



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

## **2. La responsabilidad de la Administración Pública en el cumplimiento del deber de buena administración. La importancia de la figura del instructor y la trascendencia de los actos de trámite.**

Es a la Administración Pública a quien compete, en el concreto desarrollo de cada procedimiento administrativo, dar cumplimiento al deber constitucional de buena administración, orientando el ejercicio de sus funciones de conformidad con los principios contenidos en los arts. 9.3, 31.2, 103.1, y 105 CE.

La Constitución, pues, vincula directamente a la Administración. Como fue notado hace ya años por BACHOF<sup>1935</sup>:

"El control de legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración; significa que también se controla a la Administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución. Y no sólo porque la ley aplicada por la Administración únicamente puede cubrir la actuación administrativa cuando ella misma supera por su parte un control de constitucionalidad: hasta aquí el control de constitucionalidad de la Administración es aún control primario de constitucionalidad de la legislación. Sino también porque la Administración se ve directamente confrontada con la Constitución, sin posibilidad de cubrirse con la ley ordinaria, en esa amplia zona que le es abandonada a sus propias decisiones - bajo las rúbricas de arbitrio y de margen de discrecionalidad -".

No debe olvidarse, sin embargo, que entre la Constitución y la Administración se

---

<sup>1935</sup> BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 43.

interpone la figura del legislador (empleada ahora esta palabra en sentido lato, abarcando tanto a la Ley como al reglamento). Cuando el procedimiento administrativo en un determinado ámbito de actuación administrativa está formalizado, la norma que lo formalice, respetando la regulación del procedimiento administrativo común y el desarrollo autonómico y local, articulará los principios constitucionales de buena administración en precisos trámites procedimentales, que deberán ser cumplidos por el órgano administrativo competente. Cuando, por el contrario, el procedimiento no esté formalizado, será el propio órgano administrativo el que, de acuerdo con la regulación general aludida, elegirá los trámites que sean precisos para el desarrollo de la concreta competencia.

En este último supuesto, ausencia de formalización del procedimiento, lógicamente la Administración debe orientar su actuación conforme a los principios e instituciones que sean específicamente precisos al supuesto concreto, cuyo cumplimiento también deberá ajustarse en cada caso. Quiere esto decir que los principios constitucionales y los procedimentales a ellos conectados no tienen en todo caso una aplicación unívoca. Ciertos principios no tendrán aplicación en todo procedimiento. Es el caso, por su propia lógica, del de coordinación, cuando no estén implicados diversos intereses públicos, o el de eficiencia, cuando no estén en juego recursos públicos.

Por otro lado, el cumplimiento de los deberes procedimentales no requiere el mismo grado de intensidad en todo caso. No es lo mismo adoptar una decisión de gran complejidad, donde pueden estar envueltos numerosos e indeterminados intereses - caso, por ejemplo, de la elaboración de un Plan General de urbanismo o de un reglamento - que decidir acerca de otros supuestos donde se trata de una relación bilateral entre la Administración y un particular - otorgamiento de una autorización demanial, por ejemplo. El cumplimiento de los deberes de buena administración mediante el seguimiento de determinados trámites

procedimentales no requiere la misma intensidad. Aspectos como la fundamentación o la motivación de la decisión podrán ser, en consecuencia, distintos en su profundidad y exhaustividad, cabiendo un menor grado de intensidad en el segundo caso.

En los supuestos de no formalización del procedimiento, deberá ser el órgano administrativo competente quien adecúe el número de trámites y la intensidad de su cumplimiento a las exigencias del supuesto, no cabiendo, pero, una degeneración del procedimiento y su conversión en puro formalismo de aparente cumplimiento.

De lo dicho, se deduce, sin embargo, que la función de la norma se revela de la mayor importancia, esté o no el procedimiento formalizado, por cuanto en todo caso aparece como instancia intermedia entre la Constitución y la Administración, sea sólo como reguladora del procedimiento común y del desarrollo autonómico y local, sea, además, como formalizadora de concretos procedimientos. No nos queda sino remitirnos en este punto al apartado anterior, en el que nos hemos ocupado de la regulación normativa del procedimiento administrativo.

Esté el procedimiento formalizado o no, la fase de instrucción del mismo también se revela, a tenor de todo lo expuesto, como un período de gran trascendencia<sup>1936</sup>. A pesar de que la instrucción ha sido tradicionalmente menospreciada, debido a la obsesión por el acto definitivo<sup>1937</sup>, debe notarse que es en ese momento cuando debe hacerse realidad el deber de buena administración y el desarrollo de los principios constitucionales que lo integran, a través de los principios procedimentales que los traducen. No nos queda en este

---

<sup>1936</sup> Recordemos de nuevo las palabras de la exposición de motivos de la LPA: "los actos de instrucción constituyen, sin duda alguna, los más importantes del procedimiento, por cuanto tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución".

<sup>1937</sup> En este sentido, ALBANESE, G., *Il procedimento amministrativo e la riforma delle autonomie locali*, CEDAM, 1993, pp. 107 y ss.

punto sino remitirnos a lo ya dicho con anterioridad<sup>1938</sup>.

Queremos llamar la atención ahora sobre un punto concreto. Se trata de la impugnación independiente de que puedan ser objeto los denominados actos de trámite. Tradicionalmente, la legislación procedimental sólo ha permitido el recurso independiente contra estos actos en los casos en que sus defectos no permiten continuar el procedimiento o causan indefensión (art. 107.1 LRJPAC, 37.1 LJCA).

Sin embargo, en aquellos casos en que se desarrolla una potestad discrecional, ¿qué ocurre con los defectos de los actos de trámite que, sin causar indefensión y aun permitiendo continuar el procedimiento, influyen determinadamente en la resolución final?. Es decir, ¿qué pasa con los vicios de los actos de trámites que hurtan del conocimiento del órgano decisor hechos, intereses o elementos de juicio precisos para ejercer adecuadamente la discrecionalidad?. Pensemos, por ejemplo, en los casos en que no se decide la apertura de un trámite participativo como la información pública, o no se responden a las alegaciones presentadas en la misma, o no se solicita un informe preceptivo. En estos casos es difícil sostener que se causa indefensión o que se impide continuar el procedimiento. ¿Debe esperarse a que ya se haya ejercitado la discrecionalidad para poder impugnar el vicio?.

No creemos que ésta sea la solución adecuada. Al tener que esperar a la decisión final se permite que defectos con una influencia determinante sobre el modo en cómo se desarrolla la función administrativa orienten la discrecionalidad. Para evitar esto e intentar atajar, desde un principio, el mal uso de la discrecionalidad, consideraríamos conveniente que en los arts. 107.1 LRJPAC y 37.1 LJCA se introdujera un supuesto nuevo, según el cual fuera posible impugnar separadamente aquellos vicios de los actos de trámite que fueran a tener una influencia determinante sobre el ejercicio de la función, decidiendo directa o indirectamente

---

<sup>1938</sup> Vid. *supra* Capítulo V.1.2.

sobre el fondo del asunto<sup>1939</sup>. Eso permitiría evitar a tiempo defectuosas decisiones discrecionales, objetivo que no debería comportar un aumento desproporcionado de la litigiosidad, por cuanto serían la propia Administración (en vía de recurso administrativo) o los tribunales quienes decidieran si el vicio alegado referido a un acto de trámite influye sobre el fondo de la decisión final, decisión que serviría de filtro ante las alegaciones infundadas<sup>1940</sup>.

En cualquier caso, los defectos en los actos de trámite en el desarrollo de la discrecionalidad pueden ser alegados durante el transcurso del procedimiento ante la propia Administración actuante (arts. 79.2 y 107.1 LRJPAC), dando lugar, en su caso, a la responsabilidad patrimonial de ésta (arts. 139 y ss. LRJPAC), así como a "la correspondiente responsabilidad disciplinaria" (art. 79.2 LRJPAC). Además consideramos que pueden ser alegados ante el Defensor del Pueblo o equivalente autonómico, que conocerá de estas quejas

---

<sup>1939</sup> Destacan que los actos de trámite impugnables deben ser aquéllos que resuelven sobre el fondo del asunto BOQUERA OLIVER, J.M., *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1985, pp. 194 y 195, y GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo español*, vol. III, EUNSA, Pamplona, 1997, pág. 406.

<sup>1940</sup> El replanteamiento de la trascendencia de los actos de trámite debe afectar también a otros supuestos. Pensemos por ejemplo en el caso de la aprobación municipal provisional de los planes de urbanismo. Como tuvimos ocasión de ver (supra Capítulo V.1.3), la jurisprudencia del TS ha señalado que el acto de aprobación definitiva autonómico no puede substituir las decisiones discrecionales municipales en los casos en los que no estén en juego intereses supralocales. En consecuencia, la última palabra sobre las decisiones discrecionales referidas a la esfera municipal la tiene el Ayuntamiento y se plasma en el acto de aprobación definitiva. Sin embargo, la jurisprudencia del TS sostiene que el acto de aprobación provisional *es un acto de trámite* integrado en el procedimiento complejo y bifásico de aprobación del planeamiento urbanístico, no impugnabile separadamente, excepto en los casos de nulidad de pleno derecho. Vid. en este sentido las SSTs de 30 de abril de 1990 (3624), 26 de enero de 1988 (Ar. 428) y 19 de octubre de 1993 (Ar. 7367).

