públic...*, op.cit., pág. 418, señalando que la doctrina del TC ha configurado una noción muy amplia de la materia régimen jurídico, que abarca el procedimiento administrativo.

<sup>1763</sup> La segunda precisión referida a los actos administrativos aparece como repetitiva, dado que en el iter procedimental de la actividad jurídica administrativa ya se entiende incluida la forma de elaboración de los actos administrativos, mientras que los modos de revisión y de ejecución de los actos administrativos no dejan de ser íteres procedimentales para el desarrollo de concretas actividades administrativas.



unilateral de las Administraciones públicas dirigida a la producción de actos jurídicos"<sup>1764</sup>.

En consecuencia, no estaría comprendida en la materia procedimiento administrativo la actividad material o técnica de la Administración, para cuya realización no es preciso el seguimiento de un íter procedimental<sup>1765</sup>. Tampoco la regulación de la actividad contractual, excepto por lo que se refiere a la cuestión de los *actos separables*, es decir la actividad procedimental de preparación y adjudicación de todos los contratos celebrados por la Administración (art. 9.1 LCAP)<sup>1766</sup>.

Pero en cuanto a la actividad jurídica unilateral de la Administración, no vemos ningún motivo para reducir la materia procedimiento sólo a los actos administrativos<sup>1767</sup>. Desde la concepción del procedimiento administrativo como modo de desarrollo de las funciones administrativas, con independencia de la forma que adopten las decisiones resultantes de ese ejercicio, entendemos que deben quedar incluidas en la materia aludida en el art. 149.1.18 tanto la elaboración de *reglamentos* como de *planes administrativos*.

---

<sup>1764</sup> PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación...", op.cit., pág. 28.

<sup>1765</sup> En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación...", op.cit., pág. 28. Aunque sí estarán obligadas las Administraciones a seguir los principios constitucionales orientadores de la actividad administrativa, como ya se ha puesto de relieve con anterioridad.

<sup>1766</sup> PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación...", op.cit., pág. 28, señala la exclusión de la actividad contractual de la materia procedimiento, discutiendo la pertinencia de la situación - que no de la existencia- de la regulación sobre la terminación convencional en la LRJPAC. No compartimos, sin embargo, la exclusión que este autor realiza de las concesiones demaniales, que es justificada por "la singularidad de la administración del demanio, en razón a la naturaleza de éste". No entendemos convincente este argumento para excluir a las concesiones de la materia procedimiento administrativo y, en consecuencia, de la regulación estatal común sobre las mismas que haga efectivos los principios de garantía de los ciudadanos y buena administración.

<sup>1767</sup> Y dentro de éstos no encontramos razón alguna que justifique la exclusión de algunos de ellos, como ocurre en la actual regulación de la LRJPAC, que en sus Disposiciones Adicionales quinta (actos tributarios), sexta (actos de la Seguridad Social y desempleo, actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social) séptima (actos sancionadores por infracción en el orden social, actos de liquidación de cuotas de la Seguridad Social) y octava (actos dictados en ejercicio de la potestad disciplinaria), excepciona diversos actos de la aplicación de la regulación del procedimiento común. Vid. al respecto lo que se indica más adelante en el texto, al referirnos a la función estatal de regulación de lo común procedimental.

Respecto a los *reglamentos*, es conocida la STC 15/1989, de 25 de enero, FJ 7c, en la que se sentó la siguiente doctrina:

"El precepto no puede justificarse, como pretende el Abogado del Estado, en el carácter básico de la previsión, ya que si bien el Estado ostenta competencia exclusiva para establecer el procedimiento administrativo común, en el presente caso, no nos encontramos propiamente ante el ejercicio de tal competencia. Efectivamente, el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general es un procedimiento administrativo especial, respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas cuando se trate del procedimiento para la elaboración de sus propias normas de carácter general".

Es decir, el TC manejando la categoría de los procedimientos especiales de la LPA, donde se encontraba encuadrado el de elaboración de reglamentos, excluye el iter procedimental reglamentario de la materia procedimiento contenida en el art. 149.1.18 CE. Diversos autores han criticado esta desafortunada sentencia del TC, corregida además por otra posterior, la STC 17/1990, de 7 de febrero, FJ 11, en la que se entendió que el procedimiento administrativo sancionador, pese a estar también contemplado como procedimiento especial en la LPA, encajaba en el ámbito de la materia procedimiento administrativo regulada por el art. 149.1.18 CE<sup>1768</sup>. Como ha sido notado por estos

---

<sup>1768</sup> Vid. las críticas a la STC 15/1989, de 25 de enero, en TORNOS MAS, J., "Título competencial...", op.cit., pág. 42, y "Algunes reflexions sobre la Llei de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i el Procediment Administratiu Comú", *Autonomies*, núm. 16, 1993, pág. 13, COSCULLUELA MUNTANER, L., "La posición ordinamental de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma", en AA.VV., Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico

autores, el error del TC se fundamenta en una equivocada equiparación de la categoría procedimiento general de la LPA - surgida en el contexto de un Estado centralizado - con el procedimiento común a que se refiere el art. 149.1.18 CE, concepto adaptado a las exigencias de nuestro actual Estado compuesto<sup>1769</sup>. Más adelante volveremos a hacer hincapié en esta cuestión cuando tratemos del alcance de la función normativa estatal sobre la materia procedimiento<sup>1770</sup>.

Consideramos, por otro lado, que también el procedimiento de elaboración de los *planes administrativos* debe ser incluido en la materia contemplada en el art. 149.1.18 CE. La actividad planificadora de las Administraciones Públicas ha experimentado un auge considerable a lo largo del actual siglo, como ha sido puesto de relieve por GIANNINI, quien constata el uso frecuente de esta técnica sobre todo cuando los problemas a resolver

---

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Madrid, 1993, pág. 39, LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales...", op.cit., pp. 69 y 70, AA.VV., *Manual de Dret Públic...*, op.cit., pág. 418, EZQUERRA HUERVA, A., "Entorn de la participació...", op.cit., pág. 345. En contra parece pronunciarse SAINZ MORENO, F., voz "Procedimiento administrativo común", op.cit., pág. 5160, donde, con apoyo en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, señala que "queda claro, por tanto, que el procedimiento administrativo común se refiere a los "actos administrativos" y no incluye la elaboración de disposiciones de carácter general". Sin embargo, no compartimos la opinión de este autor, por cuanto, como ya vimos, la STC 227/1988, de 29 de noviembre, se refiere al "íter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración", lo que incluye a los reglamentos.

<sup>1769</sup> El propio Consejo de Estado en su dictamen 1076/1991, de 31 de octubre, recaído a propósito del anteproyecto de la LRJPAC, ha afirmado que el procedimiento reglamentario encaja "con naturalidad" en el procedimiento administrativo común del art. 149.1.18.

<sup>1770</sup> Por otro lado, un posible argumento de rechazo de la subsunción del procedimiento de elaboración de reglamentos en la materia procedimiento administrativo del art. 149.1.18 CE sería afirmar que la elaboración de reglamentos está conectada a la función de gobierno, por lo que, de hecho, aquí no existiría actividad administrativa. Sin embargo, no nos parece una línea de argumentación defendible. Si bien es indudable que el titular de la potestad reglamentaria es el gobierno (art. 97 CE) y que el ejercicio de la misma está conectada a la función de gobierno, no es menos cierto que se trata de una potestad administrativa, mediante la que debe servirse a los intereses generales (art. 103.1 CE), respetando los derechos e intereses de los ciudadanos y el deber de buena administración. En consecuencia el procedimiento de elaboración de los reglamentos, por mucha carga política que éstos tengan, es administrativo y, como tal, encajable en el art. 149.1.18 CE.

por la Administración tienen una duración temporal que excede de la anual y precisan de la coordinación entre los entes públicos e incluso privados, a fin de lograr un uso ordenado de diferentes tipos de recursos<sup>1771</sup>. Consideramos que la planificación administrativa, como íter procedimental conducente a la elaboración del plan, no debe quedar al margen de la materia procedimiento administrativo común y, por tanto, de una regulación estatal que proporcione una cierta uniformidad<sup>1772</sup>.

En definitiva, consideramos que la materia procedimiento administrativo a que se refiere el art. 149.1.18 CE abarca el íter procedimental mediante el que la Administración pública desarrolla sus funciones de forma unilateral, incluyendo la elaboración tanto de actos como de reglamentos o planes<sup>1773</sup>. La exclusión de alguno de estos tipos de decisiones administrativas carece de justificación, teniendo presente que, como a continuación se va a analizar, el objeto de la regulación estatal de lo común procedimental es articular las directrices constitucionales referidas a las garantías de los ciudadanos y la buena administración, que se extienden por igual a cualquier clase de decisión administrativa. Sin embargo, la concentración habitual en el acto administrativo, consecuencia como ya nos consta de una larga tradición histórica, puede explicar al menos parcialmente las confusiones respecto a la conexión del procedimiento reglamentario con el art. 149.1.18 CE, así como la despreocupación registrada hasta el momento respecto a los procedimientos de elaboración

---

<sup>1771</sup> GIANNINI, M.S., *El poder público...*, op.cit., pp. 155 y ss.

<sup>1772</sup> En este sentido, debe tenerse en cuenta que la Ley de Procedimiento Administrativo alemana de 1976 incluye el procedimiento de planificación en su parte V, sección 2<sup>a</sup>, arts. 72 y ss.

<sup>1773</sup> Destaca la necesidad de que la legislación procedimental no se ciña exclusivamente a la regulación del íter procedimental de los actos administrativos ALLEGRETTI, U., *Amministrazione...*, op.cit., pág. 120 y 121.

de planes y su engarce con el procedimiento administrativo común<sup>1774</sup>.

**b) La función estatal de regulación de lo común procedimental.**

La STC 227/1988, de 29 de noviembre, ha declarado, respecto del alcance de la competencia estatal sobre la materia procedimiento administrativo, que:

"El adjetivo "común" que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los *principios o normas* que, por un lado, *definen la estructura general* del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, *prescriben* la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos *incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares* en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos *principios y reglas* del "procedimiento administrativo común", que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia - lo que garantiza un *tratamiento asimismo común de los administrados antes todas las Administraciones Públicas*, como exige el propio art. 149.1.18 - ...".

---

<sup>1774</sup> TORNOS MAS, J., "Algunes reflexions...", op.cit., pág. 12, critica la LRJPAC por cuanto "continua més preocupada per l'emanació de l'acte singular que pel procés de conformació de la funció administrativa".

Respecto a lo que deba entenderse por "común", diversos autores han puesto de relieve que, al igual vimos ocurría con la materia, es sumamente difícil distinguir este concepto del de "bases", aplicado en el art. 149.1.18 a la materia "régimen jurídico". De hecho, se ha llegado a un cierto consenso doctrinal que entiende equiparables ambas nociones, puesto que las dos irían dirigidas al aseguramiento de un *mínimo común denominador estatal de garantías* que posibilitara un *tratamiento común* de los ciudadanos en sus relaciones con las diversas Administraciones<sup>1775</sup>. La propia LRJPAC, pese a intentar sostener la distinción entre ambos títulos competenciales en el apartado II de la Exposición de Motivos, funde en uno sólo ambos (art. 1), sin deslindar que preceptos corresponden a cada cual.

No vemos inconveniente en aceptar que la función estatal sobre el procedimiento administrativo, la regulación de lo común, en realidad equivale a la existencia de una

---

<sup>1775</sup> Así, por ejemplo, vid. GONZALEZ NAVARRO, F., voz "Procedimiento Administrativo", AA.VV., *Enciclopedia Jurídica...*, op.cit., pág. 5153: "hay que decir ya que todo el inciso con que se inicia el apartado 18 del número 1 del artículo 149 de la Constitución (desde donde dice "las bases...", hasta "tratamiento común ante ellas") está refiriéndose también al procedimiento administrativo. Y esto no sólo porque el sintagma "régimen jurídico" abarca, sin duda alguna, al procedimiento administrativo, sino porque la misma redacción del inciso en cuestión avala esta conclusión. Nótese, en efecto, que ese "régimen jurídico" de que habla el precepto tiene una finalidad garantizadora de la igualdad de trato de los administrados cuando éstos actúen ante las Administraciones públicas, se está hablando de administrados. Y todo eso es procedimiento administrativo en sentido comprensivo y amplio". En el mismo sentido, vid también GONZALEZ PEREZ, J., *Régimen Jurídico...*, op.cit., pp. 101 y ss., PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 45 y ss., LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pp. 108 y ss., MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre el procedimiento administrativo común", *RAP*, núm. 131, 1993, pp. 26 y ss., AA.VV., *Manual de Dret Públic...*, op.cit., pág. 419, TORNOS MAS, J., "Título competencial...", op.cit., pág. 43. También recoge esta idea los Dictámenes del Consell Consultiu números 161, de 22 de junio de 1989, FJ III, y 181, de 20 de enero de 1993, FJ IV, señalando este último que "quan la Constitució es refereix a la competència estatal sobre el procediment administratiu comú, s'ha d'entendre que el que es vol assolir amb aquesta reserva es l'existència d'uns principis i unes regles essencials o bàsiques que assegurin les mateixes garanties per a tots els administrats. Per tant, ens trobem aquí davant d'un supòsit no gaire diferent en la pràctica de la funció que compleix una competència bàsica".

competencia básica estatal. De igual forma, estamos de acuerdo en la definición de la regulación común como conjunto de *principios e instituciones* de directa aplicación a todas las Administraciones Públicas<sup>1776</sup>, a fin de lograr un tratamiento común de las *garantías* de los ciudadanos<sup>1777</sup>.

Sin embargo, el análisis doctrinal mayoritario de lo que deba entenderse por "común" nos parece, aunque correcto, *insuficiente*, al centrarse exclusivamente en la *perspectiva defensiva* del procedimiento administrativo, por otro lado la más extendida históricamente, como ya nos consta. Además del aseguramiento de un tratamiento homogéneo en las

---

<sup>1776</sup> LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales...", op.cit., pág. 76, señala los "*principios generales del procedimiento* como aquéllos puntos de referencia en torno a los cuales parece obligado polarizar una regulación del procedimiento administrativo *común*, aunque no sean éstos los que hayan de acaparar el objeto de la Ley pues, como ha quedado dicho, el "deber-ser uniforme" en que consiste la legislación común del Estado puede y debe abarcar también instituciones y figuras que aunque no constituyan en sí mismas principios ni se relacionen directamente con ellos, su tratamiento unitario puede estar plenamente justificado en cuanto dicha regulación común constituya *a se* un bien jurídico digno de protección por descansar en fundamentos serios de seguridad e igualdad y no en un mero culto a la bondad del derecho codificado en cuerpos legales ciertos y universales". MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre...", op.cit., pp. 25 y 26 se refiere al procedimiento administrativo común como "el conjunto de técnicas y preceptos que constituyen los principios *generales* del procedimiento, entendiendo por tales los recogidos en los artículos 67 y ss. de la LPA. En definitiva, y en los términos de la STC 227/1998, se trata de los principios o normas que definen la *estructura general del iter procedimental* que ha de referirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración".

<sup>1777</sup> LOPEZ MENUDO, F., "Los principios...", op.cit., pág. 74: "Antes que nada, habrá que tenerse por común cualquier garantía *esencial*, donde quiera que ésta se encuentre, o sea, referirse a aquellos supuestos necesarios para "*garantizar a los administrados un tratamiento común*", o en otras palabras, "*la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*", expresiones del art. 149.1.1º y 18º, que aunque no referidas directamente al "procedimiento administrativo común" son aplicables a éste, cosa que no ofrece la menor duda. Por consiguiente, el Estado debe asumir como "común" cualquier garantía básica donde se quiera que se halle, sea en procedimiento general o especial, sea la competencia sustantiva estatal o autonómica (...). El cometido de la ley procedimental común es abordar *toda* cuestión verdaderamente nuclear, al servicio directo del fin que ha de guiar, a nuestro juicio, toda la hermeneútica sobre este tema: *el establecimiento de un común denominador normativo, suficiente para garantizar una básica igualdad de trato*". En el mismo sentido, LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pág. 108, quien entiende que el sentido de la función estatal de regulación de lo común procedimental es "lograr una homogeneidad procedimental, desde el punto de vista de las garantías del ciudadano; establecer, en definitiva, unas garantías procedimentales comunes en todo el Estado".

garantías de los ciudadanos frente a las Administraciones, la regulación estatal común ha de extenderse, en nuestra opinión, a *asegurar un nivel común de correcto desarrollo de las funciones administrativas, un estándar compartido de buena administración*, haciendo efectivos así los arts. 9.3, 31.2, 103.1 y 105 CE a través del procedimiento administrativo<sup>1778</sup>.

Como ha puesto de relieve acertadamente COSCULLUELA MUNTANER, junto al significado garantista del procedimiento común, éste "se justifica como medio de establecer unos estándares en las normas procedimentales de las Administraciones Públicas que permitan garantizar unos patrones comunes de actuación para la adecuada salvaguardia de los principios de objetividad y eficacia que deben presidir la acción de todas las Administraciones Públicas y para permitir y optimizar las adecuadas relaciones entre todas ellas. No se trata tan sólo de que, como se ha puesto de manifiesto, el procedimiento cumpla una finalidad de garantizar el buen hacer administrativo (STS de 11 de noviembre de 1988), lo que ya de por sí tendría relevancia como consecuencia del principio de eficacia (...), sino de establecer unos cauces de acción común que faciliten y permitan las relaciones entre las Administraciones Públicas y para con los ciudadanos en todo el territorio nacional"<sup>1779</sup>.

Esta perspectiva del procedimiento administrativo común ha sido puesta de relieve en

---

<sup>1778</sup> En contra, sin embargo, el Dictamen del Consell Consultiu núm. 161, de 22 de junio de 1989, FJ III, que, partiendo de la finalidad garantizadora perseguida por la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo, señala "d'altra banda, la finalitat garantidora esmentada podria també tenir incidència per fer una distinció en el si del procediment entre les dues funcions que aquest té: d'una banda, la interna d'assegurar l'encert en l'actuació administrativa i, d'altra, la d'assegurar la posició dels administrats davant de l'actuació administrativa, aspecte aquest últim que és el que connecta directament amb la reserva competencial de l'Estat". No puede compartirse esta conclusión de acuerdo con los argumentos jurídicos que se desarrollan en el texto.

<sup>1779</sup> COSCULLUELA MUNTANER, L., "La posición ordinamental...", op.cit., pp. 31 y ss. También destacan el papel de la regulación estatal común como garantía del correcto desarrollo de las funciones administrativas ESCUSOL BARRA, E., y RODRIGUEZ-ZAPATA, J., *Derecho Procesal Administrativo. Procedimiento Administrativo y proceso ante los tribunales contencioso-administrativos*, Tecnos, 1995, pp. 111 y 112.



la propia Exposición de Motivos de la LRJPAC, apartado IV:

"La múltiple y compleja realidad que supone la coexistencia de la Administración del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades Locales, proyectando su actividad sobre un mismo espacio subjetivo y geográfico, hace necesario propiciar un acercamiento eficaz de los servicios administrativos a los ciudadanos. Objetivo que demanda a su vez una fluida relación entre las Administraciones Públicas y un marco jurídico de actuación común a todas ellas que permita a los particulares dirigirse a cualquier instancia administrativa con la certeza de que todas actúan con criterios homogéneos".

Por tanto, y de acuerdo con el marco constitucional referido al modo de desarrollo de la función administrativa, la función estatal de regulación de lo común procedimental debe abarcar los *principios e instituciones* que posibiliten un *estándar común de buena administración y un tratamiento común* de las garantías de los ciudadanos.

El procedimiento común debe ser de *directa aplicación en todos los niveles territoriales*, respecto de *todas las actividades jurídicas unilaterales* de la Administración, a fin de lograr una *cierta uniformidad procedimental en la legalidad y calidad de la actividad administrativa*<sup>1780</sup>.

---

<sup>1780</sup> Respecto a la aplicabilidad directa de la regulación estatal común vid. LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales...", op.cit., pág. 67. La regulación común contenida en la LRJPAC es de aplicación directa a toda Administración territorial y a la Administración institucional en la medida en que se ejerzan potestades administrativas (art. 2 LRJPAC). Se cambia así el planteamiento de la LPA, cuya regulación era de aplicación supletoria en el caso de la Administración local e institucional, así como respecto de los procedimientos especiales establecidos por el Decreto de 1958, salvo en los aspectos de silencio administrativos y recursos. Respecto al alcance de la regulación

La conclusión aquí defendida nos lleva a cuestionar seriamente algunas opciones elegidas por el legislador al elaborar la LRJPAC. En primer lugar, la regulación contenida en esta Ley *se queda corta*, al excluir de su tratamiento el *procedimiento de elaboración de ciertos actos y de los reglamentos*, así como de la *actividad de planificación*, como ya apuntamos a propósito del ámbito material de la competencia estatal<sup>1781</sup>. Respecto a los actos excluidos (Disposiciones Adicionales quinta a octava), ya adelantamos que no existía ninguna razón que justificara la no aplicación de la regulación estatal común a unas categorías de actos administrativos. Las necesidades de homogeneidad en la calidad de las decisiones y en las garantías de los particulares siguen patentes en el caso de los actos tributarios, de los actos de la Seguridad Social y Desempleo, de los actos sancionadores por infracciones en el orden social y de extensión de las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social y de los actos dictados en el ejercicio de la potestad disciplinaria. ¿Es que, por ejemplo, no deben regir en estos supuestos los principios procedimentales de oficialidad y contradicción, conectados, como ya sabemos, con el de objetividad? ¿se supone que la Administración no está obligada a realizar una actividad de instrucción suficiente y adecuada para conocer los hechos e intereses envueltos en la toma de sus decisiones en estos casos? No creemos que sea posible afirmar tal cosa. No se entiende, pues, esta exclusión, objeto

---

contenida en la LPA, vid. por todos DIEZ SANCHEZ, J.J., *El procedimiento administrativo...*, op.cit., pp. 41 y ss.

En este sentido, GARRIDO FALLA, F., y FERNANDEZ PASTRANA, J.M., *Régimen Jurídico...*, op.cit., pág. 262, consideran que el mérito mayor de la LRJPAC es esa aplicabilidad directa a todos los niveles administrativos.

<sup>1781</sup> Entendemos que lo más adecuado sería regular los procedimientos de elaboración de actos, de reglamentos y de planes en epígrafes separados, contemplando las peculiaridades propias de cada tipo de decisión, aunque con un núcleo común de principios e instituciones. Sobre éstos, véase lo que se sostiene más adelante en el texto.

de críticas por la doctrina<sup>1782</sup>. Es más, en nuestra opinión, las Disposiciones Adicionales quinta a octava LRJPAC, son inconstitucionales por vulneración del art. 149.1.18, en conexión con los arts. 9.3, 24.1, 31.2, 103.1 y 105 CE, salvo que se pueda articular una interpretación ajustada a la Constitución, de lo que dudamos sinceramente<sup>1783</sup>.

La insuficiencia de la LRJPAC también queda patente en la ausencia de regulación del procedimiento de elaboración de reglamentos. Ya indicamos en su momento que los mismos encajaban en el procedimiento administrativo común contemplado en el art. 149.1.18 CE. Sin embargo, la LRJPAC no se ha ocupado de la cuestión, manteniendo subsistentes los arts. 129 y ss. LPA, que han sido finalmente derogados por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. La razón pudiera hallarse en la ya citada STC 15/1989, aunque debe tenerse presente que, como también se apuntó, la errónea doctrina por ella sentada fue corregida posteriormente por la STC 17/1990. TORNOS MAS apuntaba una explicación al indicar que quizás la ausencia de esta regulación respondía al entendimiento del ejercicio de la potestad reglamentaria como una función propia del gobierno (art. 97 CE), lo que habría llevado al legislador a diferir la cuestión hasta la publicación de la Ley del Gobierno. El propio TORNOS MAS apuntaba los problemas de semejante planteamiento, al advertir que la Ley del Gobierno se referiría al Gobierno estatal y no sería una ley básica de aplicación a las Comunidades Autónomas y Entes locales, que quedarían así sin un marco general de referencia<sup>1784</sup>.

Pues bien, las previsiones apuntadas por este autor han parecido cumplirse tras la

---

<sup>1782</sup> En este sentido, vid. COSCULLUELA MUNTANER, L., "La posición ordinamental...", op.cit., pág. 36, y TORNOS MAS, J., "Título competencial...", op.cit., pág. 46.

<sup>1783</sup> Sobre la inconstitucionalidad aquí denunciada, vid. PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación...", op.cit., pág. 32.

<sup>1784</sup> TORNOS MAS, J., "Algunes reflexions...", op.cit., pág. 13.

promulgación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Esta Ley deroga los arts. 129 y ss. LPA, pero, a pesar de contener en su art. 24 una regulación del procedimiento reglamentario, en ningún momento menciona el art. 149.1.18 CE ni se refiere en modo alguno al carácter básico o común de ninguno de sus preceptos. Lo que, en principio, provoca, salvo interpretación de que efectivamente se trate de una legislación básica, un vacío legal, puesto que el núcleo común referido al procedimiento reglamentario sería actualmente inexistente. Consideramos que sería urgente una regulación común del iter procedimental de este tipo de decisiones administrativas. Como ha sido acertadamente resaltado por PEMAN GAVIN, "el Estado dispone de cobertura competencial para establecer algunas pautas unitarias mínimas - llámese básicas o comunes - aplicables a todo procedimiento de elaboración de reglamentos y de necesario respeto por el legislador autonómico". Compartimos la opinión de TORNOS MAS al sostener que "el règim general d'elaboració de les disposicions administratives requereix un tractament uniforme que garanteixi l'encert en l'actuació administrativa i doni garanties als ciutadans, tant a nivell individual com sobretot col·lectiu", tratamiento que corresponde efectuar al Estado en desarrollo del art. 149.1.18 CE<sup>1785</sup>. La garantía de un estándar mínimo de buena administración y de un tratamiento común de las garantías de los ciudadanos exige esa regulación común estatal.

Finalmente, tampoco puede hallarse en la LRJPAC ninguna referencia al procedimiento de elaboración de planes. En este punto, por lo demás, la LRJPAC sigue la tradición de las dos anteriores codificaciones existentes en nuestro país, la Ley Azcárate de 1889 y la LPA de 1958. Consideramos que una regulación estatal común de ciertos principios e instituciones relativos a la actividad planificadora aumentaría la seguridad jurídica y

---

<sup>1785</sup> TORNOS MAS, J., "Algunes reflexions...", op.cit., pág. 13.

contribuiría a potenciar la legalidad y calidad de los planes administrativos. En tanto en cuanto tal regulación común no existe como tal, los operadores jurídicos se van a ver obligados a bucear en las legislaciones sectoriales a la búsqueda de preceptos que puedan tener conexión con el art. 149.1.18 CE. Este es el caso, por ejemplo, del art. 113 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, referido a los Planes Directores, precepto que según la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 c, contiene una regulación común conectada con el art. 149.1.18, al prescribir la necesidad de un trámite de información pública y de audiencia a la Administración del Estado y a los Entes locales, pues ambas previsiones se hallan conectadas, como ya nos consta, con los arts. 105 a) y 103.1 CE, respectivamente.