En realidad debería reflexionarse sobre esta jurisprudencia, puesto que el acto de aprobación provisional *resuelve el fondo del asunto respecto a las cuestiones conectadas con intereses puramente locales*. La discrecionalidad municipal en este ámbito no va a poder ser modificada por la Comunidad Autónoma en la posterior aprobación definitiva. En consecuencia, respecto a las decisiones no referidas a intereses supralocales, el acto de aprobación provisional *es un acto definitivo*, que debería poder ser objeto de impugnación de forma independiente, esté o no aquejado de un vicio de nulidad absoluta. Es este un supuesto en el que el impacto del principio de autonomía municipal ha influido, indirectamente, en la caracterización del acto de aprobación provisional, lo que, hasta el momento, no ha sido objeto de atención específica.

en desarrollo de su labor de supervisión de la actividad administrativa<sup>1941</sup>. Y, por supuesto, podrán ser objeto de alegación en la impugnación que pueda realizarse del acto definitivo<sup>1942</sup>.

Si la fase de instrucción es tan importante y los actos de trámite pueden tener tanta trascendencia en el modo de desarrollo de la función administrativa, es obvio que el sujeto encargado de llevar adelante esa instrucción es un personaje clave. Esta reflexión nos introduce en la consideración de la figura del instructor.

La LRJPAC menciona explícitamente la palabra "instructor" en el art. 80 (referido a la prueba) y en el art. 85.3 (en conexión con los principios de igualdad y contradicción en el procedimiento). En otras ocasiones se refiere al órgano que tramita el procedimiento (art. 78, referido a los actos de instrucción) o al órgano competente para redactar la propuesta de resolución (art. 79.1). En otros supuestos alude a la Administración en general (art. 81.1) o se limita a utilizar expresiones impersonales (por ejemplo, el procedimiento "se impulsará de oficio", art. 74.1. Véanse también los arts. 74.2, 75, 76, 82 ó 84).

En todos estos artículos, se use o no la palabra explícitamente, está implícita la figura del *instructor*. Una figura que no ha despertado demasiada atención entre la doctrina administrativista.

Por otro lado, los arts. 35.b) y 41 LRJPAC aluden, como ya sabemos, al responsable del procedimiento. Este último precepto señala que:

---

<sup>1941</sup> Vid. al respecto las consideraciones contenidas en el apartado siguiente.

<sup>1942</sup> Lo que nos introduce en la cuestión de la trascendencia de estos vicios procedimentales en relación al acto definitivo, cuestión que es objeto de análisis en el epígrafe siguiente, dedicado al control judicial.



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

Como ha sido notado, esta figura parece tener una inspiración clara en el responsable del procedimiento contemplado en los arts. 4 y ss. de la Ley italiana de 7 de agosto de 1990<sup>1943</sup>, así como en otras figuras semejantes existentes en el panorama europeo y norteamericano<sup>1944</sup>. Nótese, sin embargo, la parecida dicción que el art. 76 LPA tenía en comparación con este art. 41 LRJPAC:

"Los jefes o funcionarios que tuvieren a su cargo el despacho de los asuntos serán responsables de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para que no sufran retraso, proponiendo lo conveniente para eliminar toda anomalía en la tramitación de expedientes y en el despacho con el público".

---

<sup>1943</sup> Sobre esta figura vid., por ejemplo, ALBANESE, G., *Il procedimento...*, op.cit., pp. 95 y ss., ITALIA, V., y BASSANI, M., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Giuffrè, 1991, pp. 73 y ss., PUBUSA, A., *L'attività amministrativa in trasformazione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, pp. 37 y ss.

<sup>1944</sup> En este sentido, vid. MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 328. Aparte de los ejemplos citados por esta autora, hay que tener en cuenta también a los *Administrative Law Judges*, encargados del desarrollo del procedimiento en el caso de las *formal adjudications*. Vid. sobre esta figura, por ejemplo, GELLHORN, E. y LEVIN, R., *Administrative Law...*, op.cit., pp. 261 y ss., FOX, W.Jr., *Understanding...*, op.cit., pp. 218 y ss. y CARBONELL PORRAS, E., "Los procedimientos administrativos...", op.cit., pp. 84 y ss.

¿Son idénticas las figuras del instructor y del responsable del procedimiento? La respuesta afirmativa nos parece la interpretación más plausible, en la línea de lo ya expuesto por MALARET, quien considera que "el responsable se configura así como el sujeto *responsable de la instrucción*. Esta perspectiva es, en mi opinión, técnicamente más correcta que la posición a la que parece aludir el encabezamiento del art. 41 LRJPAC "responsabilidad de la tramitación". Si bien, es preciso añadir que entiendo que la interpretación de este precepto conjuntamente con la regulación del procedimiento establecido en la LRJPAC desmiente esta versión inicial. A no ser que se entendiese que el sujeto en cuestión se coloca en una posición externa a la conducción de la instrucción; como una especie de garante de la buena marcha del proceso, sin atribuciones concretas. Interpretación que no parece coherente con la lógica del procedimiento administrativo"<sup>1945</sup>.

El responsable-instructor del procedimiento es el encargado de conducir éste de forma activa, haciendo realidad el *deber de buena administración* y la *garantía de los derechos e intereses* de los interesados y de aquellos ciudadanos que, sin serlo, participen en el procedimiento, al proporcionarles un interlocutor y evitar así la difuminación de la responsabilidad administrativa<sup>1946</sup>. Creemos que la labor de este sujeto puede ayudar en ambas direcciones, aunque en lo que sigue vamos a centrarnos, debido a la naturaleza de este

---

<sup>1945</sup> MALARET, E., "Principios...", op.cit., pág. 332. FANLO LORAS, A., "Disposiciones generales sobre...", op.cit., pp. 232 y 234, también identifica las figuras del responsable del procedimiento y del instructor.

Esta identificación, sin embargo, puede no ser total en los casos en que quien instruya y quien resuelva sean sujetos distintos. En estos supuestos habrá un instructor, que además será responsable del procedimiento, pero también habrá otro responsable del procedimiento, que, sin embargo, no será instructor. Las quejas que puedan presentar los ciudadanos por la tramitación (art. 79.2 LRJPAC) se dirigirán al instructor o/y al sujeto titular de la competencia resolutoria, quien será también responsable de la buena marcha del procedimiento, exigiendo, en su caso, la oportuna responsabilidad disciplinaria del instructor.

<sup>1946</sup> Sobre la distinción entre interesado y participante, vid. *supra* Capítulo V.1.2 a.1.

estudio, en el primer aspecto<sup>1947</sup>.

Así, debe notarse que el responsable-instructor *racionaliza* la actividad administrativa, al dotar de un hilo conductor el desarrollo de la función administrativa.

El responsable-instructor debe implementar el *deber de objetividad* a través del desarrollo de los *principios procedimentales de oficialidad y contradicción* (arts. 74, 78, 85.3 LRJPAC). Este sujeto debe recoger la información precisa sobre las circunstancias del caso y hacerse con los elementos de juicio necesarios para la ponderación de las mismas<sup>1948</sup>. En definitiva, corresponde al responsable-instructor constuir una fundamentación suficiente de la futura decisión a adoptar.

Este sujeto debe actuar también como *factor de coordinación*, haciendo realidad el deber de ponderación de otros intereses públicos implicados en la toma de la decisión. Para ello, el responsable-instructor se atenderá a los trámites preceptivos contemplados en la normativa sectorial aplicable o, en caso de ausencia de formalización del procedimiento, abrirá por sí mismo trámites de participación y consulta con otros órganos u

---

<sup>1947</sup> Respecto a la relación entre el responsable del procedimiento y el adecuado desarrollo de la función administrativa, vid. en la doctrina italiana, por ejemplo, ALBANESE, G., *Il procedimento...*, op.cit., pág. 97, ITALIA, V. y BASSANI, M., *Procedimento...*, op.cit., pp. 73 y ss., donde ponen de relieve las conexiones entre esta figura y los principios de eficiencia y transparencia, así como la garantía que puede suponer para la efectividad del principio constitucional del *buon andamento*, y PUBUSA, A., *L'attività...*, op.cit., pp. 49 y ss., quien destaca las interrelaciones entre el responsable del procedimiento y el principio de *buon andamento*, ya que éste exige una completa y rápida fase de instrucción, lo que puede lograrse mediante la actividad racionalizadora de aquél.