Una segunda crítica a formular a la LRJPAC tendría un motivo opuesto al anteriormente alegado. La LRJPAC, en cuanto al núcleo común aplicable al iter procedimental administrativo, *contiene un exceso de regulación*. Efectivamente, la LRJPAC, en sus arts. 68 y ss., copiando en este punto el modo de legislar utilizado en 1958 por la LPA, contiene una serie de preceptos destinados a describir trámites procedimentales completos, siguiendo el entero desarrollo de un procedimiento administrativo<sup>1786</sup>.

La regulación común de lo procedimental no puede ni debe consistir en el diseño de un completo procedimiento administrativo. Ello no es deseable ni posible, puesto que no puede existir un procedimiento tipo aplicable en general, dadas las plurales actividades a desempeñar por las Administraciones Públicas<sup>1787</sup>. Sin embargo, tampoco creemos que

---

<sup>1786</sup> Se refieren a este exceso en el contenido de la LRJPAC TORNOS MAS, J., "Título competencial...", op.cit., pp. 45 y 46, notando que "a lo largo de la ley 30/1992 podemos encontrar muchos preceptos que desbordan este concepto de regla básica como principio que conforma un mínimo común denominador normativo en garantía de un trato uniforme", LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales...", op.cit., pág. 76, y AA.VV., *Manual de Dret Públic...*, op.cit., pág. 420.

<sup>1787</sup> Tal procedimiento además nunca ha existido. Como ha sido puesto de relieve, el Título IV de la LPA se limitó a diseñar no un procedimiento, sino un "depósito de instrumental jurídico", que debía guiar al legislador a la hora de formalizar concretos procedimientos y, en caso de que no lo

deba diseñar trámites procedimentales específicos. La regulación común, a nuestro parecer, debería concentrarse en la elaboración de *principios* procedimentales que tradujeran las exigencias constitucionales referidas al modo de desarrollo de la función administrativa, así como en el *diseño de instituciones jurídicas*, conectadas a esos principios y, por tanto, al servicio del logro de una adecuada protección de los ciudadanos y de un estándar común de buena administración<sup>1788</sup>.

Respecto a los *principios*, la regulación estatal común debería efectuar la *traducción*, en clave procedimental, del marco constitucional referido al modo de desarrollo de la función administrativa. Así, de conformidad con las ideas expuestas a lo largo del presente trabajo, la regulación común debería contener la afirmación de la necesidad de seguimiento de un procedimiento en el ejercicio de la actividad administrativa (art. 105 CE)<sup>1789</sup>. La actual LRJPAC parece referirse a este principio en el art. 53.1, al señalar que los actos administrativos "se producirán por el órgano competente *ajustándose al procedimiento*

---

hiciera, al instructor en el momento de configurar el concreto procedimiento de acuerdo con las necesidades del caso específico. Vid. al respecto, por todos, GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento administrativo común...", op.cit., pp. 415 y ss.

<sup>1788</sup> En este sentido, vid. LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales...", op.cit., pág. 76, quien sostiene que "por tanto, son esencialmente los principios mismos, lisa y llanamente formulados, así como los diversos institutos procedimentales que aparecen transidos de aquéllos, los que quizás debieran absorber la categoría de lo *común*, en tanto que conectados, más o menos directamente según hemos visto, con inderogables valores y principios constitucionales que dan plena base y justificación a una legislación uniforme. Ello conllevaría la exclusión de las simples reglas y las meras soluciones técnicas de carácter contingente que aunque puedan contribuir a crear una "cultura jurídica común", poco o nada aportan a la seguridad jurídica ni constituyen condiciones básicas garantizadoras de un tratamiento igual a todos los españoles", dirigiendo su crítica al entonces proyecto de LRJPAC, dada, en ocasiones, su "prolija normación, a veces exhaustiva y minuciosa, de temas procedimentales (órganos colegiados, alteraciones de la competencia, programas informáticos, recurso de súplica, etc.), algunos de indudable importancia, desde luego, pero sin el rango suficiente, a nuestro juicio, para ser colocados en la cúspide del sistema, con la vitola de un derecho común de aplicación directa y preferente". PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación...", op.cit., pág. 29 se refiere al procedimiento común como la regulación "de los institutos jurídicos necesarios a toda actividad administrativa unilateral que, debiendo desarrollarse por un cauce procedimental, esté dirigida a producir actos jurídicos".

<sup>1789</sup> LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales...", op.cit., pág. 51.

*establecido*", aunque no se contiene una previsión semejante en relación a reglamentos o planes<sup>1790</sup>.

También deberían declararse los principios de contradicción (ya aludido en el art. 83.5 LRJPAC) y de oficialidad (manifestaciones del mismo son los arts. 41 y 78.1 LRJPAC), como derivaciones del principio de objetividad (art.103.1 CE). El primero debería tener un alcance amplio, afirmando la necesaria introducción y toma en consideración de los intereses envueltos en la toma de la decisión, más allá de la pura vertiente defensiva conectada tradicionalmente al art. 24 CE y ligada al trámite de audiencia<sup>1791</sup>. En cuanto al principio de oficialidad, la regulación común debería afirmar el deber administrativo de realizar una suficiente instrucción, con una adecuada fundamentación de la decisión a adoptar, así como una ponderación del material reunido en esa fase instructora. En este sentido, entendemos que el art. 78.1 LRJPAC debería afirmar, explícitamente, ese deber administrativo de ponderación, derivado, como ya nos consta, del principio constitucional de objetividad.

El principio de congruencia (art. 89.1 LRJPAC) debiera ser formulado de forma que recogiera la exigencia de racional conexión entre el fundamento de la decisión contenido en el expediente, la decisión misma y su motivación (art. 9.3 CE).

Respecto al principio de coordinación (art. 103.1 CE), aparte de su afirmación (en este sentido art. 3.1 LRJPAC), la regulación común debería contener la declaración de la obligación administrativa de ponderar el resto de intereses públicos envueltos en la decisión, abriendo, al efecto, los trámites precisos (en este sentido, art. 4.1 b) LRJPAC, aún sin

---

<sup>1790</sup> Una solución a esta laguna legal sería situar este principio general al principio del Título V, antes de entrar a tratar los capítulos concretos de Disposiciones y actos o bien al principio del Título VI, antes de las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos.

<sup>1791</sup> En este sentido, vid. LOPEZ MENUDO, F., "Los principios generales...", op.cit., pág. 54, quien relaciona el principio de contradicción sólo con el art. 24 CE.

afirmar explícitamente la necesidad de articular el trámite que sirva a tal fin).

Los principios de celeridad y economía procesal debieran ser también declarados por la regulación común, como traducciones procedimentales del principio de eficacia constitucional (art. 103.1 CE, 3.1 LRJPAC). Asimismo, debiera declararse la necesidad de que el servicio a los ciudadanos (art. 3.2 LRJPAC) fuera efectivo y real.

En cuanto al principio de eficiencia constitucional (art. 31.2 CE, 3.2 LRJPAC), la regulación común debería enfatizar la necesidad de tomar en consideración los aspectos económicos de las decisiones a adoptar, manejando los criterios de viabilidad, optimización de recursos públicos y consideración de los costes y beneficios generados.

También sería conveniente la enunciación de valores intrínsecos al procedimiento administrativo, como los de transparencia, dignidad de los ciudadanos o democratización del actuar administrativo.

Junto a la enunciación de principios, la regulación común debiera recoger una serie de *instituciones* conectadas con esos principios y que posibilitan la articulación de garantías comunes de los ciudadanos y de un nivel uniforme de buena administración.

Así, la *participación ciudadana* en el procedimiento debería ser objeto de regulación común, tanto respecto de actos como de reglamentos<sup>1792</sup> o planes<sup>1793</sup>. La regulación debería incluir la declaración de la necesidad de la participación, sus excepciones, el plazo

---

<sup>1792</sup> PEMAN GAVIN, J., "Sobre el ejercicio...", op.cit., pág. 82, considera que el art. 149.1.18 ampara la posibilidad de que el Estado fije unas reglas básicas sobre participación ciudadana en la elaboración de reglamentos. En idéntico sentido, EZQUERRA HUERVA, A., "Entorn de la participació...", op.cit., pp. 149 y ss., aceptando que el Estado pueda fijar condiciones básicas o indispensables referidas a la participación en la elaboración de reglamentos. Vid. también COSCULLUELA MUNTANER, L., "La posición ordinamental...", op.cit., pág. 39.

<sup>1793</sup> Respecto a los planes, vid. las ya citadas SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 c) y 102/1995, de 26 de junio, FJ 13, relativas a regulaciones estatales sectoriales de planes administrativos, en las que se considera la previsión de un trámite participativo como conectado al art. 105 a) CE y, por tanto, amparado por la cobertura del art. 149.1.18 CE.



mínimo de su anuncio, los posibles modos de realizar éste - pudiéndose incluir aquí, como se apuntó en su momento, la utilización de nuevos medios, mediante el uso de radio o televisión, por ejemplo - el plazo de desarrollo y la exigencia de efectividad de la misma, estableciendo, como principio general, la necesidad de respuesta razonada de las alegaciones efectuadas<sup>1794</sup>. La articulación del concreto trámite entendemos que no debiera ser objeto de regulación común, puesto que la manera como se desarrolle la participación (información pública, audiencia pública...) no es relevante para el cumplimiento del deber de buena administración, siempre que se respeten las indicaciones generales aludidas, pudiendo quedar su precisión en manos autonómicas o locales al ejercer sus respectivas competencias de desarrollo procedimental.

La *función consultiva* también debiera incluirse entre las instituciones reguladas por el legislador estatal, teniendo en cuenta su doble función, en su momento expuesta, de garantía del ordenamiento y de guía orientadora del ejercicio de la discrecionalidad<sup>1795</sup>. En consecuencia, formaría parte del procedimiento común la afirmación de la necesidad del dictamen en determinados supuestos, referidos tanto a actos como a reglamentos<sup>1796</sup> y

---

<sup>1794</sup> Vid. ahora el art. 86 LRJPAC, aunque referido a un trámite específico como es el de información pública.

<sup>1795</sup> Vid. *supra* V.1.2 a).

<sup>1796</sup> Recordemos en este punto la STC 204/1992, de 26 de noviembre, analizada en su momento. PEMAN GAVIN, J., "Sobre el ejercicio...", op.cit., pág.82, entiende que, respecto de los reglamentos, la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común comprende "la exigencia general de un trámite de informe preceptivo de los reglamentos por un órgano consultivo especializado en Derecho y dotado de unas garantías mínimas de independencia respecto de la Administración activa". En el mismo sentido, vid. COSCULLUELA MUNTANER, L., "La posición ordinamental...", op.cit., pág.39.

En este sentido, es interesante la observación que se efectúa en el Dictamen del Consell Consultiu núm. 161, de 22 de junio de 1989, FJ VII 2 b), en el que, tras haber rechazado la intervención preceptiva del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones Generales de la Generalitat, se afirma que "una qüestió diferent seria, però, la possibilitat que l'Estat, sense imposar la intervenció d'un òrgan administratiu propi, establís un tràmit preceptiu d'informe per part de l'òrgan consultiu de la Comunitat Autònoma (en el nostre cas la Comissió Jurídica Assessora). Aquest

planes, así como los efectos de su evacuación, los plazos para ello y las consecuencias de la no emisión del dictamen o de la no petición del mismo siendo éste preceptivo como se puso de relieve en su momento<sup>1797</sup>. Asimismo, debería aprovecharse para despejar las dudas que pudiera suscitar aún la aplicación del régimen común de la función consultiva a la esfera local - así, por ejemplo, en el supuesto de los procedimientos de responsabilidad patrimonial<sup>1798</sup> - a la vez que debería extenderse expresamente la necesidad de intervención de órgano consultivo en el caso de la elaboración de ordenanzas locales<sup>1799</sup>. En cualquier caso, la situación actual dista de ser satisfactoria, pues como ha sido puesto de relieve "el legislador estatal se ha quedado muy corto; el mandato del artículo 149.1.18 de la Constitución le exige mucho más, así en lo referente al régimen general de la función consultiva como a la hora de decretar la sujeción universal de las Administraciones a estos trámites"<sup>1800</sup>.

---

supòsit ja s'ha produït en algun cas, com l'abans esmentat de la Llei Reguladora de les Bases del Règim Local, i podria tenir el seu suport en la competència bàsica estatal de l'article 149.1.18 CE, especialment en aquells casos en què el fonament de la intervenció de l'òrgan consultiu fos la garantia de l'administrat o el compliment d'un requisit del procediment administratiu comú".

<sup>1797</sup> Vid. *supra* V.1.2 a).

<sup>1798</sup> Como se recordará, el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de febrero de 1993, sobre el que luego sería el Real Decreto 429/1993, señaló la dificultad de inferir del ordenamiento jurídico en vigor la preceptividad del dictamen para la Administración Local, a la vez que dudaba de la posibilidad de su introducción por vía reglamentaria. Sería conveniente, pues, afirmar su preceptividad mediante la legislación de procedimiento administrativo común.

<sup>1799</sup> No vemos ningún motivo para excluir este supuesto, teniendo en cuenta, además, que aquí se ha afirmado la necesidad de extender el dictamen a los supuestos de reglamentos independientes, dado el papel de la función consultiva de orientación de la discrecionalidad. No consideramos que esta exigencia fuera a conculcar la autonomía local y en cambio creemos que se ganaría notoriamente en garantías de la buena administración y del respeto del ordenamiento jurídico. Es de la misma opinión JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "Las competencias...", op.cit., pp. 321 y ss.

<sup>1800</sup> JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "Las competencias...", op.cit., pág. 332.

Cuestión distinta sería la de qué órgano consultivo debería intervenir en el ámbito de los procedimientos en los que actuaran las Administraciones locales. BLANQUER CRIADO, D., *Consejo*

La *motivación* de las decisiones administrativas es también uno de los aspectos a regular por la Ley estatal de procedimiento común. La LRJPAC se refiere a la misma en su art. 54, pero sólo, como en su momento se puso de relieve, respecto a los actos. Entendemos, como ya se dijo, que la regulación común debiera abarcar también reglamentos y planes. En el caso de los primeros, el deber de motivación debiera ser establecido explícitamente, reivindicando a tal efecto el papel de las Exposiciones de Motivos, cuya importancia habría de trascender los aspectos meramente interpretativos para incorporar la justificación de la regulación adoptada<sup>1801</sup>. En cuanto a los planes administrativos, la regulación común también habría de afirmar la necesidad de su motivación, mediante la incorporación entre su documentación de memorias que justificaran el porqué de las opciones escogidas<sup>1802</sup>.

Otro aspecto a considerar en la normativa estatal común sería la exigencia de realización de estudios del *impacto económico* del acto, reglamento o plan a adoptar por la Administración, en conexión con el ya aludido principio de eficiencia. En este sentido, podría reflexionarse sobre la posibilidad de exigir estudios costo-beneficio al menos para las decisiones administrativas de cierta envergadura económica, a fin de asegurar que en la

---

*de Estado...*, op.cit., pp. 22 y 23 destaca que la intervención de los órganos consultivos autonómicos sería positiva "si se aprovechara (...) para posibilitar a las Corporaciones Locales que eleven consultas facultativas (posibilidad excluida expresamente en el art. 41.2 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía), o si se estableciera que es preceptiva la intervención de estos órganos autonómicos en el procedimiento de elaboración de las Ordenanzas locales, o finalmente si se ampliaran las garantías de los ciudadanos estableciéndose que la consulta a esos órganos es preceptiva en los expedientes relativos a reclamaciones de daños y perjuicios causados por las Corporaciones Locales".

<sup>1801</sup> Vid. *supra* V.2. En la actualidad, vid. los arts. 24 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y 63.2 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre.

<sup>1802</sup> Como ya ocurre en la actualidad, por ejemplo, con las memorias exigidas por la normativa sectorial en el caso de los planes urbanísticos (art. 38 RP). Véase, sin embargo, lo que se afirma más adelante en el texto en relación a los problemas que plantea esta regulación reglamentaria desde el punto de vista del sistema de fuentes.

elaboración de las mismas ha habido un examen serio y riguroso de su viabilidad, del empleo de los recursos públicos disponibles y de la incidencia social de las mismas<sup>1803</sup>. Aunque a lo largo del presente trabajo hemos alertado sobre los problemas y limitaciones de los análisis económicos en el Derecho Administrativo<sup>1804</sup>, los estudios coste-beneficio, si son realizados con seriedad y con consciencia de sus limitaciones, pueden aportar elementos interesantes a ponderar en el ejercicio de las funciones administrativas<sup>1805</sup>.

El diseño de estas instituciones por el legislador estatal - las cuales, como procedimiento *común*, se van a imponer a todos los niveles administrativos (perspectiva vertical) en todos los sectores de actuación (perspectiva horizontal) - debe ser especialmente cuidadosa. Este especial cuidado es necesario por cuanto, en primer lugar, la regulación

---

<sup>1803</sup> Vid. en la actualidad art. 24 a) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (aunque, como ya pusimos de relieve, sólo aludiendo a los costes del reglamento proyectado) y art. 63 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, respecto al procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias. En relación a los planes administrativos, vid. la normativa urbanística, ya analizada en su momento, referida a los estudios económico-financieros.

<sup>1804</sup> Vid. *supra* IV.2 b) y V.1.5.

<sup>1805</sup> En Estados Unidos, la *Executive Order* 12,291, promulgada en el año 1981, exigía que cada agencia preparara un *Regulatory Impact Analysis* para cada reglamento federal que poseyera una cierta importancia (los criterios para precisar ésta eran los siguientes: a) efecto anual sobre la economía de 100 millones de dolares o más; b) supone un aumento de los costes o precios para consumidores, industrias, gobiernos estatales o autonómicos u otras regiones geográficas del país; c) tiene un significativo efecto adverso sobre la competencia, el empleo, la inversión, la productividad, la innovación o la disposición de las empresas norteamericanas para competir con las extranjeras). Este análisis consistía en: a) una descripción de los potenciales beneficios del reglamento, incluyendo los beneficios que no pueden ser cuantificados, así como una identificación de los beneficiarios de la regulación; b) una descripción de los costos del reglamento, incluyendo costos que no pueden ser cuantificados; c) una declaración de los potenciales beneficios netos del reglamento; d) una descripción de las posibles alternativas manejadas y una declaración de porqué no han sido escogidas; e) en caso de existir una prohibición legal o judicial de la realización de este análisis, la constancia de la existencia de la misma.

FOX, W.F.Jr., *Understanding...*, op.cit., pp. 165 a 170, destaca la dificultad de cálculo, en muchas ocasiones, de los beneficios generados por la regulación, señalando que la *Executive Order* citada sólo exigía la cuantificación de los costos y beneficios hasta el punto en que ello era posible, demandando a partir de ese umbral una mera identificación de los mismos.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esta *Executive Order* ha sido derogada por otra posterior del presidente Clinton, la número 12.866, de 1993, aunque el sistema ahora establecido es muy similar, persistiendo la exigencia de algún tipo de análisis costo-beneficio.

estatal no debe, ni puede, agotar la disciplina de las mismas, dado que el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales, como veremos, demanda la posibilidad de su desarrollo. Desarrollo que aparece como adecuado, por cuanto posibilita la adaptación a las específicas necesidades autonómicas y locales.

Pero, además, ese especial cuidado del legislador estatal es preciso ya que, como se puso de relieve, la regulación del procedimiento administrativo es un arma de doble filo. Puede contribuir a lograr un correcto desarrollo de las funciones administrativas y a aumentar la calidad de las decisiones, pero también puede ser un factor de encarecimiento y retrasos en el ejercicio de la actividad administrativa. En consecuencia, al regular las distintas instituciones aludidas, el legislador estatal debe ponderar los diferentes valores presentes, algunos de los cuales, en determinadas ocasiones, pueden hallarse en potencial conflicto.

Pensemos, por ejemplo, en los principios de objetividad y de eficacia de la actividad administrativa, ambos recogidos en el art. 103.1 CE. El legislador está obligado a posibilitar el cumplimiento de ambos mediante la regulación, en este caso común, que efectúe. Sin embargo, mientras la objetividad exige una ponderación cuidadosa de los factores envueltos en la toma de decisión, la eficacia demanda la celeridad de ésta. O pensemos, otro ejemplo, en el potencial conflicto entre el principio de economía - que demandaría un ahorro de medios para la obtención de los fines de interés general - y el de objetividad - que exigiría una inversión de medios en la obtención del mejor servicio posible al interés general.

Al diseñar el procedimiento común, el legislador debe resolver estos conflictos, decidiendo ante cada supuesto lo que considere más conveniente. *Pero, en cualquier caso, lo que no debe olvidar o menospreciar es que la normativa finalmente elaborada va a impactar en el modo de desarrollo de la función administrativa, generando efectos positivos (beneficios) y/o negativos (costes).* En la medida en que los beneficios (garantía de los

ciudadanos, buena administración, valores intrínsecos aportados por el procedimiento) superen a los costes (retrasos, encarecimiento desmesurado del desarrollo de la actividad administrativa) podrá hablarse de una buena regulación, y, viceversa, cuando los costes rebasen los beneficios cabrá calificar una regulación como inadecuada. *En definitiva, las decisiones del legislador común no operan en el vacío, sino que tienen un impacto en la actividad administrativa cotidiana*<sup>1806</sup>.

En consecuencia, debieramos asumir la necesidad de *evaluar* qué impacto está teniendo la regulación de una institución determinada, para poder determinar su bondad o enmendar sus defectos. Tomemos el ejemplo de la función consultiva. La determinación de cuándo es preciso un dictamen preceptivo de un órgano consultivo debe considerar diversas cuestiones. Por un lado, qué intereses se hallan en presencia en el concreto procedimiento, tanto públicos como privados. Por otro, el valor positivo que la exigencia del dictamen va a aportar, en términos de garantía de los ciudadanos y de logro de buena administración. Finalmente, qué costes va a comportar esa exigencia, desde un punto de vista económico o de retraso de la actividad administrativa. El legislador común debe ponderar estos aspectos antes de decidir imponer la exigencia del dictamen en un determinado procedimiento. La respuesta no es fácil ni automática, pero recordar la necesidad de esta ponderación y de la consideración del impacto que la regulación va a tener puede ser útil para obtener una disciplina legislativa adecuada<sup>1807</sup>.

---

<sup>1806</sup> Destaca este punto BONFIELD, A.E., *State Administrative...*, op.cit., pp. 441 y ss.

<sup>1807</sup> Y evitar excesos o defectos en la regulación. Respecto a los primeros, cabría plantearse la necesidad de, teniendo en cuenta los intereses en presencia, movilizar a un órgano consultivo para que emita un dictamen respecto a procedimientos de responsabilidad en los que se están ventilando unas pocas miles de pesetas, porque, por ejemplo, a un niño se le rompieron las gafas en el patio de la escuela durante el recreo (el ejemplo no es ciencia ficción, basta comprobar los repertorios de los órganos consultivos). Vid. una reflexión al respecto en BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado...*, op.cit., pp. 277 y ss.

En cuanto a los defectos, recordar en este punto la crítica efectuada en su momento a la

En la doctrina norteamericana, BONFIELD ha insistido en este punto, advirtiendo que en relación a la legislación procedimental, "a general consensus has now emerged that we must make substantially greater efforts to maximize the benefit of each public expenditure so as to ensure that scarce communal resources are allocated to their most beneficial use. As a result, we must seek more carefully than we have previously to ensure that the cost of our administrative procedures is proportioned to the relative importance of the matters at stake and that the procedures used are the least expensive means with which to accomplish the desired results"<sup>1808</sup>. El legislador y la doctrina española debiera apercibirse de la importancia de estas evaluaciones procedimentales<sup>1809</sup>. Si bien el análisis de la calidad de las leyes procedimentales no tiene una respuesta científica, es cierto que la existencia de estudios concretos, hoy no disponibles, con datos empíricos, referidos al impacto específico de determinadas instituciones - en términos de consumo de tiempo y de gasto económico generado - ayudaría notablemente a la elaboración de la normativa procedimental, así como a su seguimiento y, en su caso, modificación<sup>1810</sup>.

---

ausencia de exigencia, como regulación estatal común, de dictamen de órgano consultivo en el caso de modificación de zonas verdes, tras la anulación del art. 129 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por la STC 61/1997, de 20 de marzo. Creemos que los valores aquí en juego, de rango constitucional incluso, justifican que se introduzca en este procedimiento urbanístico el juego de la función consultiva, como garantía de los derechos de los ciudadanos y del buen hacer administrativo.

<sup>1808</sup> BONFIELD, A.E., "Administrative procedures acts in an age of comparative scarcity", *Iowa Law Review*, 1990, v.75, núm. 4, pág. 845.

<sup>1809</sup> Como ya sabemos, existen diversos trabajos preocupados por la calidad de la producción normativa, si bien no es ésta una inquietud generalizada. Además los trabajos existentes y ya citados a lo largo del presente estudio no se ocupan concretamente de la necesaria evaluación de la calidad de la normativa procedimental.

<sup>1810</sup> Si bien es cierto que se han realizado determinados estudios en nuestro país a propósito del desarrollo de la LRJPAC, también lo es que el alcance de los mismos se ha limitado al ámbito del silencio administrativo, sin consideración de otros aspectos procedimentales conectados con la buena administración.

Insiste en la necesidad de la realización de estudios empíricos, tampoco existentes hasta el momento en Estados Unidos, BONFIELD, A. E., *State administrative...*, op.cit., pág. 443, aunque

En cualquier caso, no se trataría de manejar simples datos económicos, sino de ponderar, junto a estas magnitudes, cuáles son los intereses envueltos en el específico procedimiento, qué contribución puede efectuar la concreta institución procedimental en el aumento de las garantías ciudadanas y de la buena administración, qué costes temporales genera y qué concretos valores procedimentales (transparencia, dignidad, democracia) potencia<sup>1811</sup>.

---

reconociendo que, en última instancia, la decisión sobre la estructura procedimental es valorativa, dependiendo de la diferente concepción y peso otorgado a los beneficios y costos generados.