<sup>1948</sup> Por ejemplo, art. 82.1 LRJPAC: "se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver". Al respecto, MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pp. 330 y 331, señala que corresponderá al responsable-instructor buscar soluciones para el caso de que los informes solicitados no sean emitidos en plazo, pudiéndolos pedir entonces a otros órganos administrativos, a entes públicos, a universidades o a privados (mediante la fórmula de la encomienda de gestión o del contrato de asistencia técnica, en el último caso), en la línea de lo explicitado por el art. 17 de la Ley italiana n.241 de 1990. Coincidimos con esta autora en que aunque la LRJPAC no contenga un precepto semejante no existe ningún impedimento jurídico para ello. Más aún, los principios procedimentales de oficialidad y celeridad (en conexión, como sabemos con los constitucionales de objetividad y eficacia) creemos que exigen esa actividad del responsable-instructor.

Administraciones, a fin de lograr el conocimiento y ponderación de sus intereses, como exige el principio de coordinación (art. 4 LRJPAC)<sup>1949</sup>.

En este sentido, la normativa procedimental debe potenciar, en nuestra opinión, el papel activo del responsable-instructor como elemento coordinador. Así, por poner un ejemplo, nos parece acertada la regulación contenida en el Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa (prevista en la Ley 5/1995, de 23 de marzo) a "Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima" y a determinadas sociedades de su grupo. El régimen de esta autorización se superpone parcialmente con el régimen de participaciones significativas definido en la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la se adiciona un nuevo Título VI en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que posibilita la supervisión del Banco de España sobre los actos de adquisición de participaciones significativas en entidades de crédito. La norma mencionada establece un procedimiento de información recíproca para asegurar la coordinación de los dos regímenes respecto a actuaciones que supongan adquisiciones relevantes del capital de las sociedades incluidas en su ámbito de aplicación.

A tal fin, el órgano instructor del procedimiento de concesión de la autorización prevista en la Ley 5/1995, de 23 de marzo (la Dirección General del Patrimonio del Estado, según el art. 4.3 de este Real Decreto) pondrá en conocimiento del Banco de España las solicitudes de autorización que se reciban. Igualmente el Banco de España deberá dar traslado al órgano instructor citado de las informaciones que se le comuniquen en relación con las sociedades incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto, en cumplimiento de la

---

<sup>1949</sup> MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 331, destaca esta faceta del responsable del procedimiento, que puede conducir, incluso, al recurso a las conferencias sectoriales.

En la doctrina italiana, ALBANESE, G., *Il procedimento...*, op.cit., pág. 97, pone de relieve el importante papel del responsable del procedimiento en el logro de una actuación administrativa coordinada y, por ello, eficaz.

mencionada Ley 26/1988, de 29 de julio (art. 6 del Real Decreto).

Puede comprobarse, pues, como en este supuesto el cumplimiento del deber de coordinación pivota en torno a la figura del responsable-instructor del procedimiento autorizatorio.

En cuarto lugar, el responsable-instructor debe garantizar la rapidez en el desarrollo de la función administrativa, evitando tiempos muertos y dinamizando el ejercicio de la función, de conformidad *con el principio constitucional de eficacia y el procedimental de celeridad* (art. 75 LRJPAC). Así, este sujeto deberá decidir sobre la tramitación urgente del procedimiento (art. 50 LRJPAC) y sobre otras cuestiones importantes respecto al *tempo* del procedimiento<sup>1950</sup>. Asimismo, el principio de eficacia exigirá que el responsable-instructor compruebe la efectividad real que pueda tener la futura decisión, así como el grado de aceptación o rechazo social que pueda despertar, en cumplimiento del principio de servicio efectivo a los ciudadanos (arts. 3.2 LRJPAC, 3.1 f) y 4 LOFAGE)<sup>1951</sup>.

El responsable-instructor debe hacer efectivos también los *criterios de eficiencia y economía*, reuniendo la información precisa a tal efecto, mediante la realización de los trámites preceptivos previstos en la normativa sectorial o, en caso de ausencia de formalización, disponiéndolos él mismo.

Finalmente, a la vista del material reunido, el responsable-instructor debe efectuar una *ponderación de los hechos e intereses envueltos en la toma de la decisión*, cumpliendo así

---

<sup>1950</sup> Es el caso, por ejemplo, de la decisión de iniciación del procedimiento abreviado en el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, señala en su art. 14.1 que el órgano instructor podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación del abreviado cuando entienda que son inequívocas la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, a la vista de la información recogida en el expediente.

<sup>1951</sup> Desarrollando a tal efecto la oportuna labor de instrucción, mediante la apertura de los trámites participativos necesarios y la realización de los "sondeos y encuestas de opinión" que se consideren precisos (art. 78.2 LRJPAC).

las exigencias del *principio de objetividad*. Esta ponderación será meramente provisional, plasmándose en la propuesta de resolución que deberá constar en el expediente (arts. 79.1 y 84.1 LRJPAC). Propuesta de resolución que podrá articularse mediante la fórmula de un convenio, de acuerdo con la terminación convencional<sup>1952</sup>. O bien, en los casos en que el instructor tenga además competencia para resolver, constituirá el ejercicio propiamente dicho de la potestad.

En conclusión, la LRJPAC, pues, atribuye al responsable-instructor importantes funciones, conectadas a principios procedimentales que traen causa del deber constitucional de buena administración. Lo que explica que el defectuoso desarrollo de la función administrativa por parte del responsable-instructor pueda dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración y a la propia responsabilidad disciplinaria de este sujeto (art. 79.2 LRJPAC).

La importancia de las funciones desempeñadas por el responsable-instructor conduce a que planteemos algunas reflexiones para finalizar con este apartado.

En primer lugar, dada la trascendencia de la labor del responsable-instructor - conectada con el deber constitucional de buena administración y con el necesario respeto de los derechos e intereses de los particulares - deberíamos considerar cuidadosamente la capacidad y la preparación específica que los sujetos que desempeñan esta función deberían reunir.

Así, en primer lugar, nos parece evidente que los responsables-instructores de

---

<sup>1952</sup> Vid. al respecto la regulación contenida en varios Reales Decretos de aplicación concreta del régimen autorizador previsto en la Ley 5/1995, de 23 de marzo. Es el caso, por ejemplo, Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a Telefónica de España, Sociedad Anónima, y a otra sociedad de su grupo (art. 4.4) o Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, de aplicación del régimen de autorización administrativa previa a "Corporación Bancaria de España, Sociedad Anónima" y a determinadas sociedades de su grupo (art. 4.4).

procedimientos administrativos deben ser *funcionarios públicos*<sup>1953</sup>.

En segundo lugar, los funcionarios públicos llamados a desarrollar esta función deberían gozar de la capacidad y preparación técnica para hacerlo de forma adecuada. En este sentido, es conveniente recordar que el art. 35 LPA (derogado por la LRJPAC) señalaba que "en los Departamentos civiles y organismos autónomos las áreas de carácter predominantemente burocrático habrán de ser desempeñadas exclusivamente por funcionarios técnicos, administrativos y auxiliares administrativos. Los demás técnicos y facultativos deberán dedicarse plenamente a las funciones propias de su especialidad"<sup>1954</sup>. Si bien este artículo no está ya en vigor, consideramos que sí sigue en vigor su fundamento básico, es decir, que "cada funcionario o clases de funcionarios deben ocupar el puesto o puestos de la organización más adecuados a la función para que han sido reclutados"<sup>1955</sup>.

En este sentido, el art. 23.3 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que contiene la Ley de funcionarios civiles del Estado, todavía en vigor, señala que "los funcionarios del Cuerpo Técnico de Administración Civil<sup>1956</sup> *realizarán las funciones de gestión, estudio*

---

<sup>1953</sup> Véase el art. 15 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Véase, asimismo, el art. 79.2 LRJPAC que se refiere a la responsabilidad *disciplinaria* de este responsable-instructor, lo que demuestra la necesidad de que se trate de un funcionario público, como destaca MALARET, E., "Principios...", op.cit., pág. 333.

<sup>1954</sup> Y en conexión con este precepto la Disposición Final séptima (que ha estado subsistente hasta su derogación por la LOFAGE) establecía que "por todos los Departamentos ministeriales y Organismos autónomos se efectuará trienalmente una determinación de sus puestos de trabajo de carácter predominantemente burocrático, técnico o facultativo; y, con arreglo a tales necesidades, promoverán la adaptación de los actuales Cuerpos y Escalas, mediante las modificaciones que procedan, sin que ello ocasione aumentos de personal ni para los funcionarios perjuicios derivados de la paralización de sus plantillas".

<sup>1955</sup> AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Ley de procedimiento administrativo. Estudio de doctrina y jurisprudencia*, Granada, 1990, pág. 97, y CARRO MARTINEZ, A., "La organización de la Administración Española y el art. 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo", *DA*, enero 1959, pág. 6.

<sup>1956</sup> Esta referencia debe entenderse sustituida ahora por el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, creado por la Disposición Adicional 9ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

*y propuesta de carácter administrativo de nivel superior. Deberán poseer título de enseñanza superior universitaria o técnica. Las plazas de mayor responsabilidad de este Cuerpo que previamente se clasifiquen como tales se reservarán a funcionarios del mismo que ostenten diploma de directivos. La obtención del diploma determinará una consideración adecuada de estos funcionarios a efectos de remuneración".*

Es cierto que, como es sabido, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que no ha derogado por cierto este artículo, supuso un cambio en el modelo funcionarial, que ya no descansa sobre los Cuerpos de funcionarios a los que se les vinculan funciones propias, sino sobre la idea de puesto de trabajo. Aunque esta Ley respeta el concepto de Cuerpo, lo cierto es que, como regla general, los puestos se desvinculan de los Cuerpos, pues aquéllos son de adscripción indistinta. Los Cuerpos como tales no pueden tener asignadas funciones o atribuciones propias, en principio, jugando al respecto un papel decisivo las Relaciones de Puestos de Trabajo<sup>1957</sup>.

Ahora bien, como decimos el art. 23 de la Ley de funcionarios civiles del Estado continúa en vigor y el propio art. 15.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, advierte que "podrán adscribirse con carácter exclusivo puestos de trabajo a funcionarios de un determinado Cuerpo o Escala cuando tal adscripción se derive necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar en ellos y en tal sentido lo determine el Gobierno"<sup>1958</sup>.

Lo expuesto debería llevarnos a reflexionar sobre la importante incidencia que lo organizativo puede tener sobre el correcto desempeño de la labor del responsable-instructor

---

<sup>1957</sup> Vid. arts. 15.2 y 26 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

<sup>1958</sup> Vid. el art. 16 en referencia a las relaciones de puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas y en la Administración Local, precepto que tiene la consideración de básico según el art. 1.3 de la propia Ley.



y los requisitos que deberían exigírsele a éste.

La segunda reflexión que queremos formular en voz alta apunta en la misma dirección, aunque con otras connotaciones. Como ha sido notado, especialmente por la doctrina norteamericana, el proceso de la decisión administrativa puede ser descrito como una decisión institucional (*institutional decision*), a diferencia de la decisión judicial. La Administración no está diseñada para funcionar como los tribunales. En el supuesto de la decisión judicial, el juez realiza una decisión personal, en el sentido de que una misma persona realiza la consideración personal del asunto y adopta una resolución. En la decisión administrativa, el estudio y análisis de los asuntos se efectúa por un equipo de funcionarios adscrito al órgano, bajo la dirección del titular de éste<sup>1959</sup>.

Partiendo de esta idea y teniendo en cuenta la trascendencia de las funciones del responsable-instructor cabría pensar sobre la oportunidad de distinguir estas funciones de las de resolución, mediante la diferenciación entre el sujeto, e incluso el órgano, instructor, y el sujeto, u órgano, con competencia para resolver.

La STC 76/1990, en su FJ 8, se ocupó de la cuestión de la separación entre funciones de instrucción y resolución mediante su atribución a órganos distintos, a propósito de las funciones inspectoras y liquidadoras en el ámbito tributario. El TC sostuvo que "el legislador dispone de un amplio margen para decidir acerca de la separación o acumulación" de estas funciones, sin que no pueda derivarse ninguna obligación de separarlas del art. 24 CE, que en este supuesto no es de aplicación al ámbito del procedimiento administrativo<sup>1960</sup>.

---

<sup>1959</sup> Vid. en la doctrina norteamericana, por todos, GELLHORN, E. y LEVIN, R., *Administrative Law...*, op.cit., pp. 258 y ss. En la doctrina española, vid. GONZALEZ NAVARRO, F., *El procedimiento...*, op.cit., pp. 621 y 622.

<sup>1960</sup> En palabras de esta sentencia, "debe señalarse que tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuyen ambas a un mismo órgano el contribuyente estará siempre ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta

Lo cierto es que en determinados ámbitos, consideraciones garantistas y/o de buena administración pueden hacer recomendable la distinción entre ambas funciones e, incluso, su atribución a órganos distintos.

El primer tipo de consideraciones han tenido su reflejo en el art. 134.2 LRJPAC, referido a los procedimientos sancionadores que "deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, *encomendándola a órganos distintos*".

En otras ocasiones, consideraciones relativas al cumplimiento efectivo del deber de buena administración, junto al aspecto garantista mencionado, podrían recomendar la distinción funcional y orgánica apuntada. Esta separación puede potenciar la imparcialidad del responsable-instructor, aislándolo de presiones políticas<sup>1961</sup>. Además puede contribuir a dotar a esta figura de peso específico frente a los ciudadanos participantes en el procedimiento administrativo, con las consecuencias positivas que de ello puedan derivarse<sup>1962</sup>. Por otro lado, la distinción de la que estamos hablando puede promover la especialización en el desempeño de tareas distintas<sup>1963</sup>. El propio TC, en la sentencia antes citada, señala que, respecto a la decisión legal de mantener la unidad en un mismo órgano de ambas funciones, "cabe ciertamente discutir la oportunidad o conveniencia (...) sea desde la perspectiva del contribuyente, *sea desde criterios de especialización en la ordenación de las funciones administrativas*, pero el juicio que ello merezca a cada uno no afecta en modo

---

circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia *ad extra* de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones entre los mismos".

<sup>1961</sup> Destaca este aspecto PIBUSA, A., *L'attività amministrativa...*, op.cit., pp. 37 y ss.

<sup>1962</sup> Lo que puede ser decisivo para lograr que el responsable-instructor pueda efectuar labores mediadoras conducentes a la obtención de un convenio previo a la toma de la decisión. Vid. al respecto lo expuesto *supra* Capítulo V.1.4.

<sup>1963</sup> GELLHORN, E. y LEVIN, R., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 261.

alguno a la constitucionalidad de la reforma operada".

Los principios constitucionales de imparcialidad y objetividad, así como el de eficacia, podrían recomendar la distinción funcional e incluso orgánica en algunos supuestos de las labores de instrucción y resolución<sup>1964</sup>. Pensemos por ejemplo en el caso del procedimiento expropiatorio. En este procedimiento complejo cabría la posibilidad, de *lege ferenda*, de atribuir la instrucción conducente al *acuerdo de necesidad de ocupación* a un sujeto u órgano específico, diferente del órgano encargado de resolver<sup>1965</sup>. El responsable-instructor sería entonces el encargado de conducir esta fase del procedimiento, abriendo el trámite participativo, recogiendo y contestando a las alegaciones y elevando una propuesta de resolución o de convenio al órgano encargado de resolver, en la línea de la figura del *commissaire enquêteur* francés<sup>1966</sup>.

---

<sup>1964</sup> Una solución alternativa a la separación orgánica, manteniendo sin embargo la separación funcional, vendría de la mano de la organización administrativa, en el sentido apuntado unas páginas más arriba. Cabría mantener en un mismo órgano las funciones de instrucción y resolución, pero atribuyendo las primeras a un grupo de funcionarios específico, con la preparación adecuada para su desarrollo. Esta posibilidad se movería en la línea ya mencionada de los *Administrative Law Judges*, los cuales son un grupo de sujetos con un peculiar estatuto funcional. No dependen de la agencia en la que actúan sino de la *Office of Personnel Management* de la Casa Blanca, que los recluta, los designa por rotación en las diferentes agencias, les paga y es la encargada de destituirles (supuesto que sólo ocurre cuando existe una razón determinante, apreciada mediante el seguimiento de un procedimiento a tal efecto). Salvando las distancias organizativas, naturalmente, la existencia de un grupo específico de responsables-instructores promovería su adecuada preparación y su mayor independencia frente al titular del órgano encargado de resolver.

<sup>1965</sup> Variando en consecuencia el sistema actual, contenido en los arts. 15 y ss. LEF y 15 y ss. REF.

<sup>1966</sup> Sobre esta figura en el ámbito de la expropiación vid. CHAPUS, R., *Droit administratif général*, vol. 2, Montchrestien, 1996, 9ª ed., pp. 651 y ss. En general, vid. HOSTIOU, R. y HÉLIN, J-C., *Droit des enquêtes publiques*, Le Moniteur, Paris, 1993.

Este cambio en el diseño del procedimiento expropiatorio potenciaría, además, las posibilidades de mediación en este ámbito (vid. *supra* Capítulo V.1.4).

Debe considerarse que mientras la existencia de un trámite participativo en el procedimiento para declarar la necesidad de ocupación entendemos que forma parte del procedimiento administrativo común (arts. 105 CE, 149.1.18 CE, 86 LRJPAC), la distinción entre las funciones de instrucción y de resolución podría ser adoptada por las Comunidades Locales y los entes locales, bien en virtud de su competencia sobre procedimiento (para adaptarlo a sus especialidades organizativas) bien a través de su competencia sobre régimen jurídico.