<sup>1811</sup> Manejando estos factores entendemos, por ejemplo, que la propuesta aquí formulada de exigir la motivación de los reglamentos en la Exposición de Motivos aporta más beneficios que costes. La carga administrativa de redactar una Exposición de Motivos en la que se justifique el porqué de la regulación - de forma sucinta pero con exposición de las razones que han llevado a preferir las opciones finalmente elegidas - aporta un aumento de la calidad de la decisión, de la aceptabilidad de la misma, de su transparencia y un potencial decrecimiento de la litigiosidad judicial.

En cambio disentimos de la opinión de GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Potestad sancionadora, jurisprudencia constitucional y reforma del control jurisdiccional de las sanciones administrativas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 324, 31 de diciembre de 1997, pág. 4, quien considera que el procedimiento sancionador derivado de la LRJPAC es "hipergarantista" y "resulta claramente contrario, a mi juicio, con la idea de celeridad y eficacia", teniendo en cuenta, según este autor, que toda sanción administrativa es *potencialmente* impugnabile ante los tribunales. Sin abordar ahora en profundidad esta concreta materia, consideramos que dados los intereses en juego y el papel garantista del procedimiento administrativo - difícilmente suplible por los tribunales que no conocen de gran número de pequeñas sanciones, cuya impugnación judicial el ciudadano ni se plantea -no consideramos que los principios contenidos en la LRJPAC sean, desde una perspectiva general, desmesurados ni generadores de costes excesivos en el actuar administrativo.



### 2.3 Formalización de lo común y reserva de Ley

Finalmente, respecto a la regulación estatal común, es preciso referirse a la cuestión de la necesidad o no de formalización del procedimiento administrativo común y, en caso afirmativo, al tipo de norma que deba efectuarla.

Respecto al primer punto, nos parece evidente que el art. 149.1.18 CE, al contemplar la competencia estatal sobre procedimiento administrativo está exigiendo, implícitamente, la formalización de los principios e instituciones comunes. Esta formalización entendemos que es requisito indispensable para el logro de la seguridad jurídica, así como de la relativa uniformidad en todos los niveles territoriales.

En cuanto al tipo de norma que deba formalizar los principios e instituciones comunes, creemos que la Constitución y la doctrina del TC imponen la exigencia de Ley<sup>1812</sup>.

En primer lugar, el art. 105 CE establece explícitamente una reserva de Ley respecto al "procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos" (apartado c), a la vez que también la exige para una institución procedimental, la participación ciudadana (apartado a). Si la reserva incluye expresamente el procedimiento de elaboración de actos y una institución específica en cualquier tipo de decisiones, entendemos que, implícitamente, la reserva también comprende el procedimiento de elaboración de reglamentos y planes, es decir, los principios e instituciones propias del procedimiento común para toda clase de

---

<sup>1812</sup> Debe tomarse en consideración, por otro lado, que la LPA de 1958 había establecido una reserva *formal* de Ley, que impedía la regulación procedimental mediante reglamento. Esto justifica que la LRJPAC fuera norma con rango de Ley. Sin embargo, esa reserva formal no impediría que en el futuro se produjera una *deslegalización* del procedimiento común, excepto en el caso de que se trate de una materia sometida a reserva de Ley *material*. Esto es lo que creemos que ocurre y así se expone a continuación en el texto.

decisiones<sup>1813</sup>.

En segundo lugar, la jurisprudencia del TC ha declarado que la normativa básica estatal debe estar recogida en leyes en sentido estricto, las cuales deben declarar explícitamente qué preceptos tienen la consideración de básicos, pues, en caso contrario, la presunción es de ausencia de ese carácter, salvo que el mismo se infiera con claridad de su estructura<sup>1814</sup>. Si la competencia estatal sobre procedimiento administrativo se equipara funcionalmente a la normativa básica, como vimos acepta en general la doctrina, no vemos dificultad alguna en extender esta jurisprudencia al ámbito procedimental<sup>1815</sup>.

¿Quiere ello decir que el procedimiento común única y exclusivamente puede contenerse en una norma con rango de Ley?. No creemos que tal conclusión sea la acertada. Desde el punto de vista de la reserva material del art. 105 CE, debe tenerse en cuenta la doctrina general de la STC 83/1984, según la cual las remisiones del legislador a la potestad reglamentaria son aceptables siempre que sean "tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esta potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución

---

<sup>1813</sup> EMBID IRUJO, A., "Potestad...", op.cit., pp. 109 y 110, considera que la reserva legal se extiende al procedimiento de elaboración de reglamentos, por dos razones: "La primera es por la interpretación analógica de lo establecido en el art. 105 c) de la propia CE. Si, por mandato de este precepto, la Ley regulará el procedimiento a través del cual deban producirse los actos administrativos, no hay ninguna razón para no pensar que también el procedimiento completo de elaboración de los reglamentos debe ser de creación legal. Sobre todo, y es la segunda razón, porque desde la perspectiva del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) no se comprendería que la elaboración de una fuente del Derecho no fuera establecida por una norma de superior jerarquía. Si fuese admitido que los Reglamentos pudieran *ex novo* regular la elaboración de los Reglamentos, sería admisible, también, que cualquier Reglamento pudiera, por su propia fuerza jurídica, excepcionar esa regulación, establecida reglamentariamente. Lo absurdo de la conclusión lleva, por pura lógica, a estimar establecida la reserva legal del completo procedimiento de elaboración de reglamentos".

<sup>1814</sup> Vid. al respecto, por todas, la STC 69/1988, de 19 de abril.

<sup>1815</sup> Como hacen GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico...*, op.cit., pp. 106 y ss., criticando que la LRJPAC no especifique qué preceptos tienen la consideración de básicos.

o por la propia ley", mientras no se produzca una deslegalización de la materia reservada "esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

En cuanto a la perspectiva de la normativa básica, el TC también ha declarado que si bien la regla general es que las bases estatales deben contenerse en una norma con rango de Ley, es posible excepcionalmente su inclusión en reglamentos ejecutivos, cuando éstos actúen como complemento indispensable para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que respunde la competencia estatal sobre las bases<sup>1816</sup>.

Lo expuesto justifica jurídicamente, a nuestro entender, la promulgación de los Reales Decretos 1398/1993, de 4 de agosto, de procedimiento para el ejercicio de la potestad reglamentaria - en desarrollo de los arts. 134 y ss. LRJPAC - y 429/1993, de los procedimientos de la Administraciones Públicas en materia de responsabilidad - en desarrollo de los arts. 139 y ss. LRJPAC<sup>1817</sup>. También explica la Disposición Adicional Tercera LRJPAC, que al permitir la adecuación reglamentaria "de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualesquiera que sea su rango" no estaría deslegalizando la materia procedimiento común, sino, más sencillamente, efectuando una remisión a la potestad reglamentaria a los sólo y limitados efectos de compatibilizar los

---

<sup>1816</sup> Vid. al respecto, STC 48/1988, de 22 de marzo o STC 80/1988, de 28 de abril.

<sup>1817</sup> Respecto a este último, TORNOS MAS, J., "Título competencial del Estado...", op.cit., pág. 43, nota 49, entiende que supone una demostración de que bases del régimen jurídico y procedimiento administrativo común, aunque se identifiquen en la práctica, "son dos materias distintas con ámbitos funcionales diversos", pues si este Decreto se hubiera dictado como normativa básica "no respondería a los requisitos formales de tal legislación". Quizás lo que pudiera ocurrir es que este reglamento se ajusta a las situaciones excepcionales en que la jurisprudencia del TC ha aceptado que las bases se incluyan en normas reglamentarias. El logro de la homogeneidad requerida por el procedimiento común se logra, en este caso, mediante la promulgación de la norma reglamentaria como complemento indispensable a la LRJPAC.

procedimientos con la regulación común, contenida en este caso en normas reglamentarias, las cuales actuarían como complemento indispensable en el logro de los objetivos uniformadores de la LRJPAC<sup>18181819</sup>.

---

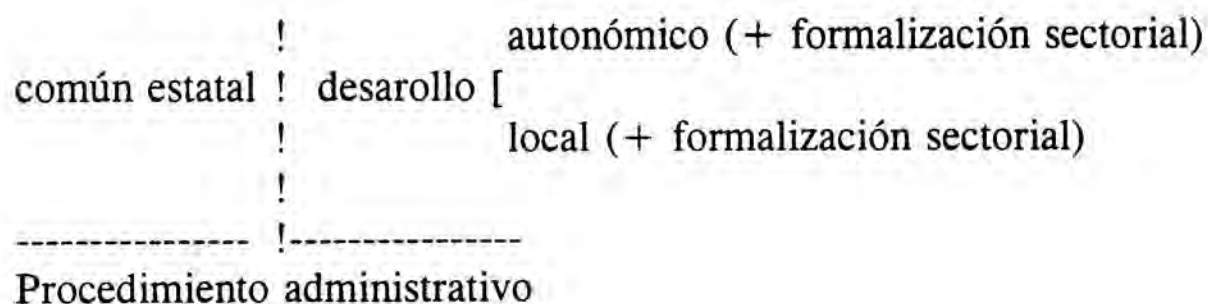
<sup>1818</sup> En este sentido, por ejemplo, LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pp. 124 y 125, quien niega que la Disposición Adicional Tercera LRJPAC contenga una auténtica deslegalización, y FERNANDEZ ACEVEDO, R., "Derecho transitorio y adecuación de procedimientos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: la seguridad jurídica en entredicho", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 9, 1996, pp. 287 y ss.

<sup>1819</sup> Sin embargo, es mucho más difícil de aceptar que la obligación de elaborar una Memoria justificativa en el caso de los planes urbanísticos venga establecida en una norma reglamentaria como es el Reglamento de Planeamiento (art. 38). Consideramos que esta previsión forma parte del procedimiento administrativo común, dada su conexión con los arts. 9.3, 103.1 y 31.2 CE, así como con el principio de transparencia. La jurisprudencia ha insistido repetidamente en la importancia de la Memoria. Así, por ejemplo, la STS de 21 de enero de 1997 (Ar.1865) señala que "la memoria es ante todo la motivación del Plan o sea, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y por consecuencia, las determinaciones del planeamiento. La Memoria, es pues, una exigencia insoslayable de la Ley (...) pues la profunda discrecionalidad del planeamiento (...) explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad".

En consecuencia, al formar parte del procedimiento administrativo común, la exigencia de Memoria debería estar formulada en norma con rango de ley, cubriendo así la reserva legal del art. 105 CE y cumpliendo las demandas de la jurisprudencia constitucional relativas a las normas básicas. La actual previsión del Reglamento de Planeamiento no cumple estos requisitos.

## 2.4 El desarrollo autonómico y local de lo común en materia procedimental. Necesidad de tomar en consideración los costes y beneficios de la regulación.

La regulación estatal común de la materia procedimental no agota, sin embargo, la función normativa que recae sobre la misma. El juego del principio de autonomía, tal y como expusimos, implica la existencia de un ámbito competencial tanto autonómico como local en relación con el procedimiento administrativo. Gráficamente, la función normativa sobre el procedimiento administrativo podría representarse de la siguiente manera:



Donde, como ya se dijo, el eje horizontal representa la materia y el vertical las funciones que recaen sobre la misma.

a) **Competencias autonómicas en materia procedimental. El desarrollo de lo común.**

Como ya nos consta el art. 149.1.18 reconoce la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común "sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas"<sup>1820</sup>. Los Estatutos de autonomía, por su parte, han recogido la competencia autonómica sobre la materia procedimental con diferentes matices<sup>1821</sup>.

La regulación autonómica en materia procedimental abarca el desarrollo de los principios e instituciones comunes y la disciplina de los procedimientos sectoriales cuando exista competencia material autonómica, tal y como ha señalado la STC 227/1998, FJ 32 y analizaremos con detalle en el siguiente epígrafe. Dejando de momento de lado esta segunda perspectiva sectorial, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar los principios e instituciones estatales, dictando al efecto, si lo consideran oportuno, su propia normativa procedimental<sup>1822</sup>.

El desarrollo autonómico de los principios e instituciones estatales nunca puede suponer una merma de las garantías de los ciudadanos contenidas en la Ley de procedimiento común<sup>1823</sup>. Aunque es posible que sean aumentadas<sup>1824</sup>. Sin embargo, el desarrollo

---

<sup>1820</sup> Vid. en el mismo sentido art. 12.1 de la Ley del Proceso Autonómico.

<sup>1821</sup> Una exposición de la regulación de los diferentes estatutos puede hallarse en GONZALEZ PEREZ, J., "La revisión...", op.cit., pp. 568 y ss.

<sup>1822</sup> Vid. por todos GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico...*, op.cit., pág. 108 y ss. Es el caso de Cataluña, con la Ley repetidamente citada 13/1989, de 14 de diciembre.

<sup>1823</sup> En este sentido, art. 12.1 Ley del Proceso Autonómico.

autonómico no debe centrarse única y exclusivamente en el desarrollo de garantías defensivas del ciudadano, sino que puede incidir también en la potenciación de la buena administración. A pesar de que, como dijimos, la doctrina insiste en la perspectiva garantista del procedimiento común y del desarrollo autonómico, las Comunidades autónomas tienen un campo abierto en el diseño de principios e instituciones que, en consonancia con el deber constitucional de buena administración y respetando la regulación común, mejoren el funcionamiento administrativo<sup>1825</sup>.

La relación entre la ley común y el desarrollo autonómico, pues, exige que el segundo no contravenga a la primera. Pero a nuestro entender, la vinculación de lo común procedimental va más allá, al exigir que el desarrollo autonómico no sólo no vulnere la legislación estatal sino que, además, siga las orientaciones políticas contenidas en ésta. Es decir, la regulación común no sólo tiene un sentido negativo, como límite competencial autonómico, sino también un sentido *positivo u orientador*. Con un ejemplo quizás se entienda mejor lo que se pretende sostener. Si la ley procedimental común potencia la participación ciudadana, en desarrollo del art. 105 a) CE, la regulación autonómica no sólo no puede eliminarla, sino que, además, no debe restringirla, introduciendo excepciones a la misma *ex novo*<sup>1826</sup>. La regulación común al regular los principios e instituciones establece

---

<sup>1824</sup> En este sentido, LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pág. 111. Es el caso, por ejemplo, del art. 79.2 de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, que exige la motivación de *todos* los actos administrativos, ampliando así el art. 54 LRJPAC, sin que ello suponga una vulneración de las bases estatales contenidas en ese precepto. En este sentido, vid. AA.VV., *Manual de Dret Públic...*, op.cit., pág. 422.

<sup>1825</sup> En el caso de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, se ha intentado esa potenciación de la buena administración, por ejemplo, mediante la previsión de la creación de Oficinas de Gestión Unificada (art. 70), a las que hicimos referencia a propósito del principio de coordinación.

<sup>1826</sup> Es lo que ha hecho, por ejemplo, la Comunidad Autónoma catalana en relación a la participación en el procedimiento de elaboración de reglamentos, en el art. 64 de la Ley 13/1989. CASES PALLARES, L., "La llei 13/1989...", op.cit., pp. 240 y ss., ha señalado que la regulación catalana, al ser un desarrollo más restrictivo del art. 105 a) CE que la LPA de 1958, sería

también una atmósfera jurídica determinada, en la que pueden primarse, en mayor o menor medida, valores como la transparencia o el principio democrático. Esas tendencias deben orientar el desarrollo autonómico<sup>1827</sup>.

Respetando la regulación común estatal y siguiendo los criterios orientadores de fondo de la misma, el desarrollo autonómico puede completar la regulación de los principios e instituciones procedimentales. En este sentido, por ejemplo, nada impide que el papel de la función consultiva se vea ampliado a procedimientos no contemplados en la regulación estatal, por consideraciones de garantía y/o buena administración<sup>1828</sup>.

Ahora bien, debemos reiterar aquí lo dicho respecto del legislador común. El legislador autonómico debe ser consciente del impacto que la regulación de desarrollo pueda tener en la actividad administrativa, ponderando los beneficios y los costes que principios o instituciones adicionales puedan suponer. Cabe insistir, de nuevo, en la necesidad de valorar los potenciales efectos positivos o negativos de la regulación proyectada, teniendo en cuenta los intereses envueltos en cada caso, a fin de poder evaluar ésta. El manejo de estudios empíricos podrá ayudar en gran manera a esa ponderación, así como a la evaluación de las

---

inconstitucional. Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 1994 ha afirmado la constitucionalidad del precepto de la ley catalana, siempre que se interprete que no configura una facultad discrecional, sino "una regla general de la participación ciudadana (...) cuyas excepciones, en atención a las circunstancias objetivas que los justifiquen, han de ser - eso sí - reguladas por ley".

<sup>1827</sup> En el caso de las competencias concurrentes, el TC ha declarado ese doble papel de las bases estatales en la sentencia 25/1983, de 7 de abril. La doctrina se encuentra dividida en este punto. Vid. las referencias contenidas en BAYONA ROCAMORA, A., *El derecho a legislar en el Estado autonómico*, Tecnos-Escuela d'Administració Pública de Catalunya, 1992, Madrid, pág. 176. Suscribimos la opinión de este autor en cuanto que "sólo sería posible una orientación política que no condicionara el ejercicio de la competencia autonómica hasta el punto de privarla de ese elemento esencial. Lo que, dicho en otras palabras, significa que la función directiva de la ley básica no debería ir más allá de los criterios de orientación generales o valores de fondo que son inherentes a la propia decisión política estatal, excluyendo mandatos o directrices concretos sobre cómo debe ejercerse la competencia autonómica".

<sup>1828</sup> En este sentido, BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado...*, op.cit., pág. 154.



innovaciones finalmente introducidas, a fin de mejorarlas en su caso.

Finalmente, debemos hacer mención del tema de la formalización del desarrollo autonómico. Entendemos que, al igual que ocurría con la regulación común, la normativa autonómica procedimental de desarrollo debe ser formalizada y, en concreto, por una norma con rango de Ley. Ésta conclusión se deriva de los arts. 149.1.18 y 105 CE, como ya expusimos en su momento. En el caso de la normativa autonómica, la reserva material de Ley ha sido recordada, además, por el art. 12.1 de la Ley del Procedimiento Autonómico, al disponer este precepto que las especialidades organizativas de las Comunidades Autónomas "deberán ser aprobadas por ley"<sup>1829</sup>.

#### **b) Desarrollo local de la regulación común estatal y del desarrollo autonómico.**

Nos queda considerar el papel de los entes locales en la regulación del procedimiento administrativo, desde la perspectiva vertical que estamos desarrollando en este apartado.

Por de pronto, debe llamarse la atención sobre un hecho. Los estudios doctrinales sobre procedimiento administrativo habitualmente omiten la referencia a la competencia local, centrandolo en las relaciones Estado-Comunidades Autónomas. Podría decirse que el procedimiento administrativo local está ausente de las consideraciones que se realizan sobre esta cuestión.

---

<sup>1829</sup> No consideramos que el art. 12.1 de la Ley del Procedimiento Autonómico establezca una reserva de ley formal. En nuestra opinión, este precepto se limita a recordar la reserva material de ley contenida en el art. 105 CE para el procedimiento administrativo general, tanto estatal (principios e instituciones comunes) como autonómico (desarrollo de las mismas).

Por otro lado, el papel del reglamento autonómico en este ámbito será el mismo que tenga el estatal en relación con la LRJPAC. Vid. *supra* lo que se ha dicho al respecto.

Sin embargo, consideramos que tal omisión no está justificada, por cuantos los entes locales pueden desempeñar un papel importante en la disciplina procedimental, actuando como factor significativo de innovación. Frecuentemente el empleo de nuevas técnicas o mecanismos procedimentales podrá ser más sencillo en pequeñas comunidades, para la resolución de conflictos específicos.

El punto de partida en el tratamiento de esta cuestión debe ser la Constitución. El art. 149.1.18 CE nada dice de la competencias local en esta materia. Tampoco se pronuncian los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, no debe inferirse de este silencio que se niegue la existencia de las misma<sup>1830</sup>.

Una mención al procedimiento administrativo era posible hallarla en el art. 5 LBRL, en el que se indicaba que:

"Las Entidades locales se rigen en primer término por la presente Ley y además:

C)En cuanto al régimen estatutario de sus funcionarios, *procedimiento administrativo*,...

a)Por la legislación del Estado y, en su caso, la de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18<sup>a</sup> de la Constitución.

b)Por las Ordenanzas de cada Entidad."

---

<sup>1830</sup> Como destaca AJA, E., "Configuración constitucional de la autonomía local", en AA.VV., *Informe sobre el Gobierno Local*, Madrid, Ed. MAP-Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 1992, pág. 65, "cuando los Estatutos de Autonomía califican alguna materia como competencia exclusiva de la CA (o de desarrollo legislativo o de ejecución), lo hacen respecto al Estado, nunca respecto de los municipios, porque de entenderlo así se anularían todas las tradicionales competencias locales; establecida la distribución entre el Estado y las CC.AA., es preciso realizar una nueva delimitación competencial entre la CA y los municipios...".

Como es sabido, el art. 5 LBRL fue declarado inconstitucional por la STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 5, ya que se consideró intentaba imponer una interpretación de la Constitución, pues este precepto contenía "un orden de prelación de fuentes que será correcto en la medida que coincida con lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad, e incorrecto en cuanto se aparte de él. En cuanto tal coincidencia exista, el precepto es en consecuencia superfluo y en cuanto no exista inválido. Su anulación no origina por tanto vacío normativo alguno".

El actual art. 146 del ROF señala que de acuerdo con el art. 5 C) LBRL, "el procedimiento administrativo de las entidades locales se rige:

Primero. Por lo dispuesto en la propia Ley 7/1985, de 2 de abril, y en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común.

Segundo. Por la legislación sobre procedimiento administrativo de las entidades locales que dicten las Comunidades Autónomas respectivas.

Tercero. En defecto de lo anterior y de acuerdo con el artículo 149.3 de la Constitución Española, por la legislación estatal sobre procedimiento administrativo de las entidades locales, que no tenga carácter básico o común.

Cuarto. Por los Reglamentos sobre procedimiento administrativo que aprueben las entidades locales, en atención a la organización peculiar que haya adoptado".

Partiendo de la Constitución y de esta normativa citada, consideramos que la competencia local sobre procedimiento administrativo se articula de la siguiente manera.

En primer lugar, está claro que la regulación estatal de procedimiento común es

aplicable directamente a los entes locales, a diferencia, como ya sabemos, de la LPA de 1958<sup>1831</sup>.

En segundo lugar, el desarrollo autonómico de los principios e instituciones estatales también es de aplicación en el ámbito local. En este sentido, el art. 162.1 LMRLC señala que "los Entes locales ajustarán su actuación a la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común y a la legislación de la Generalidad sobre procedimiento administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales que establezcan las correspondientes leyes sectoriales"<sup>1832</sup>.

Ahora bien, el binomio procedimiento común estatal - desarrollo procedimental autonómico no puede agotar la disciplina general del procedimiento administrativo. En todo caso, deberá quedar un espacio competencial para que el ente local adecúe los principios e instituciones a "la organización peculiar que haya adoptado" (art. 146 cuarto ROF). Entendemos que la referencia contenida en el art. 149.1.18 CE respecto a las especialidades organizativas autonómicas debe tener una interpretación extensiva a las locales. No existe ningún motivo que justifique un tratamiento distinto en ambos casos<sup>1833</sup>.

El art. 69.2 LBRL además aporta un argumento en favor de lo que aquí se afirma.

---

<sup>1831</sup> Un análisis de los procedimientos administrativos locales antes de la entrada en vigor de la LRJPAC puede hallarse en SANCHEZ ISAAC, J., *El procedimiento administrativo en la Ley de Bases de Régimen Local*, Bayer Hnos., Barcelona, 1987.

<sup>1832</sup> Entendemos que la potenciación de garantías o de buena administración que efectúe la Comunidad Autónoma será vinculante para los entes locales. Así, por ejemplo, si se extiende la necesidad de dictamen de órgano consultivo más allá de los supuestos recogidos por el procedimiento común. Niega esta posibilidad, sin embargo, BLANQUER CRIADO, D.V., *Consejo de Estado...*, op.cit., pp. 158 y ss.

<sup>1833</sup> Vid. al respecto GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ SALINAS, P., *Procedimiento administrativo local*, Tomo I, Abella, 1993, 2ª ed., quienes señalan que "Si las Entidades locales, en su calidad de Administraciones Públicas de carácter territorial tienen "potestad reglamentaria y de autoorganización" [art. 4.1a) LBRL], es indudable su potestad para dictar reglamentos que regulen el procedimiento ante las mismas, siempre - según el propio art. 4.1 a) LBRL - "dentro de la esfera de sus competencias".

Este precepto indica que "las formas, medios y *procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización* no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley". Este artículo da por supuesto que es posible regular una institución procedimental como la participación, en virtud de la potestad de autoorganización. No vemos inconveniente en que el factor organizativo permita disciplinar otros principios e instituciones procedimentales para adaptarlas a las necesidades locales.

Además, el ente local será competente para formalizar los procedimientos sectoriales en la medida en que ostente la competencia material, lo mismo que ocurre en el caso estatal o autonómico. En este sentido, la doctrina sentada por la STC 227/1988, repetidamente citada, es perfectamente aplicable a los entes locales. Más adelante volveremos sobre esta cuestión, al tratar de la perspectiva horizontal.

En definitiva, y en referencia exclusiva por el momento a la perspectiva vertical, los entes locales tienen competencia para, respetando la regulación estatal común y la de desarrollo autonómica, desarrollar, a su vez, el binomio bases estatales-desarrollo autonómico, estableciendo regulaciones generales de principios o instituciones procedimentales adaptadas a las necesidades locales. Como ya apuntamos, esta competencia local puede ser especialmente útil para la puesta en marcha de innovaciones, por ejemplo respecto al elemento participativo. En este sentido, la innovación local encuentra además apoyo en el art. 86.4 LRJPAC que establece que "conforme a lo dispuesto en las Leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos". Figuras como las de los Nucleos de Intervención Participativa o la del mediador

procedimental, ambas aludidas a lo largo del presente estudio, pueden encontrar su acomodo en las regulaciones locales que se dicten en el ámbito de la competencia procedimental.

En este punto debe reiterarse la observación ya efectuada a propósito de la regulación común estatal y de desarrollo autonómica. Las innovaciones o modificaciones que pretendan llevarse a cabo en el nivel local, respetando obviamente la normativa estatal y autonómica, deberán ser pensadas y ponderadas, teniendo en cuenta los beneficios y los costes que las mismas puedan generar. La decisión de añadir trámites o de modificarlos deberá sopesar el impacto que vaya a tener en la garantía de los ciudadanos y en el cumplimiento del deber de buena administración, así como los retrasos temporales y costos económicos que pueda provocar.

Finalmente, nos queda por considerar un último aspecto de la regulación procedimental local. Se trata de la necesidad de su formalización y el tipo de norma precisa. Respecto al primer aspecto, debemos reiterar lo que ya se dijo al referirnos a lo común estatal y al desarrollo autonómico. Consideramos que el desarrollo local de los principios e instituciones debe estar formalizado, por lo que aporta de seguridad jurídica y de orientación para regulaciones sectoriales. En cuanto al tipo de norma, creemos que las ordenanzas municipales pueden cumplir perfectamente el papel regulador en este ámbito<sup>1834</sup>. Aunque sostuvimos en su momento que en esta esfera existía una reserva material de Ley (art. 105 CE), la Ley común estatal y la autonómica de desarrollo la cubren. En consecuencia, no vemos ningún inconveniente en que la adaptación procedimental a las necesidades locales se realice mediante ordenanza. La norma local no deberá entenderse como el producto de una

---

<sup>1834</sup> Vid. en este sentido PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP/PAC)", en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1994, Madrid, pág. 22, nota 9.

remisión normativa estatal o autonómica, sino como el resultado del ejercicio de la potestad normativa local (art. 4.1 a LBRL), derivada de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (art. 140 CE), en el ámbito competencial local relativo al procedimiento administrativo<sup>1835</sup>. La ley estatal y autonómica no realizan una remisión sino que encuadran el ejercicio de la competencia procedimental municipal, dando sentido al art. 3.1 CEAL, el cual indica que por autonomía local se entiende "el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de *ordenar* y gestionar una parte importante de los asuntos públicos *en el marco de la ley*, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes"<sup>1836</sup>.

---

<sup>1835</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, L., "La autonomía local en la Constitución" en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 54 y ss.

<sup>1836</sup> Sobre las relaciones entre ley y norma local, desde una perspectiva general, vid. PAREJO ALFONSO, L., "El alcance de la potestad...", op.cit., pp. 91 y ss. En referencia específica a las relaciones entre la ley y los planes de ordenación urbanística, vid. PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 93 y ss.

3. **La perspectiva horizontal: competencias sobre procedimientos sectoriales. La decisión de formalizarlos o no. Ponderación de costes y beneficios en su formalización y diseño: el papel de la ley, del reglamento y de la ordenanza. La función de la Administración y de los tribunales respecto a los procedimientos no formalizados (remisión).**

Ahora bien, con la regulación de lo común y de su desarrollo autonómico y local no se agota el ámbito normativo de la materia procedimental. Como es sabido, la Administración actúa en numerosos y distintos campos, persiguiendo diversos y plurales intereses generales, para lo que necesita seguir en cada caso un cauce de actuación peculiar, adecuado a las finalidades pretendidas. Estos procedimientos pueden, y en algunos casos como veremos deben, estar formalizados en las respectivas normativas sectoriales, por el nivel territorial competente sobre la materia sustantiva, siempre, pero, con sujeción a los principios e instituciones establecidos en la regulación común y en su desarrollo autonómico y local. Antes de proceder a desarrollar los aspectos aquí sumariamente enunciados, una representación gráfica de lo dicho (a la que nos referiremos luego) podría ser la siguiente:

	<b>(A)</b>	/	<b>(B)</b>	/	<b>(C)</b>	
común	!desarrollo	/	!	/	!	
estatal	!autonómico	/	!función	/	!función	bases estatal.
(ppos.	! y local.	/	!normativa:estatal/	/	!normativa:	
inst.)	!	/	!	/	!	desarrollo auton.
-----	/	-----		-----		
<b>Procedim. admin. gral.</b>			materia w		materia x	
			procedim.sectorial 1		procedim.sectorial 2	
/			<b>(D)</b>		<b>(E)</b>	
/			!	/	!	
/			!función	/	!función	
/			!normativa:	/	!normativa:local	
/			!autonómica	/	!(+ autonómica y/o estatal en su caso)	
/			-----		-----	
			materia y		materia z	
			procedim.sectorial 3		procedim.sectorial 4	



En estos esquemas gráficos de competencias, como se recordará, el eje horizontal representa a la materia y el vertical a las funciones que recaen sobre la misma.

### **3.1 Competencia normativa de regulación de los procedimientos sectoriales.**

El art. 149.1.18 CE sólo se refiere, como ya sabemos, a la competencia autonómica sobre procedimiento en referencia a "las especialidades derivadas de la organización propia", sin aludir, por otro lado, a las competencias locales.

En cuanto al ámbito autonómico, las previsiones del art. 149.1.18 CE fueron recogidas en los Estatutos de Autonomía, algunos de los cuales añadieron a la previsión de las especialidades derivadas de la organización propia una referencia a las especialidades del Derecho sustantivo autonómico o, con terminología distinta, a las especialidades derivadas de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma<sup>1837</sup>.

El Tribunal Constitucional ha declarado en la repetidamente citada STC 227/1988, FJ 32, la posibilidad de las Comunidades Autónomas de legislar en materia de procedimientos especiales, vinculando esta actuación a la titularidad del régimen sustantivo de la actividad. En palabras de esta sentencia:

---

<sup>1837</sup> Vid. por ejemplo, en el primer caso, los estatutos vasco (art. 10), catalán (art. 9) o gallego (art. 27) y, en el segundo, los de Canarias (art. 32), La Rioja (art. 9) o Andalucía (art. 13).

"Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del "procedimiento administrativo común" (...) coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondiera en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo irrealizable de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones Autónomas si no dictan las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas de procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del régimen de sus competencias".

La transcripción de esta parte de la STC 227/1988 nos parece necesaria, por cuanto sienta una doctrina que, a nuestro juicio, es acertada. Es más, pese a que la sentencia no hace referencia al nivel local, como es lógico dado que se trataba de un conflicto de competencias entre Estado y Comunidad Autónoma, *la doctrina es perfectamente trasladable también a la esfera local, en referencia a aquellos procedimientos sectoriales conectados a ámbitos competenciales locales.*

En primer lugar, la sentencia se encarga de resaltar la necesidad de respetar, en todo caso, el "procedimiento administrativo común" estatal, tanto por parte de las normas sectoriales estatales<sup>1838</sup> como por parte de las normas sectoriales autonómicas<sup>1839</sup>. Respeto, que, añadimos nosotros, en el caso de las normas sectoriales autonómicas deberá extenderse al propio desarrollo autonómico de lo común - si existe, como es el caso, por ejemplo, de Cataluña, cuya regulación procedimental sectorial deberá respetar la LRJPAC y también la Ley 13/1989 -, y en el caso de las normas sectoriales locales comprenderá tanto la regulación común estatal, como el desarrollo autonómico, como, si existe, el desarrollo

---

<sup>1838</sup> En este sentido, vid. PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación y...", op.cit., pág. 30, LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pág. 114, y TORNOS MAS, J., "Título competencial...", op.cit., pág. 51, y "Algunas reflexions...", op.cit., pp. 14 y 15, aunque este último autor duda de la posibilidad de argumentar jurídicamente la prevalencia de la regulación estatal de lo común sobre una normativa estatal sectorial posterior.

La prevalencia de la regulación común estatal sobre la normativa sectorial posterior puede afirmarse usando el principio de la función como regla de relación entre leyes y normas en general, desarrollado por GOMEZ FERRER-MORANT, entre otros trabajos en su artículo "Relaciones entre Leyes: competencia, jerarquía y función constitucional", *RAP*, 1987, núm. 113, pp. 7 y ss. A esta teoría hacen referencia PAREJO ALFONSO y el propio TORNOS MAS, en los trabajos antes aludidos.

Como ya sabemos, el art. 149.1.18 CE debe ponerse en conexión con el art. 105 CE, que exige una concreta ley, y los arts. 9.3, 24.1, 31.2, y 103.1 CE. La normativa estatal común es una ley muy singular, *lex specialis* si se prefiere, exigida por la propia Constitución para fijar los principios e instituciones básicos que garanticen una uniformidad nacional respecto a las garantías procedimentales y los estándares de buena administración. Parece lógico que esta ley no pueda ser modificada por normas sectoriales posteriores, cuya tarea no es fijar esas garantías y estándares.

<sup>1839</sup> En este ámbito entra en escena el normal y conocido juego bases-desarrollo, donde, como es sabido, el segundo elemento del binomio no puede contravenir al primero.

general efectuado a nivel local de esa normativa<sup>1840</sup>.

En definitiva, los principios e instituciones contenidos en la normativa estatal común y en el desarrollo autonómico y local actúan como "argamasa" jurídica, como factor (flexible) de vertebración de todos los procedimientos sectoriales. Se puede lograr de este modo una aspiración largamente perseguida: el logro de la unidad en la diversidad. Este objetivo había sido infructuosamente perseguido por nuestra legislación<sup>1841</sup>. Primero por

---

<sup>1840</sup> La vinculación de la normativa sectorial autonómica y local al desarrollo de lo común efectuado encuentra los mismos problemas que vimos tenía la relación ley común-ley sectorial en el nivel estatal. La solución debe ser la misma, es decir, el necesario respeto de la regulación sectorial del desarrollo general local y/o autonómico.

<sup>1841</sup> La tensión uniformidad-flexibilidad en el ámbito de los procedimientos administrativos no ha sido un asunto exclusivo de nuestro país. En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, la misma cuestión se suscitó con ocasión de los trabajos preparatorios de la que luego sería la *Administrative Procedure Act* de 1946. Así, en el informe del *United States Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, la mayoría de este organismo fue de la opinión que la diversidad de las agencias federales y de sus misiones, estructuras, competencias y presupuestos impedían la adopción de cualquier tipo de código federal de procedimiento administrativo. Según este punto de vista, un código de tal tipo no sería de gran utilidad, pues debería limitarse a incorporar ideas muy generales y nada concretas, ante la heterogeneidad de funciones administrativas.

El punto de vista opuesto, que acabaría triunfando, lo sostuvo la minoría del citado comité. Desde esta segunda perspectiva, el logro de una uniformidad manteniendo la necesaria flexibilidad era posible a través de un código procedimental, siempre que este no descendiera a los detalles y se limitara a fijar los principios básicos que deberían guiar el comportamiento administrativo, acomodables en función de la concreta actividad a desarrollar. En palabras del citado informe [Report of Attorney General's Committee on Administrative Procedure, *Administrative Procedure in Government Agencies*, S. Doc. No. 8, 77 th Cong., 1st Sess. 214-215 (1941)]:

"In some quarters there is a fear of unduly hampering the freedom of action of administrative agencies, and a conviction that it is either impossible or unwise to provide by legislation for the great variety of administrative subjects and processes. The answer, we think, is to identify the few basic considerations and express them in legislative statements of policy, of principles, or of standards for the guidance of administrators, subject always to reasonable variation to meet varying needs...

...What is needed is not a detailed code but a set of principles and a statement of legislative policy. The prescribed pattern need not be, and should not be, a rigid mold. There should be ample room for necessary changes and full allowances for differing needs of different agencies.

Such a statement would be of invaluable assistance to the private persons on whom powers of government impinge, for they could learn more readily and clearly when, where, and how to proceed. Greater cooperation with Government officials would be assured. It would be of inestimable value to government itself by helping to alleviate the disrespect, distrust, and fear now felt by too large a percentage of citizens. Finally, there is a reason to believe that administrative officials would welcome the

la Ley de 1889 y, más tarde, por la LPA de 1958, que, como ya sabemos, contenía numerosos agujeros que impedían, en principio, la existencia de un esqueleto común a todos los niveles de poder (perspectiva vertical, puesto que no era aplicable en el nivel local) en toda clase de procedimientos (perspectiva horizontal en cada nivel, puesto que no era aplicable en el caso de los procedimientos especiales)<sup>1842</sup>. La LRJPAC tiene, en este sentido, mejor factura técnica, a pesar de algunas exclusiones incomprensibles, que ya han sido objeto de crítica con anterioridad y que no vamos a repetir aquí.

La existencia de un esqueleto de principios e instituciones como el proporcionado por la regulación estatal común y el desarrollo autonómico y local (vid. el gráfico (A) en la primera página de este apartado) proporciona seguridad jurídica<sup>1843</sup>, protección a los

---

assistance of general procedural instructions which, instead of leaving them groping in the dark, would furnish a pattern of action.

There is another and perhaps more important reason for formulating such a statement of the essentials of administrative procedure - a reason which involves the fundamentals of modern government. An adequate pattern of procedures is imperatively needed to serve as a guide to and check upon administrative officials in the exercise of their discretionary powers... No more satisfactory way can be found of minimizing abuses, or the fear of abuses, than by legislative statement of standards of administrative procedure to chart the course of action, to insure publicity of process, to give the citizen every reasonable opportunity to present his case, and to insure that public officials act under circumstances calculated to produce a fair and prompt result".

Como destaca BONFIELD, A., *State administrative...*, op.cit., pág. 26, el dato clave a retener es que una buena ley general de procedimiento administrativo "does not and should not seek to bind administrative agencies with a mass of minor detail. Instead, it should seek only to deal with major matters, to secure the minimum fundamentals of a fair procedure in all circumstances, and to provide within the Act itself sufficient flexibility to assure a fair accommodation of the competing values in agencies of diverse missions, substantive powers, structures and financing".

<sup>1842</sup> Aunque como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia reinterpretaban la LPA de 1958, en el sentido de considerarla una norma aplicable como marco general en todo tipo de procedimientos.

<sup>1843</sup> Evitando el peligro de la "balcanización" del Derecho administrativo, que puede provocar un descenso de la calidad de las decisiones administrativas y de la protección de los particulares. Como pone de relieve SCALIA, A., "Vermont Yankee...", op.cit., pág. 402, la normativa sectorial no acostumbra a preocuparse de la corrección del procedimiento administrativo, sino de la actuación substantiva, pasando el procedimiento en esas regulaciones sectoriales a ser, en muchas ocasiones,

particulares y, además, puede mejorar substancialmente la calidad del desarrollo de las funciones administrativas, contribuyendo al cumplimiento del deber constitucional de buena administración<sup>1844</sup>.

La regulación estatal-autonómica-local de lo común más desarrollo se aplica en todo caso, sea cual sea el ámbito de actuación administrativa. Así, si sobre la materia recae una competencia normativa estatal *exclusiva* (gráfico (B)), el Estado será competente para regular el procedimiento relativo a la actividad administrativa en ese ámbito material, aunque, insistimos, con sujeción a los principios e instituciones de la normativa común. Tomemos, por ejemplo, la materia aludida en el art. 149.1.26 CE como "régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos". El Estado ostenta competencia exclusiva sobre la misma. En desarrollo de este precepto constitucional, el art. 6 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, señala que "la Administración del Estado establecerá los requisitos y condiciones de la fabricación y reparación de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales; explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos; así como los de su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación; su tenencia y utilización. Del mismo modo podrá adoptar las medidas de control necesarias para el cumplimiento de aquellos requisitos y

---

una cuestión secundaria.

Este papel de la regulación general como factor de potenciación de la seguridad jurídica es puesto de relieve en la Exposición de Motivos de la Ley catalana 13/1989, de 14 de diciembre, al indicar que "La Llei té, també, una tendència unificadora perquè incorpora disposicions que hi havien disperses en diverses normes de la Generalitat; amb això facilita la tasca dels operadors jurídics i garanteix als administrats el principi de seguretat jurídica, mitjançant la seva positivització concreta i unificada".

<sup>1844</sup> Resalta estos tres aspectos, BONFIELD, A., "Administrative Procedures...", op.cit., pág. 849, señalando, literalmente, que una ley general "can substantially improve the quality of government administration". En el mismo sentido, resaltando la importancia de una regulación general del procedimiento administrativo como factor de límite y estructuración de la discrecionalidad, vid. CASSESSE, S., "Legislative regulation...", op.cit., pp. 16 y ss.

condiciones". Pues bien, el procedimiento administrativo para el desarrollo de estas medidas de control - por ejemplo, necesidad de una autorización para usar armas de fuego - corresponde establecerlo al Estado, aunque con sujeción, en todo caso, a los principios e instituciones de la regulación común (LRJPAC y, en su caso, otras leyes, como, por ejemplo, la LOCE).

Cuando la competencia sobre una determinada materia sea *concurrente* (gráfico (C) contenido en la primera página de este apartado), el Estado podrá establecer la normativa básica de procedimiento administrativo en el sector (de acuerdo con la regulación común) y la Comunidad Autónoma podrá, además de ajustar el procedimiento a sus especialidades organizativas, dictar normativa de desarrollo procedimental (si ha asumido competencias sobre la materia en su Estatuto), la cual deberá respetar no sólo la regulación común estatal de procedimiento, sino también la normativa autonómica, si existe, dictada en desarrollo del procedimiento común. Tomemos como ejemplo de este caso el apartado 149.1.11 CE, que reserva al Estado las bases sobre la materia "ordenación del crédito, banca y seguros". El Estado puede dictar normas básicas procedimentales de ordenación de seguros, por ejemplo, respetando los principios e instituciones comunes. La Comunidad Autónoma catalana, que ha asumido la competencia en el sector en el art. 10.1.4 de su estatuto, puede desarrollar la regulación básica procedimental del sector (si existe), siempre de conformidad con los principios e instituciones del "procedimiento administrativo común", por un lado, y de la Ley 13/1989, como desarrollo autonómico de lo común, por otro<sup>1845</sup>.

---

<sup>1845</sup> GONZALEZ NAVARRO, F., voz "Procedimiento administrativo", op.cit., pág. 5154, destaca que cuando existe competencia concurrente sobre una materia "*nada se opone a que puedan dictar por vía legislativa o reglamentaria las oportunas normas de procedimiento en tanto que el Estado no las haya establecido ya o las establezca en el futuro*", en referencia a las Comunidades Autónomas. Parece desprenderse de las palabras del autor que la normativa autonómica no sería posible si existe ya normativa procedimental estatal en el sector, o que sería desplazada por ella en el futuro cuando el Estado la dictara, caso de no existir en el presente. Si esta interpretación que

Cuando la competencia autonómica sobre una materia sea *exclusiva* (supuesto plasmado en el gráfico (C)), la Comunidad Autónoma dictará las normas procedimentales que considere oportunas<sup>1846</sup>, siempre con la obligación de respetar tanto el núcleo común estatal<sup>1847</sup> como la regulación de desarrollo general autonómica en su caso dictada.

En este supuesto, podemos tomar como ejemplo la competencia autonómica en materia urbanística. Por seguir con el caso catalán, el art. 9.9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña recoge la competencia exclusiva sobre las siguientes materias "ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda". Respecto a urbanismo, pues, la Comunidad Autónoma catalana goza de competencia exclusiva frente al Estado, lo que no significa, por otro lado, que el nivel local se vea desprovisto de competencias en este ámbito<sup>1848</sup>. En consecuencia, la Comunidad Autónoma es competente para regular los procedimientos administrativos en este ámbito, *aunque en todo caso, con sujeción a la normativa común y a la Ley 13/1989*<sup>1849</sup>.

---

efectuamos es correcta, no compartimos esta opinión. Existan bases estatales o no, la Comunidad Autónoma con competencias en el sector puede dictar normas procedimentales, que - respetando, insistimos, el núcleo estatal común y el desarrollo general autonómico, si existe - desarrollen las bases estatales en el sector - existentes ya o, en caso contrario, inferidas por la Comunidad de la legislación vigente, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (por todas, STC 32/1981, de 28 de julio); si no existen y son dictadas en el futuro por el Estado, las bases no desplazarán al desarrollo autonómico previo, que será correcto en la medida en que sea compatible con esas bases.

<sup>1846</sup> En este sentido, GONZALEZ NAVARRO, F., voz "Procedimiento administrativo", op.cit., pág. 5154, quien señala que "el artículo 149.1.18 CE reconoce a *las Comunidades Autónomas potestad normativa para regular, en el ámbito de su territorio y conforme a los principios y reglas de la LPA, cualquier procedimiento administrativo relativo a materias asumidas con carácter exclusivo*, en el caso de que ello se considerara necesario...". (Los subrayados proceden del original). Vid. también la STS de 6 de noviembre de 1986 (Ar. 7815).

<sup>1847</sup> En este sentido, vid. GONZALEZ PEREZ, J., "Incidencia de la nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas en la legislación urbanística", *RAP*, núm. 132, 1993, pp. 11 y ss.

<sup>1848</sup> Vid. al respecto PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 54 y ss., y lo que se dice más adelante en el texto.

<sup>1849</sup> Así lo ha hecho mediante el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio.



Al hilo de esta exposición conviene efectuar algunas reflexiones sobre la actual normativa estatal en el ámbito urbanístico. Como es sabido, la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró nulos gran parte de los preceptos contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Sin embargo, diversos artículos fueron declarados subsistentes. Entre ellos, en lo que nos interesa ahora, como ya pusimos de relieve, el art. 113 referido a la información pública y a la audiencia a la Administración del Estado, en aquellos aspectos que sean de su competencia y a las Entidades locales afectadas en el caso de los Planes Directores Territoriales de Coordinación.

Tras la sentencia constitucional, el Estado promulgó una nueva ley, la 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. La exposición de motivos advierte que es una "indiscutible competencia" estatal el procedimiento común, mientras la Disposición Final Única se apoya en el art. 149.1.18 como uno de los títulos competenciales que justifican la promulgación de esta normativa. Sin embargo, si acudimos al texto de la ley, sólo un precepto alude a cuestiones conectadas con el procedimiento de toma de decisiones en el ámbito urbanístico. Se trata del art. 6, que señala que "la legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión", el cual tiene la consideración de básico (Disposición Final Única).

Esta nueva ley ha venido a añadirse, pues, al confuso panorama urbanístico. El procedimiento administrativo común en materia urbanística se encuentra ahora repartido en diversas normas: la LRJPAC, el Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (art. 113) y la ley 6/1998, de 13 de abril (art. 6). Por otro lado, el Reglamento de planeamiento contiene diversas previsiones acerca de los documentos que deben incorporar los planes urbanísticos (Memoria, estudios económico-financieros...), aunque la cobertura legal que ofrecía el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, ha desaparecido tras la citada sentencia del TC,

que declaró nulos los preceptos legales equivalentes (así, arts. 72 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio)<sup>1850</sup>.

Pero además de la dispersión llama la atención, en nuestra opinión la *insuficiencia* de la normativa estatal común. Es cierto que el art. 113 del Real Decreto Legislativo 1/1992 alude a la información pública y a la audiencia de otras Administraciones implicadas, recogiendo así los *principios de participación ciudadana y de coordinación* (arts. 105 y 103.1 CE, respectivamente). Pero, ¿por qué se ha circunscrito esta referencia sólo a los Planes Directores Territoriales de Coordinación?. Entendemos que la referencia debería ser extensiva a toda clase de instrumentos urbanísticos<sup>1851</sup>. La Ley 6/1998, de 13 de abril, ha compensado, respecto al principio de participación, la insuficiencia denunciada, con el ya citado art. 6.

Sin embargo, quedan subsistentes diversas lagunas. Aparte del ya citado *principio de coordinación*, limitado inexplicablemente a un tipo de planes, la normativa urbanística no realiza ninguna alusión a distintas instituciones conectadas con el procedimiento común. Es el caso de la *función consultiva*<sup>1852</sup>. Por otro lado, la exigencia de diversos documentos,

---

<sup>1850</sup> Todas estas previsiones fueron calificadas por el propio Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, como *supletorias* (Disposición Final Única, apartado tercero). Entendemos que esta calificación era errónea, pues supuestos como la exigencia de Memoria o de Estudios Económicos y Financieros en los planes están conectadas a diversos preceptos constitucionales (por ejemplo 9.3 ó 31.2), posibilitan el cumplimiento del deber constitucional de buena administración y se hallan incluidos, a nuestro entender, en la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común del art. 149.1.18 CE. Sin embargo, esta consideración de supletoriedad ha conducido a que el Tribunal Constitucional, sin ulteriores razonamientos, aplicara su doctrina al respecto y declarara inconstitucionales los preceptos referidos.

<sup>1851</sup> La propia STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 c, señala esta posibilidad, que nosotros entendemos que es necesidad derivada del art. 149.1.18 CE.

<sup>1852</sup> Recordemos que, como ya hemos expuesto, la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró nulo el art. 120 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que preveía el despliegue de la función consultiva en el caso de modificación de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el plan. Si se considera que esta intervención de la función consultiva está conectada con el procedimiento administrativo común - y nosotros, como sostuvimos, así lo

como la Memoria o los Estudios Económicos y Financieros, conectados al deber constitucional de buena administración como ya pusimos de relieve, se encontraban regulados en el Real Decreto Legislativo 1/1992 y en el Reglamento de Planeamiento, pero no lo están ahora en la Ley 6/1998, de 13 de abril. Si estas previsiones deben formar parte del procedimiento administrativo común como nosotros creemos - dada su relación con los principios constitucionales de racionalidad, objetividad o eficiencia - entonces su regulación reglamentaria vulneraría la reserva legal del art. 105 CE y además sería contraria a la jurisprudencia constitucional referida al rango normativo preciso para las bases estatales. En consecuencia, si que quiere mantener su carácter de procedimiento administrativo común deberían incorporarse en una norma con rango de ley como la Ley 6/1998, de 13 de abril.

Finalmente, es posible que sobre una determinada materia incida la *competencia local* (supuesto contemplado en el gráfico (E)). En tal caso, la competencia para regular el procedimiento administrativo en ese ámbito material corresponderá al ente local, quien, además de introducir las especialidades derivadas de su organización, podrá diseñar el procedimiento de actuación a seguir en el desarrollo de sus funciones. No parece preciso insistir en que, naturalmente, esa regulación deberá respetar el núcleo común estatal, el desarrollo autonómico de éste, suponiendo que exista, y el desarrollo local general, en su caso. Así, por ejemplo, el art. 140 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña contempla el derecho de información de los ciudadanos sobre las actividades de los entes locales. En el apartado cuarto de este precepto se especifica que "el procedimiento para ejercer el derecho de información se ha de regular por acuerdo del pleno. En cualquier caso, la denegación ha de ser motivada y justificada de acuerdo con los

---

entendemos dados los valores, incluso de rango constitucional (arts. 45 y 47 CE), envueltos - entonces la Ley 6/1998, de 13 de abril, ha desperdiciado una importante oportunidad para reintroducirla.

supuestos establecidos legalmente". En este ámbito existe, pues, una competencia local para regular el procedimiento, aunque esa normativa local deberá respetar los principios e instituciones estatales comunes, la Ley 13/1989 (que exige la motivación de *todos* los actos administrativos) y, en caso de existir, la ordenanza municipal que desarrolle esos principios e instituciones estatales y autonómicos, en ejercicio de la competencia general sobre procedimiento.