La opción de separación entre las funciones de instrucción y resolución con atribución a órganos distintos parece ha sido elegida por la reciente Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental<sup>1967</sup>. Esta ley, al establecer el régimen de la autorización ambiental (necesaria en el caso de las actividades descritas en el Anexo I), ha optado por distinguir entre la función de instrucción y la de resolución en el interior de la Administración de la Generalidad, encomendando la primera a órganos específicos denominados Oficinas de Gestión Ambiental Unificada<sup>1968</sup>. Estas Oficinas enlazan las competencias locales y autonómicas, actuando como factor coordinador<sup>1969</sup>. Además, actúan como órganos de impulso de la instrucción del procedimiento autorizatorio, verificando formalmente la documentación presentada, analizando la suficiencia e idoneidad del proyecto, ocupándose de la apertura del trámite de información pública y de la petición de los informes, otorgando la audiencia a las personas interesadas, conduciendo el trámite de evaluación de impacto ambiental, declarando éste, elaborando la propuesta de resolución y elevándola, finalmente, al órgano competente para resolver<sup>1970</sup>.

---

<sup>1967</sup> A la que ya hicimos referencia a propósito del deber de coordinación. Vid. *supra* Capítulo V.1.3.

<sup>1968</sup> Esta Ley crea estas oficinas "como órganos de la Administración de la Generalidad", debiéndose determinar sus funciones, composición y ámbito territorial de actuación por reglamento, aunque se atenderán al "criterio de proximidad al ciudadano" (Disposición Adicional 2ª).

<sup>1969</sup> Según el art. 13 de la Ley el Ayuntamiento del municipio en el que se pretenda implantar la actividad sometida a autorización ambiental debe enviar su informe vinculante sobre los aspectos de su competencia a la Oficina correspondiente.

<sup>1970</sup> Arts. 13.2 y ss. de la Ley.

---

En cualquier caso, las reflexiones aquí formuladas nos ponen de relieve un hecho ya destacado en otras partes del presente trabajo. Se trata de la íntima conexión entre los aspectos procedimentales y organizativos en la persecución de una buena administración. Conseguir un correcto desarrollo de la función administrativa debe exigir, pues, no sólo una reflexión en profundidad sobre el procedimiento administrativo, sino, además, una consideración atenta de aspectos organizativos. Esta segunda perspectiva, obviamente, excede del ámbito del presente trabajo, aunque aquí se hayan esbozado, a modo puramente introductorio, algunas ideas al respecto.

---

Por otro lado, el efectivo seguimiento de los trámites precisos - se hallen éstos formalizados sectorialmente o se deriven del marco general procedimental - podrá ser objeto de control por los tribunales de justicia. Éstos se encargarán de que la Administración cumpla su deber de buena administración, comprobando que se han realizado los trámites necesarios y que su realización ha sido real y efectiva, no un puro formalismo huero.

Sobre la articulación concreta este control judicial pasamos a referirnos con mayor detalle en las siguientes páginas.

### **3. El control judicial del cumplimiento efectivo del deber de buena administración por parte de la Administración Pública.**

**1. La necesidad de tener en cuenta la existencia de otros mecanismos de control del cumplimiento del deber de buena administración. Breve referencia al papel del Defensor del Pueblo y del Consejo de Estado, así como de los órganos autonómicos equivalentes.**

La última parte del presente estudio se va a dedicar al papel que a nuestro juicio deben desempeñar los tribunales como garantes de que la Administración cumple su deber de buena administración, intentando, realmente, servir a los intereses generales de la mejor manera posible.

La referencia a la función del control judicial no significa, ni mucho menos, que los tribunales sean el único medio de control del modo de desarrollo de la función administrativa<sup>1971</sup>. Otros sistemas de control han sido mencionados a lo largo del presente trabajo. Es el caso de la faceta controladora de la función consultiva, desempeñada por el Consejo de Estado o sus homólogos autonómicos mediante su intervención en concretos procedimientos administrativos. Función consultiva que, como ya se advirtió, no se reduce a un control en negativo, como es el caso del control judicial, sino que aporta un plus: una

---

<sup>1971</sup>La necesidad de equilibrar los controles sobre la actividad administrativa, teniendo en cuenta el nuevo marco establecido por la CE, es puesto de relieve por SANCHEZ MORON, Miguel, en *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1991, especialmente pp.69 y ss, y en *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 153 y ss.

En este sentido, MASHAW, J., "Explaining administrative process: normative, positive and critical stories of legal development", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 6, pp. 267 y ss., destaca que tradicionalmente en Derecho norteamericano han sido los tribunales los que se han encargado de controlar el procedimiento administrativo. Este autor subraya la necesidad de tomar en consideración el papel de otras instituciones, señaladamente del legislador, en la tarea de controlar y orientar la actividad administrativa mediante el procedimiento.

orientación en positivo de la discrecionalidad administrativa mediante el uso de los principios constitucionales de buena administración, actuando de forma preventiva o *ex ante*<sup>1972</sup>. No insistiremos aquí en esta cuestión<sup>1973</sup>.

Sí queremos destacar ahora que el Consejo de Estado y los órganos equivalentes autonómicos, aparte del control puntual ejercido procedimiento a procedimiento mediante la emisión del pertinente dictamen, pueden desempeñar un papel importante de orientación general del sistema administrativo, mediante la elaboración de sus Memorias anuales<sup>1974</sup>. A través de las mismas, estos órganos consultivos pueden realizar una labor de notable calado. En primer lugar, articulando el deber de buena administración y afirmando los principios de buena administración conectados al mismo. En segundo lugar, analizando la regulación procedimental sectorial existente para contrastar su implementación práctica en la actividad diaria administrativa. En el supuesto de detectar disfunciones causadas por esa normativa, el órgano consultivo debería ponerlas de manifiesto, señalando el trámite superfluo o disfuncional, o, en su caso, subrayando la necesidad de incorporar un nuevo trámite de que carezca el específico procedimiento.

Esta labor de chequeo general del sistema, mediante el análisis de las regulaciones procedimentales sectoriales, podría ser de gran utilidad para mejorar el funcionamiento administrativo y lograr, en definitiva, el efectivo cumplimiento del deber de buena

---

<sup>1972</sup> Insiste en esta última característica GOMEZ-FERRER MORANT, R., "El Consejo de Estado...", op.cit., pág. 214.

<sup>1973</sup> Vid. *supra* Cap.V.1.2.a.2.

<sup>1974</sup> En caso del Consejo de Estado, vid. el art. 20.3 LOCE:

"El Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una Memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulte de los asuntos consultados y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración".

administración.

Otros controles pueden ser también de gran utilidad. Es el caso, por ejemplo, de la labor que puede desempeñar el Defensor del Pueblo y los órganos equivalentes autonómicos<sup>1975</sup>. Obviamente escapa del objeto de nuestro trabajo el estudio en profundidad de estos órganos, pero queremos hacer algunas reflexiones sobre su papel en la vigilancia del correcto desempeño de la función administrativa, mediante la supervisión de la conformidad del procedimiento administrativo a las directivas constitucionales.

Consideramos que estos órganos, al igual que los consultivos, pueden ser especialmente útiles en la *prevención*, aspecto ajeno a los tribunales de justicia, de los supuestos de malaadministración por la inobservancia o defectuoso seguimiento del procedimiento administrativo<sup>1976</sup>. Su cercanía al ciudadano, la facilidad con que éste puede

---

<sup>1975</sup> Quiero agradecer los datos y comentarios proporcionados por Laura Díez, profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona, autora de una tesis doctoral sobre los *Ombudsmen* autonómicos de próxima publicación.

<sup>1976</sup> En este sentido, el art. 9.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, señala que "el Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, *a la luz de lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución*, y el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título primero". Como ya sabemos, en este art. 103.1 se concentran buena parte de las orientaciones constitucionales sobre el ejercicio de la función administrativa, las cuales deben ser complementadas con otros preceptos como los arts. 9.3 y 31.2 CE. Consideramos que entra dentro del círculo de atribuciones del Defensor del Pueblo el velar porque los procedimientos de adopción de decisiones se desarrollen de conformidad con estas orientaciones constitucionales.