En otras ocasiones, la normativa procedimental local coexistirá con normativa sectorial estatal y/o autonómica. Volvamos al ejemplo urbanístico. Si bien la Comunidad Autónoma catalana goza de competencia exclusiva frente al estado en esta materia (art. 9.9 Estatuto de Autonomía)<sup>1853</sup>, no es menos cierto que los municipios ostentan una *competencia propia* en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (art. 63.2 d) Ley 8/1987, de 15 de abril, art. 12 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, arts. 3.1 y 4.4 CEAL). Así, en el caso, por ejemplo, de la ordenación urbanística, la regulación contenida en el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, relativa a la planificación urbanística, puede ser desarrollada mediante ordenanza local, la cual, sin vulnerar el núcleo estatal común, la Ley 13/1989, la ordenanza general sobre procedimiento administrativo - si existe - y el Decreto Legislativo citado, puede no sólo establecer especialidades derivadas de la organización del concreto municipio, sino, incluso, diseñar especialidades en desarrollo de su competencia de ordenación urbanística.

Pensemos por ejemplo en nuevas fórmulas de participación ciudadana en la toma de decisiones relativas a la ordenación urbanística. Respetando el art. 6 de la Ley 6/1998, de 13 de abril ("la legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de

---

<sup>1853</sup> Aunque, como ya se dijo, se debe respetar la normativa de procedimiento administrativo común estatal en el sector.

planeamiento y gestión...") y la legislación autonómica y la ordenanza de procedimiento, si existiere, entendemos plenamente ajustado a Derecho que un Municipio decida desarrollar la legislación común y autonómica promulgando una ordenanza que regule nuevas fórmulas participativas en la elaboración de los plenes de urbanismo. Mientras se respete la necesaria existencia de participación *antes* de la toma de la decisión y la obligación de tener en cuenta las alegaciones formuladas (art. 103.1 CE, principio de contradicción de la LRJPAC), contestándolas de forma razonada *antes* de decidir (art. 86.3 LRJPAC), entendemos que el Municipio puede acudir, si lo desea a fórmulas innovadoras de participación (Núcleos de Intervención Participativa, etc.).

En todo caso, sin embargo, será necesaria la ponderación de las ventajas (incremento de las garantías de los ciudadanos, de la probabilidad del logro de una buena administración, de la potenciación de los principios de transparencia y democrático) y desventajas (coste económico, retrasos temporales, etc.) aportadas por la nueva regulación<sup>1854</sup>.

-----

En definitiva, para conocer la distribución competencial relativa a las normas de procedimiento en una materia determinada, deberemos analizar, primero, como están distribuidas las funciones sobre esa materia. La competencia sobre normas procedimentales seguirá los pasos de la competencia sobre la función normativa sustantiva en esa materia, con respeto obligado, en todo caso, de la regulación estatal común y del desarrollo autonómico y local de la misma.

---

<sup>1854</sup> Sobre la necesidad de esta ponderación, vid. en detalle *infra* en este mismo epígrafe el apartado c).

Una vez determinada la existencia y alcance de la competencia sectorial sobre procedimiento administrativo del Estado, la Comunidad Autónoma o el ente local, el siguiente paso será inquirir sobre *la necesidad o no de que el nivel competente - sea cual fuere - formalice el procedimiento*, así como determinar el *diseño y contenido* - es decir, el tipo de trámites - que, en su caso, esa formalización deba tener. Finalmente, en caso de no ser obligatoria la formalización y no producirse esta, deberemos interrogarnos sobre *qué régimen jurídico será aplicable a esos procedimientos sectoriales no formalizados*. Pasamos ahora a considerar estos aspectos, desde una perspectiva general.

**a) Reserva de Ley y obligada formalización del procedimiento. El papel de la Ley, del Reglamento y de la Ordenanza en la formalización procedimental.**

La primera de las cuestiones aludidas se refería a la necesidad jurídica o no de formalizar un procedimiento sectorial por parte del nivel territorial - estatal, autonómico, local - competente. En nuestra opinión, *tal formalización será imprescindible cuando la materia concreta esté sometida a reserva de ley*. Consideramos que la existencia de una reserva legal implica dos consecuencias en relación al procedimiento administrativo. En primer lugar, supone que el procedimiento de actuación de la Administración en ese sector de la realidad deberá ser regulado, es decir formalizado. En segundo lugar, esa formalización deberá efectuarse por un tipo de norma determinado, con rango de ley. Creemos que la reserva de ley, cuando existe, abarca tanto la materia sustantiva, (qué debe hacer la Administración), como el procedimiento, (cómo debe desarrollar su actuación la Administración)<sup>1855</sup>.

La razón de ser de la reserva de ley respecto a los procedimientos administrativos sectoriales es la misma que en referencia al contenido sustantivo. Determinadas materias y procedimientos deben ser regulados por ley, puesto que el cauce parlamentario de elaboración de la norma va a permitir el pluralismo político, el juego mayoría-minorías, mediante una discusión pública de los temas<sup>1856</sup>.

---

<sup>1855</sup> En el mismo sentido, vid. SIMOES GONÇALVES LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pág. 209, quien señala que "a reserva de lei assume nao apenas uma dimensao formal, mas também procedimental".

<sup>1856</sup> Vid. por todos TORNOS MAS, J., "El principio de legalidad...", op.cit., pág. 71 y STARCK, C., "Droits fondamentaux, État de Droit et Principe Démocratique en tant que fondements de la procédure administrative non contentieuse", *ERPL*, número especial, 1993, pág. 49.

Esta primera afirmación nos obliga a profundizar más en esta cuestión, puesto que, en primer lugar, deberemos interrogarnos sobre *cuándo existirá reserva de ley* en referencia a un procedimiento administrativo sectorial, y, en segundo lugar, existiendo ésta, deberemos plantearnos *qué alcance ha de tener esa reserva legal*, así como el papel que pueda desempeñar el reglamento administrativo.

En cuanto a la primera vertiente aludida, cuándo un procedimiento administrativo estará sometido a reserva de ley, diversas posturas pueden aquí ser sostenidas. Cabría, en primer lugar, afirmar que los procedimientos administrativos sectoriales nunca estarán sometidos a reserva de ley. En segundo lugar, sería posible entender que siempre será preciso que los mismos estén formalizados y además por norma con rango de ley. Por último, podría pensarse que sólo existirá reserva de ley respecto a determinados procedimientos sectoriales. Analicemos las tres variantes.

Una primera respuesta al interrogante sobre la existencia de reserva de ley procedimental podría ser respondida afirmando la innecesariedad de formalizar mediante ley procedimiento sectorial alguno. Las razones que podrían avalar esta postura descansarían en la consideración del procedimiento administrativo como una materia *ad intra*, sobre la que no operaría la institución de la reserva de ley, pudiendo, no ya debiendo, ser formalizado cualquier procedimiento sectorial por la propia Administración. Este punto de vista tendría raíces históricas. Así, BULLINGER ha explicado que si bien antes de fines del siglo XIX la concepción del Estado de Derecho incluiría la forma y manera de plasmar en la realidad social concreta los principios jurídicos, hacia fines del siglo pasado el principio de Estado de Derecho sufrió un *estrechamiento*. La doctrina alemana pasó a excluir el procedimiento de las consideraciones del Estado de Derecho. La reserva de ley sólo adquiriría sentido para objetos de especial importancia, es decir, cuando se trataba de intervenir materialmente en



la esfera de libertad de los ciudadanos pero no para el procedimiento mediante el que se realizaba esa intervención. El procedimiento administrativo no estaba sometido a reserva de ley sino que pertenecía a un ámbito en el que la Administración era "libre en sí misma" y actuaba "por su propia fuerza". En esta visión el procedimiento pasaba a ser "potestad doméstica" del monarca y de la Administración<sup>1857</sup>.

Esta perspectiva enlazaría con una tradicional distinción entre reglamentos *ad intra* y *ad extra*, en la que los primeros, llamados administrativos y referidos a aspectos internos de la Administración, podrían ser independientes, en tanto que los segundos, llamados jurídicos y con vinculación para terceros, sólo podrían ser ejecutivos<sup>1858</sup>.

Consideramos, sin embargo, que tal enfoque del tema sería erróneo. Como ya desarrollamos en el segundo capítulo de este estudio, el procedimiento administrativo no es una institución puramente interna, sin efectos fuera del entramado administrativo. Los procedimientos administrativos no sólo promueven la buena administración sino que, además, son garantía de los derechos e intereses de los particulares que se relacionan con el aparato administrativo. En consecuencia, debe rechazarse esa visión del procedimiento como algo con trascendencia exclusivamente interna. De la misma manera que no puede aceptarse esa distinción entre reglamentos administrativos y jurídicos, sin base en nuestro actual ordenamiento jurídico<sup>1859</sup>. Por tanto, no cabe afirmar que en ningún caso los procedimientos sectoriales deberán ser formalizados por ley.

Una segunda respuesta al interrogante planteado, igualmente extrema y en nuestra

---

<sup>1857</sup> BULLINGER, M., "La Administración al ritmo...", op.cit., pp. 90 y ss.

<sup>1858</sup> Vid. sobre esta distinción, por ejemplo, EMBID IRUJO, A., "Potestad...", op.cit., pp. 106 y 107.

<sup>1859</sup> En este sentido EMBID IRUJO, A., "Potestad...", op.cit., pág. 107.

opinión errónea, podría ser la de considerar que, en todo caso, los procedimientos sectoriales deben ser objeto de formalización por ley. Un argumento a esgrimir a favor de ello sería el art. 105 c) que sostiene que "la ley regulará (...) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos", así como el apartado a) del mismo precepto que también exige ley para regular la audiencia de los ciudadanos "en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten"<sup>1860</sup>.

Tampoco consideramos acertado este punto de vista. Es cierto que, como ya dijimos en su momento, el art. 105 CE contiene una reserva de ley procedimental, *pero esta reserva sólo se refiere al esqueleto de principios e instituciones incluido en la regulación común estatal y en el desarrollo autonómico*. No creemos razonable sostener que la intención del art. 105 CE es crear una reserva de ley que cubra *absolutamente todos* los procedimientos administrativos sectoriales. Una reserva de tal tipo crearía una *rigidez innecesaria*, puesto que los tipos de procedimientos administrativos son muy variados, su importancia muy diferente y los intereses y derechos afectados por la actuación administrativa variopintos. La necesidad de que el legislador formalizara todos y cada uno de los cauces de actuación de la actividad administrativa provocaría, probablemente, el colapso de ésta, que no podría desarrollarse en el servicio a los intereses generales en tanto no existiera la ley procedimental correspondiente.

---

<sup>1860</sup> Parecerían suscribir esta opinión BAÑO LEON, J.M., *La potestad reglamentaria...*, op.cit., pág. 206, quien afirma que "no cabe ninguna duda de que el procedimiento administrativo tampoco está en la disponibilidad del reglamento independiente. Además de la reserva formal que supone la Ley de Procedimiento Administrativo, el artículo 105 de la CE garantiza la intervención del legislador", ESCUSOL BARRA, E., y RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, J., *Derecho Procesal...*, op.cit., pág. 108, quienes sostienen que "el artículo 105 c) de la Constitución establece una reserva de ley en materia de procedimiento administrativo. Por ello los procedimientos especiales tienen necesariamente que estar establecidos en una norma con rango de Ley", o BETANCOR RODRIGUEZ, A., "La adecuación...", op.cit., pág. 184, quien señala que el art. 105 c) CE "cubre la materia procedimental con el manto de la reserva material de ley".

Finalmente, una tercer postura, que nos parece la adecuada, sería entender que existirá reserva de ley respecto a un procedimiento administrativo sectorial - y, en consecuencia, obligación de formalizarlo por el legislador - *cuando haya reserva de ley en una materia específica*. Ésta nos parece una solución intermedia, ajustada al ordenamiento jurídico, que permite evitar la disociación entre materia sustantiva y aspectos procedimentales. Ambas facetas están conectadas y deberán ser reguladas por ley cuando exista en nuestra Constitución una reserva de ley específica que así lo exija<sup>1861</sup>.

Este es el caso, por ejemplo, de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.1 CE, pues "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades". Ley que, además, en el caso de los derechos recogidos en los arts. 15 a 29 CE deberá ser orgánica (art. 81.1 CE).

La relación entre *derechos fundamentales y procedimiento administrativo* merece una consideración específica. La existencia de un derecho fundamental, sometido como sabemos a reserva de ley, implica, por de pronto, *la obligación del legislador de regular, en su caso, el procedimiento de injerencia administrativa en tal derecho*<sup>1862</sup>. El contenido de los derechos fundamentales está constituido por una dimensión *material* y otra *procedimental*, ambas estrechamente relacionadas<sup>1863</sup>. Esta estrecha relación puede articularse de dos

---

<sup>1861</sup> Se sigue en este punto a aquéllos autores que rechazan la existencia de una reserva legal global para todo aquello que afecta a la libertad y propiedad o el libre desarrollo de la personalidad. Vid. en este sentido, por ejemplo, DE OTTO, I., *Derecho Constitucional...*, op.cit., pág. 155, y EMBID IRUJO, A., "Potestad...", op.cit., pp. 96 y 97.

<sup>1862</sup> Como señala SIMOES GONÇALVES LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pág. 154 y ss., los derechos fundamentales ponen límites a la acción administrativa informal. Vid. también pág. 229. En idéntico sentido, vid. SCHMIDT-ASSMAN, E., "El procedimiento administrativo. Entre el principio del Estado de Derecho y el Principio Democrático", en BARNES, J. (Coord.), *El procedimiento...*, op.cit. pág. 329.

<sup>1863</sup> Resaltando esta doble faceta de los derechos fundamentales, SIMOES GONÇALVES LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pág. 213, con cita de doctrina alemana, y SCHMIDT-ASSMAN, E., "El procedimiento administrativo...", op.cit., pág. 328.

modos.

En primer lugar, el procedimiento actúa como *elemento garantizador o de protección* del derecho fundamental<sup>1864</sup>. El legislador puede autorizar una injerencia administrativa, incluso de tipo discrecional<sup>1865</sup>, siempre que lo haga con el objetivo de satisfacer condiciones constitucionalmente establecidas, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y respetando el contenido esencial del derecho<sup>1866</sup>. Sin embargo, la regulación legal de esa intervención administrativa debe lograr un adecuado equilibrio entre la apertura de espacios discrecionales y la protección de los derechos fundamentales<sup>1867</sup>. En el logro de ese difícil equilibrio, la regulación del procedimiento administrativo permite conjugar el adecuado servicio a los intereses generales, introduciendo la flexibilidad precisa mediante la habilitación de poderes discrecionales, con la imprescindible garantía de los derechos fundamentales, a través de la formalización legal del iter procedimental a seguir por la Administración.

En segundo lugar, el procedimiento administrativo - superando la clásica perspectiva defensiva del estado liberal, ínsita en la faceta garantista aludida - puede ser el mecanismo que, además de proteger al derecho fundamental, permita y facilite su *efectividad*. En este caso, la reserva de ley del art. 53.1 CE contendría una *vinculación positiva* para el legislador, quien recibiría el mandato de lograr el despliegue de la total eficacia del derecho

---

<sup>1864</sup> En tal sentido, vid. STARCK, C., "Droits fondamentaux...", op.cit., pp. 32 y 44, señalando como la protección de los derechos fundamentales se efectúa *en y mediante* el procedimiento administrativo. También SIMOES GONÇALVO LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pp. 186 y 211.

<sup>1865</sup> Así, BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 189 y ss.

<sup>1866</sup> Vid. al respecto el trabajo de MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

<sup>1867</sup> En tal sentido, SARMIENTO ACOSTA, M.J., "Control de la discrecionalidad...", op.cit., pp. 205 y ss.

fundamental, mediante la articulación de los mecanismo *organizativos y procedimentales* precisos a tal fin<sup>1868</sup>.

En Alemania, este aspecto ha sido objeto de atención por la jurisprudencia y por la doctrina. Se habla en aquel país de derechos fundamentales sujetos a la "reserva de un procedimiento", para referirse a derechos fundamentales cuyo ejercicio está necesitado de la revisión o reconocimiento del Estado<sup>1869</sup>. El legislador está constitucionalmente obligado a desarrollar el pertinente procedimiento administrativo que permita que estos derechos puedan ser efectivos, que su ejercicio pueda ser realidad<sup>1870</sup>.

La misma vinculación positiva del legislador puede sostenerse en nuestro ordenamiento, a la vista de la estructura de determinados derechos fundamentales. A algunos de ellos ha hecho ya referencia la jurisprudencia constitucional. Así, la STC 12/1982, de 31 de marzo, se planteó, a través de un recurso de amparo de "Antena 3, S.A.", la licitud constitucional del monopolio establecido para el Estado en materia de televisión por la Ley 4/1980. En el voto particular a la sentencia, formulado por Francisco RUBIO LLORENTE, se afirmó que los derechos fundamentales contenidos en el art. 20.1 a) y 20.1 d) CE conllevan el derecho a crear los medios de comunicación precisos para desarrollar esas libertades. Ello comporta que sea necesario que el legislador establezca una *normas de*

---

<sup>1868</sup> Subraya esta faceta de la vinculación del legislador al art. 53.1 CE, MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, op.cit., pp. 1 y ss. Vid. también HABERLE, P., en LOPEZ PINA, A. (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia, Italia*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 99 y ss., conectando el art. 9.2 CE con el 53.1 CE.

<sup>1869</sup> En este sentido, vid. SCHMIDT-ASSMANN, E., "El procedimiento administrativo...", op.cit., pág. 329, citando los derechos de creación de centros docentes (art. 7.IV GG), objeción de conciencia (art. 4.III GG), asilo (art. 16.II.2 GG) y libertad de radiodifusión (art. 5.I.2 GG). Por su parte, OSSENBÜHL, citado por SIMOES GONÇALVES LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pág. 208, habla de "derechos procedimentalmente dependientes".

<sup>1870</sup> Vid. HABERLE, P., en LOPEZ PINA, A. (Dir.), *La garantía constitucional...*, op.cit., pp. 328 y ss.

*organización*: es ésta una obligación constitucional derivada de los derechos mencionados, puesto que los mismos no son simplemente derechos reaccionales y su efectividad requiere normas de organización.

El mismo año, la STC 15/1982, de 23 de abril, conoció de un recurso de amparo dirigido a obtener la protección constitucional del derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2 CE), a pesar de que no existía la legislación a que se remite el texto constitucional. La sentencia, en sus FFJJ 6 y 7 afirmó que el derecho del art. 30.2 CE exigía medidas legislativas para su plena aplicabilidad y eficacia, en concreto la regulación de un *procedimiento* que permitiera su efectividad<sup>1871</sup>.

En definitiva, la reserva de ley en el ámbito de los derechos fundamentales tiene una doble vertiente, material y procedimental. Respecto a esta última, la reserva legal implica que el legislador deberá formalizar el procedimiento administrativo relativo a la actividad de la Administración que afecte a algún derecho. Esta regulación procedimental permitirá tanto la protección del derecho frente a la injerencia administrativa como, en su caso, la plena efectividad del ejercicio del mismo, cuando éste se halle supeditado a la realización por parte de la Administración de algún tipo de actividad.

La doble virtualidad del procedimiento administrativo respecto a los derechos fundamentales demuestra la importancia de aquél. Lo que nos conduce a afirmar *la necesidad de que la regulación realizada por el legislador, al formalizar el procedimiento sectorial en cumplimiento de la reserva legal, sea especialmente cuidadosa y esmerada*<sup>1872</sup>. La

---

<sup>1871</sup> VILLAR ROJAS, F., "Caducidad de la prestación social sustitutoria de los objetores de conciencia", *RAP*, núm. 137, 1995, pág. 439, cifra la clave de las garantías de este derecho en el procedimiento administrativo que se articule, "de forma que el procedimiento de declaración no sea tan restrictivo en cuanto a legitimación y motivación que lo haga inoperante".

<sup>1872</sup> Subraya este punto BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 233 y ss.

normativa deberá lograr la óptima protección y efectividad del derecho fundamental, abriendo al mismo tiempo, en su caso, los necesarios espacios discrecionales a la Administración<sup>1873</sup>. El legislador debe ser consciente de su responsabilidad en el diseño de procedimientos administrativos que protejan y potencien el ejercicio de los derechos fundamentales. En cualquier caso, *la regulación normativa podrá ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, quien decidirá en última instancia si el procedimiento diseñado por el legislador es adecuado para cubrir la reserva legal.*

En este sentido, es interesante traer a colación varias sentencias del Tribunal Constitucional recaídas a propósito de diversas leyes autonómicas reguladoras del mecanismo autorizador para la apertura de grandes establecimientos y centros comerciales. Existe en este ámbito una afectación por la actividad administrativa del derecho contemplado en el art. 38, sometido a reserva de ley (art. 51.3 y 53.1 CE)<sup>1874</sup>. Algún autor ha llegado, incluso, a cuestionar la validez de aquella legislación autonómica que contempla una amplia discrecionalidad en la concesión de este tipo de licencias, alegando una posible vulneración de la reserva legal referida a la libertad de empresa<sup>1875</sup>.

Sin embargo el TC, cuando ha debido enfrentarse a impugnaciones de esta legislación, ha negado la vulneración de la reserva legal pese a la consagración por el legislador de una

---

<sup>1873</sup> SCHMIDT-ASSMANN, E., "El procedimiento administrativo...", op.cit., pp. 330 y 331, subraya que "la dogmática del procedimiento administrativo se hace más efectiva respecto de los derechos de libertad si se pone el acento en una esmerada regulación y observancia del procedimiento mismo tanto más precisa cuanto más permeable sea el contenido jurídicamente protegido del derecho fundamental de que se trate a la intervención estatal no estructural".

<sup>1874</sup> Respecto a la libertad de empresa y a la reserva legal referida a la materia comercio interior, vid. TORNOS MAS, J., "Ordenación constitucional del comercio", en MARTIN-RETORTILLO, S. (Dir.), *Estudios sobre la Constitución...*, op.cit., vol. V, pp. 4105 y ss.

<sup>1875</sup> Vid. ORTIZ DE TENA, M<sup>a</sup> del Carmen, "La discrecionalidad administrativa en el otorgamiento de licencias de apertura de grandes establecimientos y centros comerciales", en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y...*, pp. 468 y ss.

amplia discrecionalidad en la concesión de estas licencias de grandes equipamientos comerciales. En concreto, en las sentencias 225/1993, de 8 de julio, 227/1993, de 9 de julio, y 264/1994, de 22 de julio, el TC ha defendido, respectivamente, la constitucionalidad de la ley valenciana 8/1986, de 29 de diciembre, de ordenación del comercio y superficies comerciales, de la ley catalana 3/1987, de 9 de marzo, de equipamientos comerciales, y de la ley aragonesa 9/1989, de 5 de octubre, de Ordenación de la Actividad Comercial en Aragón.

En los tres casos, el TC ha negado que la apertura por el legislador de amplios espacios discrecionales a la Administración suponga una vulneración de la reserva de ley. Y en todos ellos, el TC analizó el contenido de la regulación legal, *llegando a la conclusión de que el diseño del procedimiento administrativo para la concesión de la licencia era suficientemente adecuado para cumplir la reserva de ley*. Es importante destacar este dato, porque, aunque el estándar de control utilizado y la decisión final adoptada pueden ser discutibles, nos parece acertado el enfoque adoptado por el el TC y el mensaje lanzado: *cuando están en juego derechos fundamentales, el legislador debe ser cuidadoso con la formalización que realice del procedimiento administrativo*.

Efectivamente, en la primera de las sentencias citadas, el TC rechaza la alegación de inconstitucionalidad señalando que la ley valenciana contiene "criterios, declaraciones y remisiones" suficientemente precisos para cubrir las exigencias derivadas de la reserva legal (FJ 7 A). En la segunda, el TC afirma que la ley catalana no vulnera la libertad de empresa contemplada en el art. 38 CE ni viola la reserva de ley del art. 51.3 CE. Según el TC, la ley protegía suficientemente el derecho fundamental al supeditar la concesión de la licencia al informe favorable de una Comisión Territorial de Equipamientos Comerciales, cuya composición, representativa de los intereses del sector, garantizaba el correcto uso de la



discrecionalidad otorgada por la ley. Además, el TC subraya que, en última instancia, la decisión administrativa discrecional es susceptible de control judicial (FFJJ 4 y 5). Finalmente, en la tercera de las sentencias citadas, el TC destaca que, junto a la posibilidad de revisión judicial de las denegaciones discrecionales de la licencias, "estas resoluciones han de hallarse fundadas y sin responder no sólo a los criterios mencionados, sino también, y congruentemente "a los datos y documentos de cualquier clase utilizados en la tramitación del expediente" según preceptúa la norma recurrida", lo que aleja el fantasma de inconstitucionalidad de la ley aragonesa (FJ 6).

Como decimos, el enfoque es correcto, aunque creemos que la defensa de la legislación efectuada por el TC es, cuando menos, discutible. El TC acude a la regulación legal en busca de configuraciones procedimentales que protejan el derecho de la injerencia administrativa discrecional autorizada, encontrándolas en los tres casos. Sin embargo, es problemático que estas leyes tuvieran una formalización procedimental suficientemente esmerada para garantizar el derecho fundamental afectado. En el caso de las leyes valenciana y aragonesa, la guía procedimental otorgada por el legislador, era, por lo menos, pobre. En cuanto a la ley catalana 3/1987, de 9 de marzo, de equipamientos comerciales, la previsión del informe favorable por la Comisión, acompañado por el mecanismo del silencio positivo, es considerado adecuado, teniendo en cuenta la composición de este órgano. Sin embargo, una profundización en este aspecto le hubiera revelado al TC el hecho de que en la mencionada comisión la Administración autonómica no poseía la mayoría de los miembros de la misma, lo que hubiera podido ser cuestionado al poder significar una renuncia de la competencia ( actual art. 12 LRJPAC), en un ámbito donde se hallaba en juego un derecho

fundamental<sup>1876</sup>.

Debe tenerse presente, por otro lado, que el Estado, por su parte, ha promulgado con posterioridad a las citadas sentencias del TC la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, en la que regula la necesaria existencia de una licencia comercial específica para la apertura de grandes establecimientos (art. 6.1). Esta regulación - que posee el carácter básico al amparo del art. 149.1.13 CE, según la Disposición Final Única de la ley - sigue atribuyendo un amplio margen discrecional a la Administración (vid. los criterios de decisión del art. 6.2<sup>1877</sup>). En cuanto a la regulación procedimental, se ha de destacar que la ley *no formaliza el procedimiento autorizatorio*, limitándose a exigir dictamen preceptivo pero no vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 6.2, que tiene carácter básico).

Teniendo presente la existencia de un derecho fundamental en juego (art. 38 CE) y el amplio margen discrecional presente, nos parece excesivamente tímida la regulación procedimental estatal. La ley estatal debiera haber formalizado el procedimiento administrativo, en ejercicio de su competencia sectorial básica, que, en su caso, podría ser objeto de desarrollo por la legislación autonómica sectorial. Creemos que la reserva de ley a que está sujeto el derecho del art. 38 CE exigía una formalización legal cuidada, aunque respetuosa con las competencias autonómicas en el sector. Es dudoso, por tanto, en nuestra

---

<sup>1876</sup> Vid. al respecto TORNOS MAS, J., "Comercio interior y exterior", en MARTIN RETORTILLO, S. (Coord.), *Derecho Administrativo....*, vol.II., op.cit., pp. 651 y 652.

Debe tenerse en cuenta que la normativa catalana ha sido sustituida por la Ley 1/1997, de 24 de marzo, de equipamientos comerciales, la cual ha regulado con más detalle el procedimiento administrativo (ahora se incluye como trámite la consulta preceptiva del Ayuntamiento afectado, art. 4.2), eliminando el requisito del informe favorable de la Comisión (art. 6).

<sup>1877</sup> "El otorgamiento o la denegación de la licencia mencionada en el apartado anterior se acordará ponderando especialmente la existencia, o no, de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que ésta pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquella".

opinión, que la actual regulación estatal colme adecuadamente la reserva de legal de procedimiento existente<sup>1878</sup>.

Consideramos que si bien el diseño del procedimiento administrativo corresponde al legislador<sup>1879</sup>, el control del TC no puede ser puramente nominal, sino que, sin sustituir la ponderación política efectuada por el legislativo, debe comprobar que el procedimiento pergeñado tiene suficiente consistencia para actuar como garantía del derecho frente a la actuación administrativa<sup>1880</sup>.

Resta hacer referencia, para finalizar con este apartado, a la segunda de las vertientes expuestas al inicio. Nos referimos *al alcance que deba tener la reserva legal de procedimiento*, cuando ésta exista. Determinada la concurrencia de una reserva legal en relación a un procedimiento sectorial, el segundo paso es precisar qué es lo que debe regularse por ley, así como el papel, en su caso, que pueda tener la potestad reglamentaria en el diseño procedimental.

El alcance que deba tener la reserva de ley respecto a los procedimientos sectoriales no posee una determinación unívoca. Debe aplicarse en este ámbito la misma doctrina

---

<sup>1878</sup> Respecto a la Ley 7/1996, de 15 de enero, vid. las referencias contenidas en PALLARES CASES, L. y PONS CASANOVAS, F., *La implantación de grandes establecimientos comerciales*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 103 y ss., y MARTINEZ DE PISON, I., "Urbanismo comercial: el régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero de ordenación del comercio minorista", *RAP*, núm. 145, 1998, pp. 363 y ss..

<sup>1879</sup> Insiste en esta idea SCHMIDT-ASSMANN, E., "El procedimiento administrativo...", op.cit., pág. 333, subrayando "con fuerza" la autonomía del legislador en materia de procedimiento para regularlo como considere pertinente.

<sup>1880</sup> En otras supuestos es posible afirmar que la formalización legal del procedimiento sí cubre la reserva de ley del derecho afectado. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de venta de participaciones públicas en determinadas empresas. El establecimiento del régimen de autorización administrativo previsto en esta norma afecta a los derechos de los arts. 33 y 38 CE. La ley formaliza el procedimiento de concesión o denegación de la autorización (art. 5), preveyendo el plazo máximo para resolver, los efectos del silencio y la posibilidad de la terminación convencional. Vid. al respecto, por ejemplo, PONCE SOLÉ, J., "Una aproximación...", op.cit., pp. 361 y ss.

referida a la materia sustantiva<sup>1881</sup>. Existiendo una reserva de ley, no cabrán, obviamente, reglamentos independientes que regulen el procedimiento sectorial. Ahora bien, la amplitud posible de la remisión normativa variará en función de la específica materia. Desde una perspectiva general, la STC 83/1984 ha señalado, como es conocido, que la reserva legal "se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegación de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

Descartado el reglamento independiente y las remisiones en blanco, la amplitud de la remisión dependerá del sector de actividad administrativa y de las circunstancias concretas que justifiquen la profundidad de la remisión. La necesidad de *flexibilidad* puede justificar la realización de la remisión del diseño procedimental al reglamento, que, en cualquier caso, deberá respetar el esqueleto de principios e instituciones de la regulación común y de su desarrollo. Debe considerarse que, en ocasiones, la mayor proximidad de la Administración al sector concreto de la realidad donde debe operar le permitirá diseñar con mayor

---

<sup>1881</sup> Vid. por todos TORNOS MAS, J., "La relación entre la ley y el reglamento...", op.cit., pp. 471 y ss, y "El principio de legalidad...", op.cit., pp. 72 y ss.

conocimiento de causa los aspectos concretos de sus propios procedimientos de actuación<sup>1882</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta es que si el nivel competente para la regulación del procedimiento sectorial es el local, entonces el origen democrático de la norma local puede permitir la existencia de un mayor campo de normación para la *ordenanza*. No consideramos preciso repetir los argumentos que justifican tal aserto, puesto que han sido expuestos en diversas ocasiones a lo largo de este estudio<sup>1883</sup>.

Puede destacarse, sin embargo, que cuando el procedimiento se refiera al desarrollo de una actividad administrativa que afecte a un *derecho fundamental*, el legislador deberá ser especialmente cuidadoso con la remisión. Entendemos que en estos casos, la ley deberá prefigurar, al menos, la estructura general del procedimiento y las decisiones básicas sobre el mismo, que no podrán ser desplazadas al reglamento<sup>1884</sup>. No cabrán, por tanto,

---

<sup>1882</sup> Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo norteamericano en diversas ocasiones. Así, por ejemplo, vid. la sentencia *Federal Communications Commission v. Taft B. Schreiber et al.* (381 US 279 (1965)), en la cual se afirma lo siguiente:

"In the Pottsville Broadcasting case, this Court stressed, in upholding this delegation of broad procedural authority, the established principle that administrative agencies 'should be free to fashion their own rules of procedure and to pursue methods of inquiry capable of permitting them to discharge their multitudinous duties.' 309 U.s., at 143, 60 S.Ct., at 441. *This principle, which has been upheld in a variety of applications, is an outgrowth of the congressional determination that administrative agencies and administrators will be familiar with the industries which they regulate and will be in a better position than federal courts or Congress itself to design procedural rules adapted to the peculiarities of the industry and the tasks of the agency involved.* Thus, underlying the broad delegation of procedural rulemaking power to the Federal Communications Commission is a recognition of the rapidly fluctuating factors characteristic of the evolution of broadcasting and of the corresponding requirement that the administrative process possess sufficient flexibility to adjust itself to these factors". (Los subrayados son nuestros).

<sup>1883</sup> Vid. con carácter general, PAREJO, A., *Administrar y...*, op.cit..

<sup>1884</sup> Desde una perspectiva general, señalan la necesidad de que la ley sea especialmente cuidadosa con la remisión al reglamento TORNOS MAS, J., "La relación entre la Ley y el reglamento...", op.cit., pp. 500 y ss., donde se llama la atención sobre la necesidad de que la ley se extienda a regular aspectos organizativos, procedimentales y finalísticos, especialmente cuando se halla en juego

remisiones en blanco ni fórmulas legales rituales, sino que la ley deberá, al menos diseñar las opciones fundamentales del procedimiento (necesidad o no de dictamen de órgano consultivo, de informe técnico, de participación ciudadana...), aunque las cuestiones de detalle (plazos, etc) pueden ser diferidas a la regulación reglamentaria.

De acuerdo con este criterio, son discutibles algunas regulaciones procedimentales contenidas en leyes vigentes en nuestro ordenamiento. En este sentido, la STS de 24 de marzo de 1997 (Ar. 2447), a pesar de no abordar directamente la cuestión aquí planteada, nos parece interesante, por cuanto se refiere a uno de estos supuestos.

La sentencia conoció de la impugnación de la Orden de 16 de mayo de 1986 de la Consellería de Cultura, Educación y Ciencia de la Comunidad Valenciana, sobre constitución y designación de los Órganos de Gobierno de los Centros Docentes Concertados. La Orden omitía en su articulado la regulación del procedimiento a seguir para la elección de tales órganos, como, por ejemplo el Consejo Escolar del Centro.

La decisión final de la sentencia consiste en la anulación de la Orden. La razón de la misma es que "el procedimiento de que se trata constituye, claro es, el primer e imprescindible instrumento para la efectividad de un derecho que, con la categoría de fundamental, se atribuye no al titular del centro docente concertado, sino a los profesores, padres y, en su caso, alumnos, cual es el de intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca (artículos 27.7 de la CE y 55 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación [LODE]". Dado el "carácter instrumental para la efectividad de un derecho fundamental atribuido a personas distintas al referido titular", el Poder Público

---

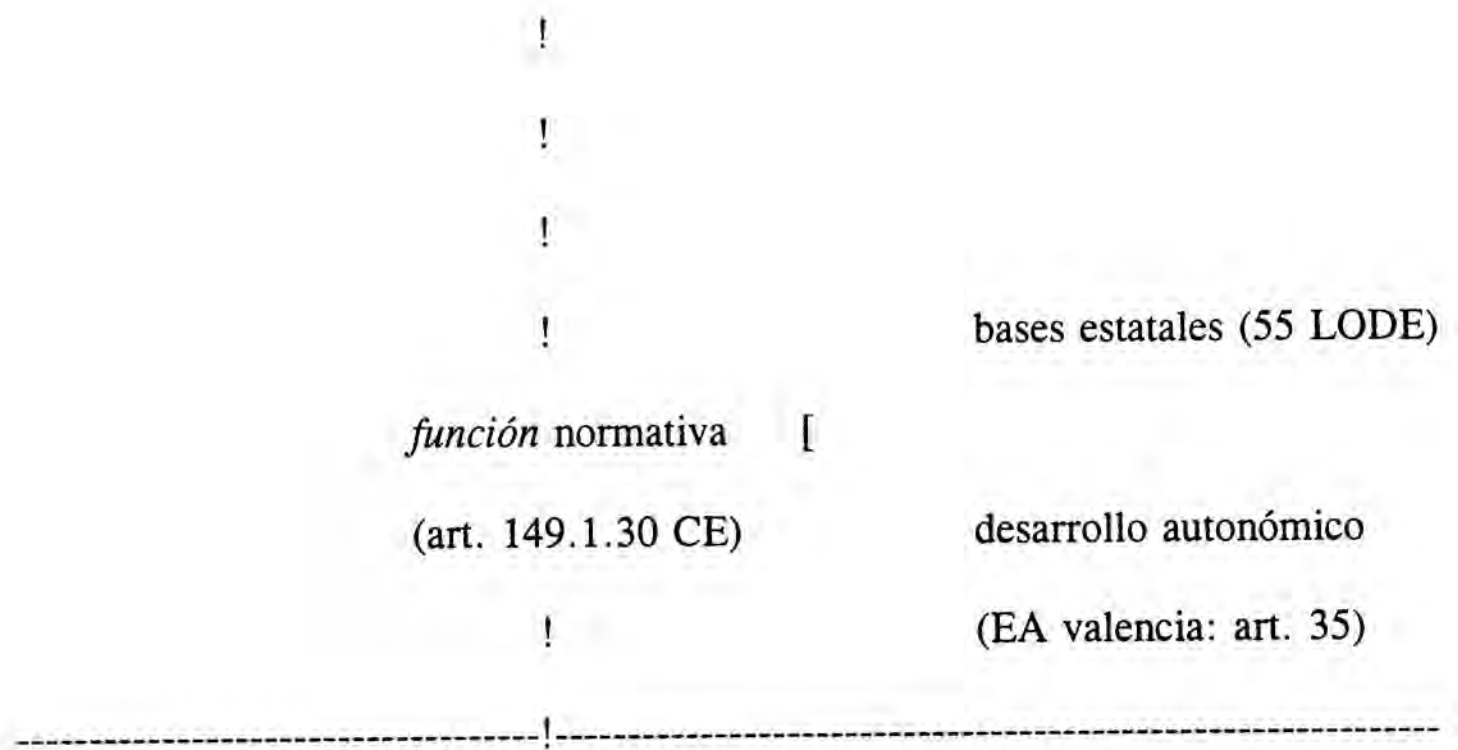
un derecho fundamental, y BAÑO LEON, J.M., *Los límites...*, op.cit., pp. 75 y ss., cifrando en la existencia de un derecho fundamental uno de los criterios positivos que implicaría la exigencia de una más cuidada regulación legal.

debe regular ese aspecto en medida suficiente, "dictando en su caso las pertinentes normas, para que las libertades públicas sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)", puesto que nos encontramos ante un servicio público, la enseñanza, cuya titularidad y responsabilidad corresponden a la Administración.

La sentencia acierta a resaltar la conexión entre procedimiento administrativo y derecho fundamental, actuando el primero, en este caso, como instrumento de efectividad del segundo, puesto que la intervención en el control y gestión sólo es posible a través de los pertinentes procedimientos. Sin embargo, la sentencia pasa de largo sobre una cuestión que estaba, a nuestro juicio, latente. Era responsabilidad de los Poderes Públicos diseñar el procedimiento adecuado para hacer realidad el derecho fundamental del art. 27.7 CE, pero ¿qué tipo de norma debiera haber regulado ese procedimiento? ¿hubiera sido ajustado al Ordenamiento jurídico que la Orden impugnada hubiera diseñado el iter procedimental necesario? ¿o era preciso que fuera el *legislador* quien dictara la regulación procedimental precisa?.

Como decimos, la sentencia no aborda esta cuestión. Nosotros sí vamos a hacerlo a continuación, empleando para ello las ideas desarrolladas en páginas anteriores.

Si quisieramos expresar gráficamente el supuesto contemplado en esta sentencia, podríamos hacerlo de la siguiente manera:



*materia:* Derecho fundamental art. 27.7 CE: control y gestión de profesores, padres y alumnos en centros sostenidos con fondos públicos, sometida a *reserva de ley* (art. 53.1 CE).

En donde, como de costumbre, el eje horizontal representa a la materia y el vertical a las funciones que recaen sobre la misma.



Sobre la materia contenida en el art. 27.7 CE, consistente en un derecho fundamental sometido a reserva de ley (art. 53.1 CE), que deberá ser además orgánica (art. 81 CE), recae la función normativa, dividida a efectos competenciales entre el Estado (art. 149.1.30 CE)<sup>1885</sup>, quien ostenta la competencia para dictar la legislación básica, y la Comunidad Autónoma Valenciana (art. 35 de su Estatuto de Autonomía)<sup>1886</sup>, quien ha asumido competencias de desarrollo legislativo en el sector.

Teniendo en la mente este cuadro, estamos en condiciones de analizar quién y cómo debería formalizar el procedimiento administrativo dirigido a hacer eficaz este derecho fundamental. En primer lugar, el nivel competente es tanto el Estatal (bases) como el autonómico (desarrollo). Ambos niveles deberían formalizar el procedimiento mediante una norma con rango de ley, porque el art. 27.7 CE se halla sometido a reserva de ley. En consecuencia, debiera existir una ley estatal (orgánica) que formalizara el procedimiento administrativo, diseñando la estructura general de acuerdo con los principios e instituciones de la regulación común estatal. Por otro lado, debiera existir una ley autonómica que desarrollara esas bases, sin contravenirlas, estableciendo las opciones legislativas que considerara convenientes, respetando, también, la regulación común estatal de procedimiento.

Si esta sería la regulación deseable de este procedimiento sectorial, podremos comprobar enseguida que la realidad dista mucho de ser ésta. En primer lugar, el procedimiento sectorial básico habría de estar diseñado por la LODE. Sin embargo, en el art.

---

<sup>1885</sup> El Estado tiene competencia sobre "normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia".

<sup>1886</sup> "Es de la competencia plena de la Generalidad Valenciana la regulación y administración de la enseñanza en todo su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que, conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma, lo desarrollen, sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía".

55 de esta ley no pueda hallarse ningún procedimiento formalizado que haga efectivo el derecho del art. 27.7 CE, lo que puede hacer discutible el cumplimiento de la reserva legal en este caso<sup>1887</sup>.

Aunque estas bases no existan, nada habría impedido a la Comunidad Valenciana desarrollarlas, infiriéndolas de la normativa en vigor. Pero ese desarrollo *debería haberse hecho por ley*, para dar cumplimiento a la reserva legal existente. Sin embargo, la regulación se efectuó por una simple Orden, que, como nos consta, ni siquiera formalizó el procedimiento.

A tenor de todo lo visto, el problema subyacente a la sentencia comentada era más profundo de lo que parecía a primera vista. Entendemos que existió una vulneración de la reserva de ley del art. 53.1 CE al no formalizarse el procedimiento administrativo necesario para hacer efectivo el art. 27.7 CE mediante norma con rango de Ley. Ello significa que aunque la Orden hubiera formalizado el procedimiento, cosa que sabemos no hizo, ni siquiera

---

<sup>1887</sup> La Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de participación evaluación y gobierno de los centros docentes, ha modificado el art. 56 LODE en su Disposición Final Primera, punto cuarto. En este precepto se señala que "las Administraciones educativas regularán el procedimiento para que uno de los representantes de los padres en el Consejo Escolar sea designado por la asociación de padres más representativa en el centro" y que "las Administraciones educativas regularán el procedimiento de renovación parcial [del Consejo Escolar], que se realizará de modo equilibrado entre los distintos sectores de la comunidad educativa que lo integran. Asimismo, regularán el procedimiento transitorio para la primera renovación parcial, una vez constituido el Consejo Escolar de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley". Esta Ley Orgánica 5/1995 señala en su art. 10.3 que "las Administraciones Educativas determinarán el número total de componentes del Consejo Escolar y regularán el proceso de elección de los representantes de los distintos sectores que lo integran", cosa que se ha hecho a través del Real Decreto 82/1996, de 26 de enero. El art. 17 de la Ley, por su parte, sí regula el procedimiento para la elección del Director, aunque el art. 19 prevé que "las Administraciones educativas establecerán las condiciones de aplicación de estos requisitos, así como los criterios objetivos y el procedimiento que han de presidir la valoración requerida para la correspondiente acreditación" para el ejercicio de la dirección por los profesores que lo soliciten.

Esta modificación de la LODE ha aumentado la densidad normativa de los procedimientos administrativos necesarios para hacer efectivo el derecho fundamental del art. 27 CE, aunque sigue siendo discutible la amplitud de la remisión reglamentaria para la regulación del procedimiento de elección de los miembros del Consejo Escolar, ya que no se ofrece ninguna orientación legal al respecto.

así hubiera sido válida, porque hubiera vulnerado la reserva legal.

Sin salirnos del mismo ámbito sectorial, queremos hacer referencia a la normativa catalana que desarrolla la LODE en el mismo punto antes tratado. Como ya se ha expuesto, es discutible que la regulación legal estatal del control y gestión de profesores, padres y alumnos en centros sostenidos con fondos públicos cumpla la reserva de ley constitucional. En el caso de la Comunidad Autónoma catalana, el desarrollo de la LODE y de la Ley Orgánica 5/1995, de 20 de noviembre, de participación, evaluación y gobierno de los centros docentes, ha sido efectuado por los Decretos 198 y 199, de 12 de junio, para los centros públicos de los diversos niveles educativos, y por el Decreto 110/1997, de 29 de abril, para los centros docentes privados acogidos al régimen de conciertos educativos.

La regulación contenida en estas normas reglamentarias suscita algunas dudas jurídicas. Respecto a los Decretos 198 y 199, referidos a los centros públicos, éstos regulan los procedimientos de elección y cese del director, así como el de elección de los miembros del Consejo Escolar. Sin embargo, cabría sostener la necesidad de que fuera una norma catalana con rango de ley la que realizara esta regulación procedimental. Debe recordarse lo ya expuesto. En este ámbito está en juego un derecho fundamental (art. 27 CE). El procedimiento administrativo actúa aquí como factor de efectividad del mismo. Ello supone que la reserva de ley suponga una vinculación positiva para el legislador autonómico, quien estaría obligado a desarrollar la legislación estatal. Lo que no sería óbice para que se efectuaran las precisas remisiones al reglamento, obviamente. Lo que ocurre con la situación actual es que *no existe ley* que cubra la reserva del art. 53.1 CE, sino que, directamente, es el reglamento el que desarrolla la legislación estatal.

La misma observación cabe efectuar respecto al Decreto 110/1997, de 29 de abril,

referido a los centros privados concertados<sup>1888</sup>. Éste, sin embargo, presenta problemas añadidos en su regulación. Efectivamente, no es sólo que quepa dudar de la posibilidad de que esta regulación pueda estar contenida en un reglamento, como anteriormente se ha puesto de relieve, sino que, además, *este Decreto rehúsa regular los procedimientos de elección del Consejo Escolar y del Director del Centro, remitiéndose al reglamento interior del centro privado* (arts. 4,5,6,9)<sup>1889</sup>.

Esta regulación nos parece altamente discutible. Debe recordarse que en este contexto el procedimiento actúa como factor de efectividad del derecho fundamental de control y gestión de profesores, padres y alumnos en centros sostenidos con fondos públicos. Y es obligación de los poderes públicos posibilitar esa efectividad regulando el procedimiento administrativo. Como vimos destacaba la STS de 24 de marzo de 1997 (Ar. 2447) dado el "carácter instrumental para la efectividad de un derecho fundamental atribuido a personas distintas" del titular del centro privado concertado, el Poder Público debe dictar "las pertinentes normas, para que las libertades públicas sean reales y efectivas (art.9.2 CE)", es decir, regular los procedimientos administrativos pertinentes.

---

<sup>1888</sup> El dictamen de la Comisión Jurídica Asesora 37/1997, que conoció del proyecto de este reglamento, señaló que "Aquesta Comissió Jurídica Assessora no ignora que la regulació continguda en la Llei Orgànica 5/1995, de 20 de novembre, és prou minuciosa en les seves formulacions, de manera que el camp que resulta deixat al desplegament autonòmic es força reduït, i això ho ha posat de relleu als Dictàmens 149 i 150 de 1996, referits respectivament, als Decrets 198 i 199 de 1996, acabats de citar. Però aquesta circumstància de l'escassa capacitat innovativa que pugui desplegar la Generalitat no afecta a la titularitat de la potestat normativa. Ben al contrari, en aquelles ocasions citades, aquest alt òrgan consultiu ha senyalat no només la possibilitat, sinó fins i tot la conveniència de plantejar-se si no és arribat el moment d'elaborar una llei catalana que reguli de manera general l'ensenyament no universitari, malgrat aquelles limitacions".

<sup>1889</sup> Así, por ejemplo, art. 4: "el reglamento de régimen interior determinará el procedimiento de elección de los miembros del consejo escolar del centro, con respeto a los principios de participación democrática de la comunidad escolar del centro y el secreto de voto. Las previsiones de los reglamentos orgánicos de los centros docentes públicos tienen carácter de supletorio en esta cuestión". En cuanto al director del centro, el art. 9.1 dispone que "el reglamento de régimen interior del centro debe prever el procedimiento para designar al director en caso de no alcanzarse la mayoría absoluta que prevé el apartado 2 del citado artículo 59".

Por todo ello, la regulación citada nos parece de dudosa legalidad. El ya citado Dictamen de la Comisión Jurídica Catalana 37/97 contenía una recomendación de enmienda del texto reglamentario, que finalmente no fue seguida. En este Dictamen se señala que "certament, els centres docents tenen reconeguda una autonomia per definir el model de gestió organitzativa (art. 5 de la Llei Orgànica 9/1995), però és clar que aquest concepte, que és aplicable tant als centres públics com privats no concertats, no abasta a la constitució dels seus òrgans representatius. (...). Tantmateix, tampoc pot dir-se que del precepte legal assenyalat (nova redacció de l'art. 56 de la Llei orgànica 8/1995, de 3 de juliol (*sic*) ) es dedueixi una mena d'àmbit de decisió reservat als centres en aquest punt, sinó que, ben al contrari, s'atribueix expressament al poder públic la funció de regular els extrems indicats -"Las Administraciones educativas regularán el procedimiento...", "de acuerdo con el procedimiento que las Administraciones educativas establezcan", etc. - probablement amb la finalitat de garantir, front als propis centres, una neutralitat respecte als processos electorals". A la vista de lo cual el Dictamen aconseja, sin éxito como sabemos, que se adopte una regulación distinta, "segons la qual s'atribueixi a l'Administració educativa la concreció dels procediments esmentats".

Queremos traer a colación un segundo y último ejemplo sectorial respecto a las relaciones ley-reglamento en la regulación de los procedimientos administrativos. Nos referimos al procedimiento para la concesión de licencias de armas de fuego. Como ya se dijo en su momento, el Estado ostenta competencia exclusiva sobre "régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos" (149.1.26 CE). En consecuencia, la representación gráfica de la competencia sobre tenencia y uso de armas podría ser la siguiente:

!

!

! *Función normativa y ejecutiva en manos*

! del Estado

!

!

---

*Materia:* Tenencia y uso de armas de fuego.

Donde, como de costumbre, el eje horizontal representa la materia y el vertical las funciones que recaen sobre la misma.

Parece claro que la regulación de la tenencia y uso de armas afecta al derecho de propiedad (art. 33 CE), sometido a reserva legal (art. 53.1 CE). En consecuencia, una norma con rango de ley debería cubrir esa reserva de ley, regulando los elementos fundamentales del procedimiento administrativo relativo a la concesión de autorizaciones, en orden a proteger el derecho de propiedad. Por otro lado, la cuestión de la tenencia y uso de armas de fuego incide también en intereses generales, como la seguridad pública y la protección de la integridad física de los ciudadanos.

La Ley estatal que desarrolla el art. 149.1.26 CE y que, en teoría, cubre la reserva de ley del art. 33 CE es la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, como ya expusimos. El art. 6.1 de la Ley señala, en relación a las armas de fuego, que la Administración del Estado "establecerá los requisitos y condiciones de...su adquisición y enajenación; de su tenencia

y utilización". El art. 7, por su parte, faculta "al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a que se refiere el artículo anterior", mediante "la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego cuya expedición tendrá carácter restrictivo, especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad". La ley no contiene una palabra sobre los requisitos procedimentales precisos para la concesión o denegación de las licencias.

Estos requisitos vienen regulados reglamentariamente por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, en sus arts. 96 y ss., en los que se hace referencia, por ejemplo, a la necesidad de acreditar "la posesión de las aptitudes psíquicas y físicas adecuadas y los conocimientos necesarios sobre conservación, mantenimiento y manejo de las armas".