En este sentido, vid. SANCHEZ MORON, M., "Notas sobre la función administrativa", en GARCIA DE ENTERRIA y PREDIERI (Dir.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, pág. 649: "el Defensor del Pueblo debe velar por el buen funcionamiento de la Administración, es decir, por la corrección de la acción administrativa en la gestión de los derechos e intereses y en la prosecución de los fines señalados por el ordenamiento, corrección que dependerá también del respeto a los principios constitucionales rectores de la actividad administrativa: legalidad, imparcialidad, eficacia, no arbitrariedad, etc.". En la misma línea, véase DÍEZ BUESO, L., "El *Síndic de Greuges* de Cataluña", *Autonomies*, núm.19, 1994, pp. 31 y 32, destacando la doble función (defensa de derechos, control de la actividad administrativa) que debería corresponder al Síndic, y CARRO FERNANDEZ, J.L., "Defensor del Pueblo y Administración Pública", en MARTIN-RETORTILLO, S., (Coord.), *Estudios sobre la Constitución...*, op.cit., pp. 2677 y ss., afirmando que "en su actuación previsoramente el Defensor no puede desentenderse de cualquier tipo de realización administrativa del Título I de la Constitución, en especial de la puesta en práctica de los principios contenidos en



impetrar su ayuda y la ausencia de formalismo en sus relaciones con la Administración actuante pueden ser factores de gran ayuda para el logro de evitar a tiempo malas decisiones administrativas a causa de la falta de reflexión o la ausencia o defectuosa ponderación de intereses implicados<sup>1977</sup>.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la labor que debe realizar el Defensor del Pueblo y los *Ombudsmen* autonómicos de supervisión de la actividad administrativa (art. 54 CE, art. 9.1 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo) es distinta a la actividad judicial de control (106.1 CE). Entendemos que los *Ombudsmen* pueden y deben comprobar, como ya lo están haciendo, que en el desarrollo de la actividad administrativa se han implementado los principios constitucionales de buena administración y los procedimentales a ellos conectados, detectando los problemas que puedan surgir y realizando las sugerencias que consideren oportunas para el logro de la buena administración<sup>1978</sup>.

---

el Capítulo III del mismo, sino que viene constitucional y legalmente obligado a comprobar si tal puesta en práctica se lleva a cabo de acuerdo con los parámetros proporcionados por el artículo 103.1 CE".

<sup>1977</sup> Imaginemos, por ejemplo, que durante el desarrollo de un procedimiento administrativo determinado la Administración omite su deber de contestar razonadamente las alegaciones presentadas por los ciudadanos (art. 86. 3 LRJPAC). Una posible vía abierta a estos ciudadanos, rápida y sencilla, sería acudir al Defensor del Pueblo u órgano autonómico equivalente y solicitarle que, estando ese procedimiento en marcha y aún no existiendo decisión final, se dirija al órgano administrativo y le solicite la subsanación de este defecto procedimental, que no respeta principios procedimentales (contradicción) conectados con directivas constitucionales (objetividad, eficacia).

Sobre las ventajas del control de la actividad administrativa por el *ombudsman*, destacando su carácter preventivo, su rapidez y su bajo coste frente al control judicial, vid. por ejemplo ROWAT, D.C., "Pourquoi un ombudsman parlementaire?", *Revue Française d'Administration Publique*, núm. 64, 1992, pp. 570 y 571.

<sup>1978</sup> Como pone de relieve el primer *Ombudsman* europeo, el señor Jacob Söderman, "in fact, a great part of the daily work of an Ombudsman is dedicated to seeing that if discretionary powers given to the public administration are properly executed". Vid. SÖDERMAN, J., "A thousand...", op.cit., pág. 359.

Esta labor de los *Ombudsmen* deberá efectuarse, entendemos, allí donde exista desarrollo de actividad administrativa, se desarrolle ésta por la Administración mediante fórmulas organizativas jurídico-privadas (por ejemplo, sociedades mercantiles de capital público que presten servicios públicos) o por particulares (por ejemplo, concesionarios de servicios públicos o colegios profesionales), pues, como ya se apuntó, las directivas constitucionales de buena administración

Al igual que dijimos en el caso de los órganos consultivos, los *Ombudsmen* - a parte de su labor de supervisión puntual, realizada de oficio o a instancia de parte - pueden desarrollar una importante función de análisis general del sistema administrativo mediante sus *informes* anuales<sup>1979</sup>. Mediante los mismos, el Defensor del Pueblo u órganos equivalentes autonómicos, utilizando la experiencia y el conocimiento derivados de su función, podrían establecer la existencia del deber de buena administración, así como de los principios conectados al mismo. Además, pueden señalar qué defectos se aprecian en las regulaciones procedimentales sectoriales, a la vista de las quejas que la tramitación pueda provocar o de sus propias actuaciones de oficio, *recomendando*, en su caso, *la mejora, la supresión o el complemento de los trámites pertinentes, bien sea a la propia Administración bien sea al legislador competente*<sup>1980</sup>. Esta labor de chequeo procedimental y de recomendación de cambios reglamentarios o legales puede desempeñar un importante papel en la mejora del funcionamiento administrativo y de la adecuada protección de los derechos e intereses de los ciudadanos<sup>1981</sup>.

---

orientan el ejercicio de esa actividad en cualquier caso. En este sentido, vid. TORNOS, J., "L'abandó per part de l'Administració Pública del Dret Administratiu i el Síndic de Greuges", en las *Jornades sobre l'Administració, la fugida del Dret Administratiu i el Síndic de Greuges*, celebradas en Barcelona el 20 de mayo de 1995 y organizadas por el Centre d'Estudis de Drets Humans (UAB) i el Síndic de Greuges (en prensa).

<sup>1979</sup> Vid. al respecto la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, art. 32.

<sup>1980</sup> En la legislación autonómica, esta función de promoción de modificaciones en el ordenamiento puede hallarse, por ejemplo, en el art. 28.2 de la Ley catalana del *Síndic de Greuges* o en el art. 22.4 de la del Justicia de Aragón. Como ha puesto de relieve la profesora Laura Diez en su mencionada tesis, en la práctica los *Ombudsmen* autonómicos - a excepción del *Valedor do Pobo* - han desarrollado de forma intensa la función de promoción de cambios normativos, con el objetivo de lograr la mejora del funcionamiento de la Administración y la perfección del sistema de protección de derechos.

<sup>1981</sup> El informe de JUSTICE-All Souls *Administrative Justice...*, op.cit., pp. 21 y ss., insiste en la importancia de la labor del *Ombudsman* en el establecimiento de los principios de buena administración, así como en el control de su implementación cotidiana.

-----

Pero aunque el control judicial no es el único, debe tenerse en cuenta que sí es el último y, por tanto, el que debe decidir cuando los demás sistemas de control no han funcionado. Sin embargo, aun reconociendo la importancia del control judicial, este trabajo no quiere pecar de un defecto que ha denunciado: la visión "patológica" del procedimiento administrativo, como antesala del proceso judicial. Como reiteradamente se ha puesto de relieve, el procedimiento administrativo tiene relevancia por sí mismo, por otro lado de rango constitucional como nos consta, siendo una institución que procura el logro del servicio más adecuado al interés general con el respeto debido de los derechos e intereses de los ciudadanos. Es labor del legislador y de la propia Administración asumir esa relevancia y diseñar y desarrollar, día tras día, procedimientos adecuados de toma de decisiones, que permitan decidir bien y evitar conflictos. Ahora bien, en última instancia, en caso de surgir esos conflictos, será el TC quien controle el cumplimiento de la reserva de Ley del diseño legal efectuado<sup>1982</sup> y la jurisdicción contencioso-administrativa la que compruebe el respeto por la Administración de los procedimientos, formalizados o no.

El control de la jurisdicción contenciosa, pese a ser caro, desarrollarse *a posteriori*, con gran lentitud y de forma discontinua, puede tener un efecto positivo, si bien indirecto, en la efectiva implementación del deber constitucional de buena administración, lanzando el mensaje a la Administración de que el procedimiento tiene un valor intrínseco y que su inobservancia o cumplimiento defectuoso no va a ser tolerado en vía judicial. Así, ante todo, la jurisdicción contenciosa debe apercibirse de la importancia de su función, en cuanto que, mediante sus sentencias, realiza una labor ejemplificadora de primer orden, recordándole de éste modo a la Administración la necesidad de respetar el procedimiento debido, en los casos

---

<sup>1982</sup> Vid. *supra* el epígrafe 1.3.1 de este mismo Capítulo.

en que ésta no lo observe, con una finalidad preventiva de futuras infracciones<sup>1983</sup>. Una excesiva laxitud en el control del cumplimiento del procedimiento administrativo puede conducir, por el contrario, a que la Administración tienda a evitarse trabajo, omitiendo trámites o cumpliéndolos defectuosamente, y, por tanto, a que la calidad de las decisiones se resienta.

Sin embargo, el control sobre el cumplimiento del deber de buena administración a través del procedimiento tiene también sus peligros. Un control incisivo sobre el cumplimiento de los deberes procedimentales puede conducir a un retraso en la acción administrativa y a un aumento de los costes, derivados de la necesidad una elaboración de las decisiones excesivamente farragosa. Asimismo, la anulación judicial de decisiones administrativas basada en el incumplimiento o defectuosa observancia del procedimiento puede, hipotéticamente, enmascarar, en realidad, decisiones judiciales basadas en la falta de acuerdo con la ponderación de intereses, núcleo extrajurídico de la discrecionalidad, provocando una extralimitación de la función judicial<sup>1984</sup>.