¿Colma la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, la reserva de ley que cubre a la regulación del procedimiento administrativo de concesión de autorizaciones para la tenencia y uso de armas de fuego? ¿Es constitucional la remisión efectuada al reglamento?

La STS de 4 de febrero de 1997 (Ar. 890) se enfrentó a esta cuestión desde un punto de vista general. Los recurrentes alegaban que la Ley citada efectúa una remisión en blanco al reglamento, vulnerando la reserva de ley, y exigían la nulidad del mencionado Real Decreto, así como el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. El TS rechazó estas alegaciones, afirmando la constitucionalidad de la remisión y la legalidad del Real Decreto cuestionado. El TS acepta que las normas sobre tenencia y uso de armas "precisan y definen el contorno mismo del derecho de propiedad, relativo a las armas y explosivos, restringiendo su fabricación, venta, tenencia y uso e imponiendo prohibiciones". Sin embargo, afirma que la remisión legal y la regulación reglamentaria impugnada son ajustadas al ordenamiento jurídico "puesto que sobre constituir concretas manifestaciones de la

actividad de policía o intervención administrativa específicamente encomendada a la Administración por el legislador, en razón a buen seguro de la especialidad y prolijidad de la materia que consideramos" no vulneran "el principio de la reserva de ley, que con tanta profusión invoca el autor, constituyendo actividad típicamente administrativa, y obsérvese además que el artículo 6 de la tan repetida Ley de Seguridad Ciudadana atribuye a la Administración el establecimiento de los requisitos y condiciones de la tenencia y utilización de las armas en general...".

Consideramos, sin embargo, que la cuestión dista de tener la claridad que parece derivarse de la citada sentencia. Nótese que existe una reserva de ley y que ésta abarca a los procedimientos administrativos por los que se desarrolla la potestad autorizatoria y se afecta así al derecho. En cambio, la Ley de Seguridad Ciudadana no contiene ni una sola previsión o referencia al procedimiento de concesión o denegación de las autorizaciones. Estando en juego un derecho constitucional e intereses públicos importantes, consideramos que el silencio legal no acierta a cubrir la reserva legal. Creemos que el texto legal debería haber prefigurado mínimamente el procedimiento, haciendo alusión, por ejemplo, a la necesidad de que la capacidad psíquica y física del solicitante se acreditara mediante el oportuno informe técnico. Este punto, de capital importancia para asegurar correctas decisiones administrativas y la futura protección del conjunto de la sociedad frente a los portadores de armas de fuego, se recoge, sin embargo, en una norma meramente reglamentaria, el ya citado Real Decreto 137/1993 (art. 98)<sup>1890</sup>.

---

<sup>1890</sup> En este sentido, es interesante comparar el caso de la regulación legal del procedimiento de autorización de tenencia y uso de armas de fuego con la del procedimiento de autorización para el uso de vehículos a motor y ciclomotores. En este segundo caso también cabe sostener la existencia de una reserva legal conectada a la libertad de circulación (art. 19 CE). El Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, así lo afirma en su exposición de motivos, en la que destaca la incidencia que este derecho tiene sobre importantes intereses generales, como la seguridad de la



---

En conclusión, la existencia de reserva legal supone la obligación del legislador competente de diseñar el procedimiento administrativo correspondiente. La responsabilidad del legislador variará en función del concreto sector de que se trate, si bien quedan excluidas las remisiones en blanco y los reglamentos independientes. Aunque la flexibilidad administrativa es un valor a considerar, teniendo en cuenta los especiales conocimientos de la realidad social poseídos por la Administración, la afectación de un derecho fundamental debe suponer un límite a la posibilidad de remisión. En estos casos, el legislador debe formalizar la estructura general de procedimiento, adoptando las decisiones básicas sobre el mismo, pudiendo diferir al reglamento los aspectos de detalle o complementarios.

---

circulación vial y la lucha contra los accidentes de tráfico. Esta norma desarrolla la competencia exclusiva del estado en la materia (art. 149.1.21 CE) y cubre, en consecuencia, esa reserva legal. Concretamente, los arts. 59 y 60 se refieren a las autorizaciones para conducir, estableciendo el segundo que la preceptiva y previa autorización administrativa para conducir vehículos de motor y ciclomotores "se dirigirá a verificar que los conductores tengan los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios para la conducción del vehículo, *de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente*". Ahora bien, junto a esta remisión reglamentaria, el apartado 2 de este mismo art. 60 especifica que será precisa la "constatación de las aptitudes psicofísicas de los conductores". De acuerdo con estas previsiones legales, la concreta regulación de los procedimientos autorizatorios se contiene en el Decreto de 25 de septiembre de 1934, que aprueba el Código de la Circulación y sus Anexos (vid. arts. 265 y ss.), especificándose la necesidad de un informe de aptitud física, psíquica y psicológica, cuya regulación puede hallarse en el Real Decreto 2272/1985, de 4 de diciembre, y en la Orden de 13 de mayo de 1986.

En este supuesto, una norma con rango de ley al menos establece la necesidad procedimental de la acreditación del estado psíquico y físico del solicitante, aunque la regulación legal del procedimiento no sea precisamente cuidadosa. En cambio, en el caso de las licencias de armas, la ley guarda completo silencio al respecto, lo que nos hace dudar de su constitucionalidad en este punto.

b) **Ausencia de reserva de Ley y conveniencia de la formalización del procedimiento. Ponderación del valor de la flexibilidad y de los intereses envueltos en el concreto sector material.**

En aquellos casos en los que la materia no esté sometida a reserva de ley, la formalización del procedimiento administrativo no se presenta como obligatoria, aunque tampoco como prohibida. La formalización del iter procedimental será más o menos *conveniente*, en función de la ponderación del valor *flexibilidad*, que postula la no formalización, con las circunstancias del caso concreto, que pueden hacer aconsejable la misma. La Administración deberá tomar en consideración estos elementos y decidir si utiliza su *potestad reglamentaria* o bien emplea documentos de carácter interno - *instrucciones* o *circulares* - para formalizar el procedimiento.

Entendemos, en primer lugar, que la Administración, ausente la exigencia de reserva de ley en una concreta materia, puede decidir formalizar un procedimiento sectorial mediante un reglamento, que en este caso será *independiente*<sup>1891</sup>.

En segundo lugar, esa formalización puede tener lugar mediante instrucciones o circulares que recojan un código de conducta administrativa, de valor interno, aunque deberían darse a conocer al público. La ventaja de esta técnica alternativa de formalización es su flexibilidad. Como señala PEGAN GAVIN, en referencia al procedimiento reglamentario pero entendemos que con aplicabilidad general, "la fijación de pautas

---

<sup>1891</sup> Respecto a la posibilidad de la existencia de reglamentos independientes, vid. con carácter general, por todos, TORNOS MAS, J., "El principio de legalidad...", op.cit., pp. 73 y ss., y EMBID IRUJO, A., "Potestad...", op.cit., pág. 104.

Aunque, lógicamente, nada impide al legislador, si lo considera preciso, regular un procedimiento, aunque no existe reserva de ley, en cuyo caso ya no cabrá, evidentemente, el reglamento independiente, al producirse una congelación del rango.

procedimentales concretas y detalladas sobre la materia podría acometerse por documentos de carácter interno -instrucciones o circulares - de valor orientativo o directivo y no propiamente vinculante. En estos documentos podría articularse un "procedimiento-tipo" con indicación de los estudios previos a realizar para la preparación de las nuevas disposiciones y de los informes y consultas a recabar, lo cual no excluiría su aplicación flexible en función de las características de cada caso"<sup>1892</sup>. El ya mencionado comité británico de revisión del Derecho Administrativo JUSTICE-All Souls también ha incluido en su informe una recomendación parecida, señalando que los principios procedimentales de carácter general deberían ser concretados en el seno de la Administración, mediante reglas más concretas, las cuales "should be drawn up within departments and should give directions as to how the work of the department or particulars aspects of it should be handled and, in appropriate cases, should set out timetables. Copies of such departmental rules should be publicly available. Such departmental advice could also include guidance as to matters which have in the past been the subject of public complaint or ombudsman investigation.(...). In the preparation of these departmental rules special care must be taken to ensure that there is room for flexibility to accommodate special cases"<sup>1893</sup>.

Respecto al valor *flexibilidad*, entendemos que el mismo está conectado con el principio constitucional de eficacia (103.1 CE). Este valor de flexibilidad aconseja, a nuestro entender, que, no existiendo reserva de ley, en principio *no se formalice el procedimiento*. Consideramos que la informalidad, conectada al principio de eficacia en el actuar administrativo, es un valor en sí misma, por lo que aporta de flexibilidad en el desarrollo de

---

<sup>1892</sup> PEMAN GAVIN, J., "Sobre el ejercicio...", op.cit., pág. 85.

<sup>1893</sup> JUSTICE-All Souls, *Administrative Justice...*, op.cit., pág. 22.

las funciones administrativas<sup>1894</sup>. Sobre todo teniendo en cuenta que el actuar administrativo sectorial, pese a no estar formalizado, no queda desprovisto de orientación jurídica, por cuanto en todo caso serán de aplicación los principios e instituciones contenidas en la regulación procedimental común y de desarrollo autonómico y local<sup>1895</sup>. Este marco jurídico, en nuestra opinión, proporciona suficientes referencias y la precisa seguridad jurídica, lo que ha de permitir que la informalidad sectorial no presente ningún problema, permitiendo, por otro lado, agilizar la actividad administrativa, evitando rigideces que la puedan entorpecer sin aportar ningún valor que no esté ya contenido en el marco procedimental general<sup>1896</sup>.

En este sentido, GONZALEZ NAVARRO ha defendido como regla general la no formalización de los procedimientos administrativos sectoriales, señalando que "sólo debe regularse la completa andadura procesal con vistas a la consecución de un fin en aquellos casos en que sea indispensable"<sup>1897</sup>. MALARET, por su parte, ha indicado que "entiendo que sólo debe regularse de forma minuciosa los trámites a seguir en el procedimiento de

---

<sup>1894</sup> PÜTTNER, G., "Lo stato di diritto informale", *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, núm. 1/1992, pág. 40, pone de relieve que "il giurista deve prendere atto che anche oggi la vita della collettività statale non può essere ridotta a un porre ordine e ad un erogare prestazione, quasi meccanici e funzionanti secondo regole scritte. In molti settori dell'autonomia comunale, nella cultura, educazione, tempo libero, turismo, sport ecc., prevale da sempre l'informale, l'umano, il personale". Resalta también el valor de la informalidad SIMOES GONÇALVES LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pág. 151, destacando sus conexiones con la flexibilidad, la simplificación de la actividad administrativa y su celeridad.

<sup>1895</sup> PÜTTNER, G., "Lo stato...", op.cit., pág. 40, señala que para diferenciar la actividad informal buena de la mala, la justa de la injusta, para hacer justiciable el comportamiento informal, el reenvió a principios generales deviene fundamental.

<sup>1896</sup> SEPE, O., *L'efficienza...*, op.cit., pp. 215 y ss., llama la atención sobre los efectos colaterales negativos de las normas excesivamente rígidas, que pueden conducir a la ineficacia del actuar administrativo. Por su parte, BERTI, G., "Stato di diritto informale", *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1/1992, pág. 6, destaca que "lo stato di diritto si salva non ripristinando le antiche immagini formali, ma distribuendo sostanza e forma in modo che, rispettati i principi costituzionali, la forma no sia altro che la veste di una razionalità acquisita attraverso l'azione e il confronto reale degli interessi".

<sup>1897</sup> GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento administrativo común...", op.cit., pág. 417.

adopción de actos cuando el fin público en cuestión así lo requiera"<sup>1898</sup>. GONZALEZ PEREZ menciona la necesidad de formalizar los procedimientos administrativos a fin de garantizar los derechos fundamentales o "por otras consideraciones de interés general"<sup>1899</sup>. La STS de 12 de febrero de 1986 subraya que cuando la norma formaliza un procedimiento no lo hace "por puro capricho, sino porque en esos casos se ha considerado necesario acentuar el rigor de la forma afirmando junto a la idea de eficacia la de garantía".

En consecuencia, la regla general sería, no existiendo reserva de ley material, la no formalización del procedimiento sectorial. Ahora bien, esa regla puede conocer excepciones, en función del concreto sector de actividad administrativa y de los valores e intereses envueltos, que pueden hacer aconsejable esa formalización. Se trata, en definitiva, de "trovare il giusto equilibrio tra formale ed informale e l'arte di trovarlo è la ben nota ars aequi et boni, quale s'intende essere il diritto"<sup>1900</sup>.

La ponderación del valor flexibilidad con las circunstancias concretas de la actividad administrativa es una labor que corresponderá realizar a la Administración o al legislador. Sin embargo, pueden intentar realizarse aquí algunas consideraciones generales que ayuden en esa tarea.

Ante cada concreto sector material, deberán tomarse en consideración los concretos intereses envueltos antes de decidir la formalización o no del procedimiento. Aunque no se hallen envueltos derechos fundamentales - en cuyo caso entraría en juego la reserva de ley y, en consecuencia, la obligación de formalización procedimental ya aludida - pueden estar presentes valores de rango constitucional que pueden hacer aconsejable la formalización, a

---

<sup>1898</sup> MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág 321.

<sup>1899</sup> GONZALEZ PEREZ, J., "La revisión...", op.cit., pág. 575.

<sup>1900</sup> PÜTTNER, G., "Lo statato...", op.cit., pág. 42.

fin de potenciar la protección de los particulares y la buena administración. Es el caso, por ejemplo, de los principios contenidos en el capítulo III del Título I de la Constitución, que "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE). En determinados casos, la formalización del procedimiento puede contribuir a la potenciación de esos valores constitucionales. Pensemos, por ejemplo, en el procedimiento de privatización mediante la venta del capital público existente en sociedades mercantiles. Hasta hace muy poco, no ha existido formalización de este procedimiento<sup>1901</sup>. Sólo de forma indirecta nuestro ordenamiento se ocupaba de tal cuestión, desde la consideración de las acciones públicas en sociedades de derecho privado como bien patrimonial<sup>1902</sup>. Sin embargo, podría pensarse que el art. 40 CE, por ejemplo, favorecía la formalización procedimental, a fin de avanzar en el logro de los objetivos por él establecidos<sup>1903</sup>. Recientemente esta formalización se ha producido, por fin, de la mano del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996<sup>1904</sup>.

En otras ocasiones, la formalización puede venir aconsejada por la potenciación de instituciones y/o principios constitucionales. En este sentido, puede ser un ejemplo la

---

<sup>1901</sup>En este sentido, y criticando esta laguna, vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España", REDA, 84, septiembre-diciembre 1994, pág. 566. Este autor extiende su crítica a la ausencia de criterios reductores de la discrecionalidad en la toma de la decisión de privatizar.

<sup>1902</sup>Art. 1.3º Ley del Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 15 de abril de 1964. Las cuestiones referidas al órgano competente para acordar la venta de las acciones y el modo en que deben efectuarse están contempladas a nivel estatal por los arts. 6.3 LGP, 103 y ss Ley del Patrimonio del Estado y 201 y ss de su Reglamento. En la esfera local vid. el art. 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

<sup>1903</sup> Art. 40.1 CE: "Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo". Recordemos que el art. 53.3 CE señala que el reconocimiento, el respeto y la protección de este principio debe informar la legislación positiva.

<sup>1904</sup> Del que da cuenta MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones...", op.cit., pp. 33 y ss.

formalización del procedimiento de aprobación definitiva autonómica de los planes de urbanismo municipales. Creemos que en este supuesto, al hallarse en juego tanto el principio de coordinación (art. 103.1 CE) como la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (art. 140 CE), la formalización cuidadosa de este procedimiento puede ser necesaria y beneficiosa, como hemos tenido ocasión de sostener en otro lugar<sup>1905</sup>.

Otro ejemplo en el mismo sentido puede constituirlo la formalización del procedimiento administrativo mediante el que se ejerce la actividad administrativa de fomento. Dejando de lado los supuestos en los que la actividad de fomento afecta a derechos fundamentales - en los que la obligación de formalizar el procedimiento se derivaría del juego de la reserva de ley<sup>1906</sup> - el resto de supuestos queda abierto a la decisión administrativa de formalizar o no el procedimiento mediante, por ejemplo, el oportuno reglamento independiente. ¿Debe producirse esa formalización?. La respuesta es que no existe una obligación jurídica, pero que la misma puede ser conveniente, teniendo en cuenta que aquí la regulación del procedimiento puede contribuir grandemente a la transparencia en el actuar administrativo y al logro de una buena administración. En el nivel estatal la decisión ha sido formalizar el procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, mediante el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre. A nivel autonómico, la Comunidad de Madrid, por ejemplo, también ha tomado la decisión de formalizar el procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas, mediante Decreto 76/1993, de 26 de agosto.

En conclusión, si bien la flexibilidad que proporciona la informalidad en el actuar administrativo es un valor importante - que no atenta contra la seguridad jurídica al existir

---

<sup>1905</sup> PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 104 y ss.

<sup>1906</sup> Vid. por todos BAÑO LEON, J.M., *Los límites...*, op.cit., pp. 218 y ss., y las referencias allí contenidas.

un marco general de instituciones y principios proporcionado por la normativa común estatal y el desarrollo autonómico y local -, no cabe descartar la conveniencia de formalizar determinados procedimientos administrativos, aun cuando no estén sujetos a reserva de ley. La decisión de formalizar o no los procedimientos sectoriales deberá ir precedida de un análisis de los intereses y valores implicados, así como de una ponderación de los efectos beneficiosos que la formalización podría acarrear, descontado el efecto negativo de rigidez que la misma podría provocar.



**c) Contenido de la formalización procedimental. Necesaria consideración por la normativa de los intereses privados envueltos, del deber constitucional de buena administración y de los valores intrínsecos al procedimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en torno al *Due Process* como punto de referencia.**

Una vez se ha determinado que la formalización es obligada jurídicamente o, sin existir un deber jurídico, que es conveniente por razones de oportunidad, entonces procede interrogarse sobre qué procedimiento ha de ser formalizado, es decir, qué trámites específicos deben ser recogidas en la norma - sea Ley, reglamento u ordenanza, en función del nivel territorial competente y del juego de la reserva de Ley en cada sector, como hemos tenido ya ocasión de exponer - que va a proceder a efectuar la formalización.

Puede avanzarse que esta cuestión no tiene una respuesta rígida o unívoca. Dependerá de cada sector material de actividad administrativa y de las concretas circunstancias envueltas en el ámbito de la decisión a adoptar. Sin embargo, podemos intentar, al menos, ofrecer unas pautas generales que ayuden a orientar la labor del legislador y de la Administración.

En primer lugar, no debe perderse de vista, en ningún momento, el marco general de procedimiento ofrecido por la regulación estatal común y el desarrollo autonómico y local, si existe. Este esqueleto de principios e instituciones, aplicable en todo caso, puede dar lugar a trámites preceptivos que, obligadamente, deberán reflejarse en la norma sectorial que se disponga a formalizar el procedimiento. Así, aspectos tales como la exigencia de participación ciudadana, la motivación de la decisión o la exigencia de dictamen de órgano consultivo pueden venir ya previstos en la regulación general y, en consecuencia, deberán recogerse en la normativa sectorial, que no podrá ignorarlos. Si tal cosa sucediera, si la

norma sectorial vulnerara la regulación estatal común o el desarrollo autonómico y local, la formalización sería contraria al ordenamiento jurídico y podría ser controlada por el tribunal correspondiente<sup>1907</sup>.

En segundo lugar, al formalizar el procedimiento el legislador o la Administración puede decidir añadir trámites que, aun sin estar prescritos por la regulación general del procedimiento administrativo, consideren pertinentes para el correcto desarrollo de la actividad administrativa en el concreto sector.

Evidentemente, la cuestión de qué trámites puedan ser convenientes en un determinado procedimiento no tiene una respuesta unívoca y prefijada. Dependerá del sector de actuación, de los intereses (privados y/o públicos) implicados y de la concreta implementación del deber constitucional de buena administración. En cualquier caso, ha de destacarse que *el concreto diseño de procedimientos sectoriales es una labor delicada que deberá efectuarse ponderando cuidadosamente los intereses envueltos en la toma de la decisión y tomando en consideración los efectos negativos y positivos que la introducción de determinados trámites puede comportar sobre los derechos e intereses de los ciudadanos y sobre el cumplimiento del deber de buena administración*. Como ya tuvimos ocasión de exponer a propósito de la normativa general, la regulación procedimental, en este caso sectorial, no opera en el vacío, sino que está destinada a impactar en el comportamiento cotidiano administrativo y en los intereses de los particulares.

---

<sup>1907</sup> Si la formalización sectorial se efectúa por norma autonómica con rango de Ley, deberá ser el *Tribunal Constitucional* el que controle su adecuación a los requisitos establecidos por la regulación estatal común, mediante la vía del recurso de inconstitucionalidad (arts. 31 y ss. LOTC). Si la norma autonómica tiene rango reglamentario, entonces la vía adecuada será el conflicto positivo de competencias (62 y ss. LOTC). En nuestra opinión, la normativa estatal común forma parte del *bloque de constitucionalidad* a que se refiere el art. 28.2 LOTC.

Si la norma sectorial es un reglamento estatal o una ordenanza, la comprobación de la adecuación de la formalización a la regulación estatal común y, en el segundo caso, al desarrollo autonómico y local, será responsabilidad de los *tribunales de lo contencioso-administrativo*.

No se trata de acumular trámites sin ton ni son. Una excesiva rigidez de la actividad administrativa, cuando injustificada, no aporta ningún valor sino que, al contrario, presenta efectos colaterales negativos, al entorpecer la agilidad de la actividad administrativa y comportar gastos inútiles<sup>1908</sup>. Por el contrario, se trata de diseñar los trámites precisos, ni más ni menos, que permitan asegurar la protección de los intereses privados, el logro de decisiones administrativas correctas y la potenciación, en su caso, de valores procedimentales intrínsecos como la dignidad personal, el principio democrático o la transparencia. En definitiva, se trata de realizar "trajes a medida", es decir, procedimientos pensados para encajar en las necesidades específicas de un sector de la actividad administrativa.

Por poner un simple ejemplo, si la decisión va a tomar en consideración datos científicos, parece lógico que la normativa de formalización contemple la introducción en el procedimiento de asesoramiento técnico, proporcionado, por ejemplo, mediante la exigencia de un informe preceptivo al organismo científico que se considere adecuado. No parecería razonable, en cambio, potenciar aquí la participación ciudadana como medio de lograr ese conocimiento científico. En este caso cabría hablar de una inadecuada formalización procedimental.

En este sentido, puede tener cierto interés dar noticia de la situación existente en el ordenamiento norteamericano, en relación a las obligaciones procedimentales derivadas de la cláusula constitucional del *Due Process* (Enmiendas V y XIV de la Constitución Americana)<sup>1909</sup>, de la que ya hemos hecho alguna referencia a lo largo del trabajo.

---

<sup>1908</sup> En este sentido, SIMOES GONÇALVES LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pág. 132, señala que una estructura normativa que conduzca a una hiperrigidez procedimental es ineficiente.

<sup>1909</sup> Que señalan, respectivamente lo siguiente: "No person [shall] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law...", "Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law".

No es nuestra intención realizar una exposición completa de la evolución y situación actual del *Due Process* en el Derecho norteamericano. Tampoco tiene excesivo sentido por cuanto las exigencias procedimentales de la Constitución norteamericana, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia y la doctrina de aquel país, difieren considerablemente, en nuestra opinión, del marco constitucional existente en el nuestro<sup>1910</sup>.

Así, por ejemplo, las exigencias procedimentales del *Due Process* no tienen aplicación cuando se trata de la elaboración de reglamentos<sup>1911</sup>. Por otro lado, esta cláusula sólo se aplica cuando está en juego la libertad, la propiedad o la vida de los ciudadanos<sup>1912</sup>.

---

<sup>1910</sup> Pueden consultarse, para una perspectiva general, entre otros los siguientes trabajos: REESE, J., *Administrative Law. Principles and practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1995, pp. 323 y ss., KOCH, Ch., *Administrative Law and Practice*, vol. I, West Publishing Co., Minn., 2ª ed., 1997, pp. 70 y ss., GELLHORN, E. y LEVIN, R.M., *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., Minn., 4ª ed., 1997, pp. 191 y ss., FOX, W.F. Jr., *Understanding Administrative Law*, Matthew Bender, 1992, pp. 101 y ss., o PIERCE, R.J.Jr., SHAPIRO, S.A. y VERKUIL, P.R., *Administrative Law and Process*, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1985, pp. 224 y ss. En lengua francesa, puede consultarse CAPT, G., *Les procédures administratives en droit américain*, Librairie Droz, Genève, 1989, pp. 179 y ss.. En castellano, vid. el trabajo de MUGA MUÑOZ, J.L., "El procedimiento debido en derecho", incluido en el libro de este mismo autor y CARBONEEL, E., *Agencias y procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 95 y ss.

<sup>1911</sup> En este sentido es fundamental la sentencia del Tribunal Supremo *Bi-Metallic Investment Co. v. Colorado* (239 US 441 (1915)). Vid. sobre la no aplicación del *Due Process* al procedimiento de elaboración de reglamentos SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, Little Brown and Company, 3ª ed., 1991, pp. 232 y ss, y LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública...*, op.cit., pp. 111 y ss.

<sup>1912</sup> Evidentemente, en el caso de las actuaciones administrativas el último supuesto no tendrá repercusión. Como ponen de relieve PIERCE, R.J.Jr, SHAPIRO, S.A., y VERKUIL, P.R., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 228, si la actividad administrativa no incide en la libertad o propiedad de los ciudadanos "the Constitution does not compel an agency to provide any procedural safeguards no matter how serious the adverse impact of the agency action on an individual", lo que los citados profesores consideran una característica "desafortunada" del *Due Process*. Precisamente, la denominada "explosión" del *Due Process* no tuvo lugar hasta la década de los setenta, de la mano de la apertura del concepto de propiedad, que desde la capital sentencia *Goldberg v. Kelly* (397 US 254 (1970)), se entiende abarca tanto las prestaciones sociales (por ejemplo, pensiones) como licencias u otras entregas realizadas por la Administración (subvenciones, contratos...). En esta sentencia del TS tuvieron un peso importante diversos trabajos del profesor REICH, aparecidos en años anteriores. Se trata de "Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues", 74 *Yale L.J.* 1245 (1965) y "The New Property", 73 *Yale L.J.* 733 (1964).