Como intentará razonarse en las páginas siguientes, una postura jurisprudencial extema, en cualquiera de las dos direcciones descritas, tiene efectos contraproducentes. Como es sabido, en el punto medio está la virtud. Sin embargo, la dificultad es saber donde está

---

<sup>1983</sup>La doctrina europea es unánime respecto a esta fundamental labor. Así, en Francia, CHAPUS, René, *Droit...*, op.cit., pág. 915, a propósito de la teoría del *bilan*, indica que el control efectuado por el Consejo de Estado incita a la Administración "à étudier soigneusement ses projects d'expropriation, surtout s'ils sont de grande envergure, de façon qu'ils satisfassent aux exigences jurisprudentielles". Por su parte, CRAIG, P.P., *Administrative...*, op.cit., pág. 446, señala, en relación con el control realizado por los jueces ingleses que "now it could well be argued that the very object of judicial scrutiny is to force the bureaucracy to considera a broader range of policy choices; that the courts' role is precisely to "reddres" the tendency of officials to adopt a very narrow bounded rationality which thereby forecloses policy choices. This may be a laudable objective", a fin de lograr que la Administración base sus decisiones en todas las consideraciones relevantes al caso y excluya las irrelevantes. Por su parte, SCHÖCH, Friedrich, "El pensamiento...", op.cit., pág. 309, habla de la función "didáctica" de la jurisprudencia administrativa.

<sup>1984</sup> Respecto a los límites constitucionales intrínsecos a la función judicial, vid. *supra* Cap. IV.4.

ese punto medio. En este sentido, se intentarán ofrecer algunas orientaciones para lograr su precisión, si bien debe advertirse que la solución deberá ser, necesariamente, casuística. Aceptada esta premisa, consideramos útil, por lo que pueda aportar en ganancia de seguridad jurídica, reflexionar sobre algunas pautas generales que puedan orientar y precisar esas decisiones judiciales caso a caso.

En los epígrafes siguientes no van a repetirse las consideraciones referidas a la trascendencia que la omisión o defectuoso cumplimiento de concretos trámites administrativos pueda tener. Esta labor se ha ido realizando a lo largo del presente trabajo, al hilo de la exposición de cuestiones tales como el papel de la participación procedimental, la finalidad de la función consultiva o el valor de la motivación<sup>1985</sup>. El objetivo que pretende lograrse ahora *es ofrecer una reflexión de conjunto sobre la trascendencia de los vicios procedimentales*, analizando cuál es la situación actual y proponiendo algunas ideas renovadoras. Ello no es óbice para que, como se verá, algunas de las observaciones efectuadas se ilustren con ejemplos referidos a concretos trámites procedimentales.

Por otro lado, obviamente, no va abordarse aquí la cuestión del control por el TC del diseño legal de procedimientos, aspecto ya comentado en su momento<sup>1986</sup>. El análisis que se inicia ahora se centra en el control por parte de la jurisdicción contenciosa del *cumplimiento* de los procedimientos administrativos (formalizados o no).

---

<sup>1985</sup> Vid. *supra* cada uno de los epígrafes del Capítulo V dedicados a la puesta en práctica de los principios constitucionales de buena administración a través del procedimiento administrativo.

<sup>1986</sup> Vid. *supra* en este mismo Capítulo el epígrafe 1.3.1.

## **2. Hipertrofia y relativización de los vicios procedimentales. Análisis de una paradoja con profundas raíces históricas.**

La comprensión del valor actual dado por la jurisprudencia a los vicios procedimentales debe partir de la constatación de un doble enfoque simultáneo y contradictorio. Bajo la luz de la doctrina de los *vicios de orden público*, de larga tradición en nuestro país, se ha producido una *hipertrofia* de los vicios procedimentales, basada, simplemente, en su utilización como estratagema procesal. A la vez, la jurisprudencia y la doctrina *relativizan* la trascendencia de los vicios procedimentales, manejando conceptos como el *principio antiformalista* y el valor meramente *instrumental* respecto al fondo que posee el procedimiento, el *principio de conservación* de las decisiones administrativas o el *principio de economía procesal*, así como el énfasis puesto en la *función defensiva de los particulares* del procedimiento, con olvido o menosprecio de otras funciones, y la consideración de los vicios procedimentales desde la atalaya del *proceso judicial*, en donde los mismos pueden ser, en última instancia, subsanados. Esta paradoja - hipertrofia y relativización a la vez - debe ser estudiada para intentar comprender la confusión reinante en la jurisprudencia y para proponer cambios de enfoque que ayuden a racionalizar la cuestión de la trascendencia de los vicios procedimentales.

**a) La doctrina de los vicios de orden público y la hipertrofia de la trascendencia de los vicios procedimentales.**

En su momento ya se aludió a la doctrina jurisprudencial de los vicios de orden público<sup>1987</sup>. La jurisprudencia durante el Siglo XIX elabora esta construcción como pura argucia procesal para evitar la imposibilidad de control de las decisiones discrecionales. Para sortear los impedimentos legales, la jurisprudencia va a utilizar al procedimiento, junto a la competencia, como ariete para lograr penetrar en la esfera discrecional. Así, pese a la prohibición expresa del art. 4 de la Ley de Santamaria de Paredes de 1888, los tribunales ignorarán ese mandato y accederán a un control, parcial y limitado pero control al fin y al cabo, de los actos discrecionales por naturaleza, a través del análisis de los vicios procedimentales. No existe una consciencia de la importancia del procedimiento que impulse la aplicación de esta doctrina, sino que se trata de una utilización puramente instrumental del procedimiento, con el objetivo de lograr el control judicial de la decisión administrativa que, de otro modo, hubiera sido inmune a ese control.

Así, en aplicación de esa doctrina, los tribunales considerarán a los vicios de procedimiento como vicios de orden público, lo que implicará dos consecuencias. Por un lado, los tribunales podrán apreciarlos de oficio, aunque el recurrente no los alegue. Por otro, el análisis de los vicios procedimentales es preferente a cualquier otro aspecto, tanto el *fondo* del asunto, es decir el contenido mismo del acto impugnado, como la *causa de inadmisibilidad basada en la incompetencia por razón de la materia*, dada la existencia de

---

<sup>1987</sup> Vid. *supra* Cap. II.

discrecionalidad, de hecho el gran escollo que se pretende superar con esta doctrina<sup>1988</sup>.

Antes de la LJCA de 1956, la doctrina de los vicios de orden público, así entendida, tenía efectos positivos: ante la imposibilidad de controlar la sustancia de los actos discrecionales, al menos se lograba controlar el procedimiento de elaboración de los mismos, sorteando, gracias al examen preferente, la causa de inadmisibilidad basada en la incompetencia en razón de la materia. Se producía así una hipertrofia, una magnificación de la importancia de los vicios procedimentales a los sólo efectos de conseguir el control de la discrecionalidad.

Sin embargo, con la promulgación de la LJCA de 1956 y, sobre todo, de la Constitución de 1978, la doctrina de los vicios de orden público, repetimos una ingeniosa estratagema procesal, queda desprovista de sentido. Ahora todos los actos, discrecionales o no, están sometidos al control judicial (arts. 24.1 y 106.1 CE); no existe, pues, una causa de inadmisibilidad basada en que una decisión sea discrecional. Por tanto, no es preciso acudir a esa hipertrofia del valor de los vicios procedimentales para sortear esa causa de inadmisibilidad mediante el análisis preferente de aquéllos.

Pero es que, además de no ser necesaria, la doctrina de los vicios de orden público es contraproducente, puesto que hurta el conocimiento judicial del fondo, de la sustancia, del contenido del asunto. Efectivamente, el análisis preferente de los vicios procedimentales implica que una vez se ha detectado alguno de ellos no se entra ya a controlar el fondo del asunto, sino que, simplemente, se produce la anulación en razón del defecto hallado en el procedimiento. Este modo de actuar era inofensivo cuando el fondo de la decisión discrecional no era controlable judicialmente. En cambio, cuando desaparece esa prohibición

---

<sup>1988</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pág.97, nota 72, nota como la alteración del orden de los pronunciamientos sólo se producía originariamente respecto a la causa de inadmisibilidad por razón de la materia.



y se desarrollan técnicas apropiadas para el control judicial de la sustancia de la decisión (desviación de poder, principios generales del Derecho), la doctrina de los vicios de orden público produce, entonces, la frustración de no poder ni siquiera acceder al análisis de si el fondo de la decisión es conforme o no con el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, una doctrina que inicialmente nació con la intención de favorecer el control de la discrecionalidad, debido a la evolución histórica descrita se convierte en un factor distorsionante de ese control, en un obstáculo para acceder al análisis de la conformidad del fondo del asunto con el ordenamiento jurídico.