Además, aunque se trate de actos administrativos que afecten a alguno de los dos primeros aspectos citados, el *Due Process* no entrará en acción a menos que exista un *entitlement*, lo que no ocurre cuando nos encontramos ante decisiones discrecionales<sup>1913</sup>. En definitiva, el *Due Process*, pese a la "explosión" sufrida desde los años setenta, se configura como un marco constitucional claramente limitado, enfocado, exclusivamente, para la protección de los intereses de los privados, es decir desde una pura concepción defensiva.

No es este el caso de nuestras más completas previsiones constitucionales sobre procedimiento administrativo, pues si bien las mismas tienen en cuenta la protección jurídica de los particulares, también se extienden - como se ha argumentado extensamente a lo largo del presente estudio - a la orientación de la discrecionalidad administrativa para la obtención de acertadas decisiones. Ello justifica su ámbito omnicompreensivo, que incluye la actividad reglamentaria y planificadora.

Pero sin olvidar las diferencias de fondo que separan a ambas regulaciones procedimentales constitucionales, nos parece interesante traer a colación aquí la jurisprudencia del TS norteamericano, que, en interpretación de la cláusula del *Due Process*, ha intentado, de una forma pragmática y flexible, proporcionar algunas orientaciones al legislador y a la Administración sobre cómo deben diseñar los procedimientos administrativos.

Nos referimos a la importante sentencia *Mathews v. Eldridge*<sup>1914</sup>, que ha establecido

---

<sup>1913</sup> La necesaria existencia de un *entitlement* significa que los intereses de propiedad o libertad afectados por la actividad administrativa deben hallarse recogidos en el ordenamiento jurídico. No existe *entitlement* cuando la Administración posee discrecionalidad para resolver, lo que conduce a una extraña paradoja: a mayor discrecionalidad, menor procedimiento. Estos "irónicos resultados" producidos por el actual entendimiento del *Due Process* en Estados Unidos han sido destacados por SEARCHINGER, T., "The Procedural Due Process approach to administrative discretion: The Court's inverted Analysis", *The Yale Law Journal*, 1986, vol. 95, 1986, pp. 1017 y ss.

<sup>1914</sup> 424 US 319 (1976).

la doctrina hoy vigente en aquél país sobre, cuando entra en juego la cláusula del *Due Process*, cuánto proceso es debido, es decir, que trámites y de qué tipo deben conformar el procedimiento administrativo.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia nos importan ahora menos, aunque quizás valga la pena hacer una rápida referencia. George Eldridge había estado recibiendo dinero del gobierno debido a que se encontraba en situación de incapacidad laboral. Sin embargo una agencia estatal determinó su capacidad para trabajar y la *Social Security Administration* ratificó esa decisión, en base a diversos informes médicos y a las respuestas proporcionadas por Eldridge en un cuestionario. En consecuencia se puso fin al pago de los beneficios, tras la notificación del procedimiento y la posibilidad de presentar alegaciones por escrito.

Eldridge decidió entonces atacar la constitucionalidad de la decisión administrativa, alegando que en el procedimiento administrativo se había omitido la celebración de un *hearing*, es decir no se le había dado la oportunidad de exponer sus alegaciones oralmente.

La Administración aceptó que en este caso existía la afectación de un interés incluíble dentro del concepto de propiedad protegido por el ordenamiento, que contemplaba el derecho a la obtención de pagos periódicos de dinero en caso de incapacidad. En consecuencia, no se discutió ante el Tribunal Supremo si este supuesto encajaba o no en el radio de acción de la cláusula del *Due Process*. El litigio se centró, en cambio, en si la Administración había decidido la finalización de los pagos respetando los requisitos del *Due Process*. Es decir el núcleo del proceso se centró en la determinación de si el *quantum* del procedimiento seguido había sido suficiente o, si por el contrario, la Administración había omitido algún trámite, por ejemplo el *hearing*, imprescindible de acuerdo con la repetidamente citada cláusula constitucional.

La decisión final fue que en el caso concreto la Administración había seguido los

trámites precisos para adoptar la decisión, sin que hubiera omitido ninguno exigido por el *Due Process*. Sin embargo, más que por los hechos del caso en sí o por la decisión final, la importancia de *Mathews v. Eldridge* radica en la doctrina general que sienta sobre el modo de precisar qué trámites son requeridos por el *Due Process*, doctrina que, como decimos, está aún en vigor. Así el Tribunal Supremo declaró en esta sentencia que la identificación en cada concreto procedimiento de los específicos dictados del *Due Process* requería generalmente la consideración de tres factores distintos:

"First, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and finally, the Government's interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail..."<sup>1915</sup>.

En definitiva, lo que trata de hacer el Tribunal Supremo en esta decisión es establecer unas pautas o guías para el legislador y la Administración, que al diseñar procedimientos deberán considerar esos elementos, los cuales, en caso de impugnación, serán chequeados por los tribunales<sup>1916</sup>. El Tribunal Supremo norteamericano ofrece una fórmula abierta,

---

<sup>1915</sup> "Primero, el interés privado que será afectado por la acción oficial; segundo, el riesgo de una errónea privación de tal interés a través de los procedimientos usados, y el probable valor, si alguno, de adicionales o substitutivas garantías procedimentales; y finalmente, el interés del Gobierno, incluyendo la función envuelta y las cargas fiscales y administrativas que requisitos procedimentales adicionales o substitutivos entrañarían..."

<sup>1916</sup> La existencia de esta guía es especialmente necesaria en Derecho norteamericano, donde el 90% de la actividad se lleva a cabo mediante procedimientos denominados *informales*, es decir, no regulados por la *Administrative Procedure Act* de 1946 (que sólo les dedica el indefinido art. 555 e), referido a la notificación y motivación de solicitudes), y que, frecuentemente tampoco se hallan

basada en el *balance* o *ponderación* de intereses y valores en función de cada sector de la actividad administrativa<sup>1917</sup>, teniendo en cuenta los costes y los beneficios que cada trámite procedimental pueda provocar, estableciendo, de esta manera, un cálculo de raíces utilitaristas como fórmula flexible de determinación de la cantidad de procedimiento preciso<sup>1918</sup>.

La doctrina ha dirigido diversas críticas contra el cálculo utilitarista empleado en *Mathews v. Eldridge* por el Tribunal Supremo. Sin entrar en profundidad en las dirigidas a la concreta aplicación del balance respecto a este específico caso<sup>1919</sup>, creemos más interesante hacer referencia a las críticas más generales referidas a la virtualidad de la fórmula general de ponderación establecida.

En primer lugar, se ha notado que los términos del balance fijado por el Tribunal

---

formalizados sectorialmente. En consecuencia, existe una enorme laguna jurídica en referencia a estos procedimientos informales, que deberá ser llenada por el legislador o por la propia Administración cuando los formalice (de acuerdo con el *Due process*) o por la propia Administración al diseñar el procedimiento *ad hoc* para la toma de una decisión determinada (de acuerdo con el *Due Process*). Por tanto, el *Due Process* (cláusula constitucional no precisamente explícita, como sabemos) es la única guía del legislador y de la Administración en multitud de ocasiones, de ahí la importancia de la interpretación realizada por el TS sobre qué requisitos se derivan de la misma.

Sobre los procedimientos informales de adjudicación en Estados Unidos, vid. GARDNER, W.W., "The procedures by which informal action is taken", *Administrative Law Review*, 1972, vol. 24, núm. 1, pp. 155 y ss., y VERKUIL, "A study of Informal Adjudication Procedures", *Un. Ch.L.R.*, 739 (1976). En relación al papel de la sentencia comentada como guía del legislador y de la Administración en el diseño de procedimientos, vid. PIERCE, R.J., SHAPIRO, S.A., y VERKUIL, P.R., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 272.

<sup>1917</sup> La idea de un balance entre concretos intereses para determinar qué requisitos procedimentales se derivan del *Due Process* había aparecido un año antes de la decisión del Tribunal Supremo en el artículo de FRIENDLY, H., "Some kind of hearing", *University of Pennsylvania Law Review*, 1975, vol. 123, pp. 1276 y ss.

La necesidad de balance es enfatizada en la doctrina por GELLHORN, E. y LEVIN, R.M., *Administrative Law...*, op.cit., pp. 2 y ss.

<sup>1918</sup> Destaca esta raíz utilitarista de la decisión del Tribunal Supremo MASHAW, J.L., "The Supreme Court's due process calculus for administrative adjudication in *Mathews v. Eldridge*. Three factors in search of a theory of value", *Univ. Ch. L. R.*, 44, 1976, pp. 46 y ss.

<sup>1919</sup> Al respecto, vid. MASHAW, J., "The Supreme...", op.cit., pp. 37 y ss.



Supremo - enjundia del interés privado afectado, peligro de daño del mismo por el procedimiento empleado, beneficios aportados por los adicionales o substitutivos trámites a imponer y efectos de éstos sobre el interés público, en términos temporales o monetarios<sup>1920</sup> - son incompletos. Valores importantes, intrínsecos al procedimiento, no han sido incorporados en la visión puramente "cuantitativa" del cálculo, basado en la asunción de que el procedimiento tiene como único fin la corrección del *output*, con olvido de otras facetas<sup>1921</sup>.

En segundo lugar, diversos autores han notado que los tribunales se hallan en una mala posición institucional para realizar esa ponderación y decidir si los trámites seguidos son o no suficientes de acuerdo con el *Due Process*. Por un lado, porque los tribunales tienen una "dificultad institucional" en perfilar el tipo de trámites que deban seguirse, por cuanto les faltan datos y habilidad para diseñar procedimientos y, además, ese diseño debe hacerse a golpe de sentencia, sin visión panorámica del entero sector de la actividad y con la posibilidad de que distintos tribunales impongan trámites diferentes<sup>1922</sup>. Por otro lado,

---

<sup>1920</sup> El propio Tribunal Supremo en la decisión comentada afirma que:

"Financial cost alone is not a controlling weight in determining whether due process requires a particular procedural safeguard prior to some administrative decision. But the Government's interest, and hence that of the public, in conserving scarce fiscal and administrative resources is a factor that must be weighed. At some point the benefit of an additional safeguard to the individual affected by the administrative action and to society in terms of increased assurance that the action is just, may be outweighed by the cost. Significantly, the cost of protecting those whom the preliminary administrative process has identified as likely to be found undeserving may in the end come out of the pockets of the deserving since resources available for any particular program of social welfare are not unlimited".

<sup>1921</sup> En este sentido MASHAW, J., "The Supreme...", op.cit., pp. 49 y ss., y KOCH, CH., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 109, quienes se refieren a la necesidad de tener en cuenta valores como la dignidad de la persona, la igualdad o la aceptación cuando se diseñen procedimientos administrativos.

<sup>1922</sup> Enfatizan estos aspectos, FRIENDLY, H., "Some kind...", op.cit., pp. 1302 y ss., y GELLHORN, E., y LEVIN, R., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 234.

porque el balance entre intereses y valores contrapuestos conlleva un factor de subjetivismo al identificar, valorar y comparar esos elementos<sup>1923</sup>.

Todos estos factores conducen a que se subraye que el diseño de procedimientos debe dejarse a los Estados o, cuando sea apropiado, al Congreso y a las Agencias Federales<sup>1924</sup>, señalando que el papel judicial residiría, más que en una determinación de cuáles sean los trámites precisos, en una revisión del diseño efectuado, comprobando la consideración cuidadosa de los efectos de la elección procedimental<sup>1925</sup>.

¿Qué utilidad puede tener para nosotros esta doctrina del Tribunal Supremo norteamericano y las opiniones citadas de autores de aquel país?. Aun teniendo en cuenta las significativas diferencias entre ambos ordenamientos, creemos que la concepción profunda encerrada en *Mathews v. Eldridge* puede sernos de utilidad. Es cierto que la estructura del *Due Process* difiere de nuestro marco constitucional, dirigido tanto a la protección de los privados como al logro de una buena administración en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. También lo es que en nuestro caso, las previsiones del esqueleto de principios e instituciones contemplado en la regulación estatal común y su desarrollo autonómico y local son de aplicación en todo caso, aún cuando el procedimiento no se halle formalizado<sup>1926</sup>.

---

<sup>1923</sup> Llama la atención sobre ello ALEINIKOFF, A.T., "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, 96, 1986, pp. 943 y ss., especialmente pág. 972 y ss., destacando que el balance entre intereses comporta la elección de los mismos y el otorgamiento de distinto peso, lo que, en definitiva, conduce al manejo de una escala de valores.

<sup>1924</sup> FRIENDLY, H., "Some Kind...", op.cit., pág. 1303.

<sup>1925</sup> MASHAW, J., "The Supreme...", op.cit., pág. 58.

<sup>1926</sup> A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos en el caso de los procedimientos de adjudicación informales no formalizados, en los que no se puede hallar en la *Administrative Procedure Act* de 1946 ningún esqueleto de principios o instituciones aplicables. Precisamente PIERCE, R.J.Jr., SHAPIRO, S.A., y VERKUIL, P.R., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 338, denuncian esta laguna como un problema y proponen la modificación de la *Administrative Procedure Act* para establecer unos mínimos requisitos (notificación, audiencia, motivación, decisión imparcial) que se aplicaran en el caso de los procedimientos informales de adjudicación, evitando la dificultad actual para la

Nuestra regulación general de procedimiento ya ha efectuado un primer balance de intereses y, en consecuencia, actúa como guía, tal como dijimos, para la normativa sectorial.

Ahora bien, aparte de las exigencias de la regulación general, nuestro legislador o nuestra Administración, una vez ha decidido que es necesario o pertinente formalizar un procedimiento sectorial, se va a encontrar con la cuestión de elegir trámites concretos. En esta operación, entendemos que la idea de fondo de *Mathews v. Eldridge* tiene validez, en el sentido de que *es preciso, en cada caso, efectuar una ponderación de los efectos negativos (retrasos temporales, gastos económicos, consecuencias de una decisión errónea) y de los efectos positivos (mejor protección de los intereses privados, potenciación de la buena administración) que el trámite a introducir pueda presumiblemente comportar, antes de decidir el diseño procedimental*<sup>1927</sup>. Sin olvidar, en ningún momento, que entre los efectos positivos puede contarse la potenciación de *valores procedimentales intrínsecos*, no enfocados exclusivamente a la corrección de la decisión final, como pueden ser la dignidad de las personas (art. 10.1 CE), el principio democrático o el principio de transparencia.

En consecuencia, la regulación que formalice el procedimiento administrativo deberá ponderar, colocando en ambos platillo de la balanza, diversos factores. Por un lado, los *costes* temporales y monetarios de los trámites a introducir<sup>1928</sup>, así como la probabilidad de que sin los mismos se produzca una mala decisión y los efectos de esta mala calidad de

---

Administración, el legislador y los tribunales de diseñar el procedimiento sobre la única base del cálculo sentado por el Tribunal Supremo en *Mathews v. Eldridge*.

<sup>1927</sup> Lo que deberá conducir a la realización, cuando proceda, de los pertinentes estudios para conocer esos efectos. Insiste en este aspecto en la doctrina norteamericana KOCH, CH., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 112., subrayando la escasez de investigación empírica sobre los efectos de distintos trámites procedimentales.

<sup>1928</sup> Respecto a estos últimos, se ha de recordar el art. 31.2 CE, que obliga a que el gasto público se someta a los principios de eficiencia y economía, incluido, a nuestro entender, el gasto causado por el concreto diseño de procedimientos administrativos.

la decisión final. Por otro, la benéfica influencia que sobre la mejora de la decisión podrían tener los concretos trámites, sopesando su probable contribución al logro del deber de buena administración y a la protección de los derechos e intereses de los particulares<sup>1929</sup>. Ahora bien, es importante notar, como se apuntó, que en este segundo platillo de la balanza referido a los beneficios deben incluirse también los valores que los trámites aportan por sí mismos, con independencia de su relación instrumental con la decisión final<sup>1930</sup>.

El tipo de análisis procedimental aquí propuesto fue realizado, precisamente, en la STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5, donde se negó la posibilidad de acumular dos dictámenes consultivos, uno del Consejo de Estado y otro del órgano autonómico equivalente, en el procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos, teniendo presente los principios de *eficacia, eficiencia y economía*. Los costes producidos (retrasos, gastos

---

<sup>1929</sup> CRAIG, P.P., "Procedures and Administrative decisionmaking: a common law perspective", en el número especial de 1993 sobre procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, pág. 57, denomina a este enfoque el fundamento "instrumental" del procedimiento administrativo, el cual tiene profundas raíces utilitaristas. Desde este punto de vista, la justificación para los derechos procedimentales se basaría en el hecho de que éstos servirían para hacer que el derecho substantivo "funcionara mejor". En este sentido, este enfoque utilitarista presupone alguna forma de análisis coste-beneficio, en el cual se ponderaría el coste para la Administración de tener que otorgar derechos procedimentales y el efecto que, en caso de existir, tendrían tales derechos sobre la corrección de la decisión final. Sólo si la segunda variante superara a la primera entonces los derechos procedimentales deberían existir.

Este enfoque puede encontrarse por ejemplo en POSNER, R., "An economic approach to legal procedure and judicial administration", *The Journal of Legal Studies*, 2, 1973, pp. 399 y ss.

<sup>1930</sup> Así, CRAIG, P.P., "Procedures and...", op.cit., pág. 58, quien se refiere a esta perspectiva como el "fundamento dignificador", según el cual "process rights are perceived as one important mechanism to ensure that individuals are treated as persons rather than objects", enlazando así con el pensamiento Kantiano. Por nuestra parte, queremos destacar que ciertos trámites no sólo afectan al valor dignidad (art. 10.1 CE), sino que también pueden incidir, como se ha dicho, sobre los principios democráticos o de transparencia, así como sobre la aceptabilidad de la decisión a adoptar.

Este segundo enfoque entendemos que está ausente en el trabajo antes citado de POSNER, R., "An economic approach...", op.cit., pp. 401, por cuanto, al referirse a la cuestión de si un particular debe ser oído en una audiencia (*trial-type hearing*) antes de adoptar un acto administrativo desfavorable para el mismo, este autor considera los costes que puede acarrear un error en la decisión final y los costes directos (tiempo, dinero) del trámite en sí, así como su contribución para evitar el error, pero no alude en ningún momento al valor del trámite de audiencia en sí mismo, en relación con la dignidad de la persona interesada.

económicos) por tal duplicación, en la ponderación del TC, hubieran excedido de los beneficios generados (en términos de garantía de legalidad y contribución a la buena administración). De ahí la interpretación efectuada del segundo párrafo del art. 23 LOCE. Ponderación que, con anterioridad a la decisión citada del TC, ya había sido realizada y resuelta de idéntica manera por el legislador, en el art. 13.1 LBRL, al admitir alternativamente el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, si existiere, para la creación o supresión de Municipios, así como para la alteración de términos municipales.

La utilización de este tipo de estudios procedimentales debe servir, de igual modo, para analizar los procedimientos existentes ya en la actualidad, a fin de mejorarlos, añadiéndoles trámites precisos o, en la medida de lo posible, simplificándolos. De esta manera podrá hacerse viable el deber constitucional de buena administración. En el ámbito de la Administración del Estado, además, este análisis procedimental viene consagrado como un deber jurídico por la LOFAGE. Esta ley señala, como un componente del principio de servicio a los ciudadanos, el deber de asegurar a éstos "la continua mejora de los procedimientos (...) teniendo en cuenta los recursos disponibles" (art. 4.1 b) LOFAGE).

No cabe ofrecer aquí una fórmula matemática para el (re) diseño de procedimientos administrativos. Sí, pero, cabe enfatizar la necesidad y el valor de esos estudios sectoriales y de esa ponderación, así como la necesidad de que el legislador y la Administración sean conscientes de su importancia, como factor de mejora de la actividad administrativa y, en definitiva, de logro de una buena administración<sup>1931</sup>.

---

<sup>1931</sup> SIMOES GONÇALVES LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pp. 134 y 135, se refiere a la responsabilidad del legislador de encontrar un "punto óptimo" de formalización procedimental. Ésta tanto puede perturbar la actividad administrativa y causar costes innecesarios como ser un elemento de simplificación al permitir establecer rutinas decisorias.

STRAUSS, P.L., "From expertise to politics: the transformation of American Rulemaking",

### 3.2 Ausencia de formalización y régimen jurídico aplicable al procedimiento administrativo. El papel de la Administración y de los Tribunales (remisión).

Cuando la formalización del procedimiento sectorial no sea obligatoria, por no existir reserva de ley en la concreta materia, ni se considere conveniente, el procedimiento administrativo quedará como no formalizado<sup>1932</sup>.

La ausencia de formalización, sin embargo, no debe interpretarse como la ausencia de regulación jurídica del procedimiento en ese sector de la actividad administrativa, como reiteradamente se ha puesto de relieve. En cualquier caso, serán de aplicación los principios y las instituciones del procedimiento común, así como el desarrollo de las mismas efectuado por la normativa autonómica o local en su caso aplicable<sup>1933</sup>.

En consecuencia, el instructor del procedimiento debe guiar su comportamiento de acuerdo con esos principios e instituciones y, de conformidad con los mismos, establecer trámites *ad hoc* que permitan el cumplimiento de esa normativa común y de desarrollo. La Administración podrá modular la cantidad de trámites exigibles - siempre que no omita los

---

*Wake Forest Law Review*, vol. 31, núm.3, 1996, pág. 775, destaca la necesidad de efectuar "análisis de impacto procedimental", puesto que tales estudios son precisos para "a government of constrained resources as regulatory impact analysis is for the economy as a whole. Our challenge is to find means of encouraging attention and responsibility without imposing debilitating costs".

<sup>1932</sup> Sobre este tipo de procedimientos, vid. por todos GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento Administrativo Común...", op.cit., pp. 415 y ss.

<sup>1933</sup> En este sentido, SIMOES GONÇALVES LOUREIRO, J.C., *O procedimento administrativo...*, op.cit., pág. 58: "a inexistência de um procedimento formalizado nao equivale à la liberdade de conduta da Administração. Com efeito, a discricionariedade está marcada pela juridicidade, correspondendo sempre a uma actividade vinculada ao interesse público, isto é, finalisticamente vinculada. O agente deve começar por procurar determinar se há e qual a extensão do paradigma de decisão acolhido normativamente; na sua ausência, deverá construir uma norma de decisão, guiado pelos princípios jurídicos que regem a actividade administrativa".

preceptivamente contemplados en el marco normativo general aludido -, así como la intensidad de la fundamentación y motivación de la decisión, en función del tipo de actividad de que se trate y de las necesidades sectoriales, sin desconocer, en ningún caso los derechos e intereses de los ciudadanos.

En consecuencia, el instructor goza de flexibilidad, de discrecionalidad si se quiere, para elegir los trámites adecuados para los objetivos a cumplir. Ahora bien, ese margen de actuación no debe confundirse con arbitrariedad, que, como sabemos, está prescrita por nuestra Constitución. La elección de los precisos trámites y la intensidad en su cumplimiento no depende del capricho del instructor, sino que está en conexión con las circunstancias del caso. Además, regirá en cualquier caso el principio de objetividad en conexión con los de congruencia y oficialidad, lo que exigirá una adecuada fundamentación de la decisión y una ponderación de las circunstancias del caso, como ya nos consta.

El ejercicio de esta discrecionalidad procedimental será revisable ante los tribunales de justicia, que, en su caso, controlarán que la actividad procedimental desarrollada tuvo un fundamento racional y se orientó a lograr la mejor de las decisiones posibles sin desconocer los derechos e intereses de los particulares. Los Tribunales no podrán imponer trámites de forma arbitraria, anulando la decisión adoptada por su falta, salvo que su preceptividad venga recogida en la normativa común estatal - por ejemplo, dictamen preceptivo de órgano consultivo que no ha sido solicitado - o en la autonómica y local de desarrollo. Cuando esa preceptividad no se derive del marco general citado, el tribunal deberá respetar la labor de configuración procedimental *ad hoc* realizada por la Administración, que, siempre que no dañe intereses o derechos privados y realice una suficiente actividad instructora, acompañada del pertinente análisis del caso concreto, está en mejor disposición para apreciar qué iter procedimental es el más apropiado para desarrollar sus funciones, al estar en contacto directo

con los problemas que presenta la realidad social<sup>1934</sup>.

A continuación vamos a analizar con más detalle el papel de la Administración y de los tribunales de justicia en relación al cumplimiento del deber de buena administración y al procedimiento administrativo.

---

<sup>1934</sup> Este punto ha sido reiteradamente puesto de relieve por el Tribunal Supremo norteamericano, quien en diversas sentencias ha destacado que la Administración está mejor situada que los tribunales para configurar sus propios procedimientos de actuación, por lo que no corresponde a los mismos imponer requisitos extra, no contemplados en la legislación general o sectorial aplicable. Vid. al respecto, por ejemplo, las sentencias *Federal Communications Commission v. Taft B. Schreiber et al* (381 US 279 (1965)) y la fundamental decisión *Vermont Yankee Nuclear power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (435 US 519 (1978)). En palabras de esta última sentencia:

"Absent constitutional constraints or extremely compelling circumstances the 'administrative agencies' should be free to fashion their own rules of procedure and to pursue methods of inquiry capable of permitting them to discharge their multitudinous duties.'" *FCC v. Schreiber*, 381 U.S., at 290, 85 S.Ct., at 1467, quoting from *FCC v. Pottsville \*544 Broadcasting Co.*, 309 U.S., at 143, 60 S.Ct., at 441. Indeed, our cases could hardly be more explicit in this regard. \*\*1212 The Court has, as we noted in *FCC v. Schreiber*, supra, at 290, and n. 17, 85 S.Ct., at 1467, upheld this principle in a variety of applications (...).

We have continually repeated this theme through the years, most recently in *FPC v. Transcontinental Gas Pipe Line Corp.*, 423 U.S. 326, 96 S.Ct. 579, 46 L.Ed.2d 533 (1976), decided just two Terms ago. In that case, in determining the proper scope of judicial review of agency action under the Natural Gas Act, we held that while a court may have occasion to remand an agency decision because of the inadequacy of the record, *the agency should normally be allowed to "exercise its administrative discretion in deciding how, in light of internal organization considerations, it may best proceed to develop the needed evidence and how its prior decision should be modified in light of such evidence as develops."* *Id.*, at 333, 96 S.Ct., at 583. We went on to emphasize:

"At least in the absence of substantial justification for doing otherwise, a reviewing court may not, after determining that additional evidence is requisite for adequate review, proceed by dictating to the agency the methods, procedures, and time dimension of the needed inquiry and ordering the results to be reported to the court without opportunity for further consideration on the basis of the new evidence by the agency. Such a procedure clearly runs the risk of 'propel[ling] the court into the domain which Congress has set aside exclusively for the administrative agency.'" *SEC v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194, 196, 67 S.Ct. 1575, 91 L.Ed. 1995 (1947)." *Ibid.*