Este hecho fue ya puesto de relieve a principios de la década de los setenta por Tomás-Ramón FERNANDEZ<sup>1989</sup>. Estamos de acuerdo con este autor respecto a la falta de sentido en la actualidad del examen preferente y excluyente de los vicios procedimentales frente al análisis judicial de fondo del asunto. Dejando ahora de lado la compleja cuestión de si las causas de nulidad, referidas tanto al procedimiento como al fondo de la decisión, deben ser de examen preferente a las causas de inadmisibilidad, la cual exigiría un examen pormenorizado que escapa del objeto del presente estudio<sup>1990</sup>, lo cierto es que el análisis

---

<sup>1989</sup> En su libro repetidamente citado *La doctrina de los vicios de orden público*.

<sup>1990</sup> Vid. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pp. 216 y 284 y ss. y SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho...*, op.cit., pp. 444 y ss., quien abogaba por una revitalización de la doctrina de los vicios de orden público, matizando el contenido que hasta el momento había tenido. Para este autor, esta doctrina debía reinterpretarse en el sentido de que vicios de orden público, por tanto apreciables de oficio y de examen preferente incluso a las causas de inadmisibilidad, deberían ser todos los vicios de nulidad, fueran procedimentales o de fondo.

La jurisprudencia se halla en este punto absolutamente dividida, generando un estado de confusión total. Vid. al respecto SANTAMARIA PASTOR, J.A. y PAREJO ALFONSO, L., *La Jurisprudencia...*, op.cit., pp. 863 y ss., JIMENEZ-BLANCO, A., "La sentencia contencioso-administrativa: el orden de pronunciamientos", en *Poder judicial*, 1988, núm. 9, pp. 141 y ss., donde se exponen las distintas líneas jurisprudenciales existentes, que o bien consideran que las causas de inadmisibilidad son de examen preferente, o bien que lo son las causas de nulidad o bien, tercera vía intermedia, que la solución dependerá en función de la causa de inadmisibilidad y de la causa de nulidad de que se trate, estableciendo los más variopintos listados. Un ejemplo de esta confusión jurisprudencial lo encontramos en dos recientes sentencias del TS, la de 30 de septiembre de 1994

del fondo, del contenido del acto, reglamento o plan impugnado debe ser preferente, aunque no excluyente, del control de los vicios procedimentales. Es decir primero y ante todo, el control judicial debe dirigirse a analizar la conformidad con el ordenamiento jurídico del fondo del asunto, utilizando para ello la técnica de los principios generales del Derecho. Una vez realizado este análisis, sea superado o no por la decisión administrativa, debe procederse al control del resto de aspectos de la decisión, entre ellos el procedimiento seguido. Si existen vicios de fondo y de procedimiento, deberán declararse ambos.

*Creemos que el rechazo a la doctrina de los vicios de orden público está fundada en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el principio de economía procesal.* El art. 24.1 CE, como señala la STS de 4 de junio de 1991 (Ar.4861), "aspira a que el proceso cumpla su función de satisfacción de las pretensiones deducidas" e "inspira una aplicación de las normas en el sentido más favorable a la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo"<sup>1991</sup>. Por ello, es incompatible con la efectividad de la tutela judicial que el análisis judicial se inicie y se termine con el control de los aspectos procedimentales, sin incidir sobre el fondo de la discrecionalidad. El principio de economía procesal, por su parte, "pretende evitar la inoportunidad de que una materia, sometida a enjuiciamiento dentro de un proceso, no sea decidida en él y que la sentencia recaída, tenga un valor puramente formal, de resolución en la instancia, remitiendo a las partes a un segundo proceso en el cual se puedan completar los requisitos que faltaban en el anterior y conseguir la definitiva resolución del

---

(Ar. 7122) y la de 24 de octubre de 1994 (Ar. 10116). La primera considera que debe prevalecer la declaración de extemporaneidad frente a la declaración de nulidad, mientras la segunda opina exactamente lo contrario.

<sup>1991</sup> Vid. DELGADO BARRIO, J., "El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa", en MARTIN-RETORTILLO, L., *La protección jurídica...*, op.cit., pp. 1211, y GIMENO SENDRA, V., et al., *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 416.

litigio. La función de la economía procesal es evitar la repetición de procesos..."<sup>1992</sup>. Si en aplicación de la doctrina de los vicios de orden público no se entra en el análisis de fondo de la decisión discrecional y el contenido es, por ejemplo, arbitrario, desproporcionado o discriminatorio, la nueva decisión administrativa que pueda producirse, subsanando los vicios procedimentales, puede volver a optar por la alternativa arbitraria, desproporcionada o discriminatoria, pues el tribunal nada ha advertido sobre el particular, lo que provocará un segundo litigio en el que, ahora sí, se entrará a discutir el fondo del asunto. En cambio, un análisis inicial del fondo del asunto y de procedimiento seguido permitirá descubrir qué vicios, tanto procedimentales como de fondo, afectan a la decisión. Los vicios de fondo apreciados en la sentencia evitarán que la Administración pueda volver a adoptar, por segunda vez, la misma alternativa tras rectificar los vicios procedimentales, evitándose así un segundo litigio que tenga por objeto la misma decisión.

En definitiva, la doctrina de los vicios de orden público, entendida como análisis preferente y excluyente de los aspectos procedimentales frente al fondo, debe ser rechazada. Esta construcción jurisprudencial que ha perdurado hasta nuestros días<sup>1993</sup> carece de

---

<sup>1992</sup> CARRETERO PÉREZ, A., "El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo", *RAP*, núm. 65, 1971, pág. 104.

<sup>1993</sup> JIMENEZ-BLANCO, J.A., "La sentencia...", op.cit., pág. 141, pone de relieve como "el análisis prioritario de la regularidad del procedimiento administrativo no ha terminado de ser desterrado". Así, por ejemplo, respecto al control de reglamentos, las SSTs de 10 de diciembre de 1982 (Ar. 7955), 12 de diciembre de 1982 (Ar. 8039), 30 de noviembre de 1983 (5868), 19 de enero de 1987 (Ar. 431) o 8 de mayo de 1987 (Ar. 3318) consideran que la existencia de una nulidad de pleno derecho (en concreto, ausencia del dictamen del Consejo de Estado) impide entrar en el fondo del asunto, al tratarse de un vicio de orden público. Respecto al control de actos administrativos, vid. por ejemplo la STS de 12 de febrero de 1990 (Ar.774), la cual al conocer de la impugnación de una sanción señala que "el recurso de apelación, reiterando motivos de impugnación ya utilizados en la primera instancia, alega vicios de procedimiento y de fondo del acto administrativo recurrido cuya ordenación debe hacerse, comenzando por los primeros, pues, de estimarse, la solución adecuada será la anulación de la resolución recurrida, reponiendo las actuaciones al momento del trámite incumplido, *siendo en tal caso innecesario el análisis de las argumentaciones de fondo*". Cosa que hace la sentencia, pues se niega a entrar en el análisis de la corrección o no de la sanción al apreciar que ha habido omisión del trámite de audiencia.

fundamento<sup>1994</sup> y es contraria al ordenamiento jurídico vigente<sup>1995</sup>.

Ahora bien, asociada y confundida con el rechazo a la doctrina de los vicios de orden público - y a la hipertrofia de los vicios procedimentales que la misma representa - se ha producido, a la vez, una relativización excesiva de los vicios procedimentales. Ambos aspectos -rechazo del análisis preferente del procedimiento frente al fondo y minusvaloración de la trascendencia de los vicios procedimentales - se encuentran entremezclados en la doctrina y jurisprudencia, cuando, a nuestro entender, son cuestiones diversas.

---

<sup>1994</sup> La STS de 7 de mayo de 1987 (Ar. 5241) se refiere a la doctrina de los vicios de orden público como una "antigua práctica judicial", "curiosa fórmula desprovista de fundamento jurídico verdadero y a cuya invocación quedaba cerrado el paso a la justicia sobre el fondo".

<sup>1995</sup> Nos encontramos, en definitiva, ante un mito jurídico. Como ha señalado GARCIA DE ENTERRIA, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 21, es posible "sorprender enquistadas en las relaciones actuales pervivencias históricas como restos singulares de concepciones que en su generalidad fueron arrumbados definitivamente. Estos residuos, que operan ya por sí mismos, sin conciencia final de la función que cumplen, verdaderos mitos jurídicos en el sentido de Santi Romano, son por cierto extensos en el Derecho Administrativo actual, y su influencia, siempre dañosa, por su autonomía mítica, no es nada desdeñable".

**b) La relativización del procedimiento para la elaboración de las decisiones administrativas.**

El propio Tomás-Ramón FERNANDEZ, al denunciar el anacronismo de la doctrina de los vicios de orden público, enfatiza la escasa trascendencia que debe otorgarse a los vicios procedimentales<sup>1996</sup>. Este autor coloca el criterio de la *indefensión* como parámetro esencial para medir la trascendencia de los vicios procedimentales, destacando el valor puramente instrumental de los mismos, que sólo adquieren relevancia cuando "su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías"<sup>1997</sup>. Enfocando la cuestión de la trascendencia de los vicios procedimentales desde el punto de vista del juez, no de la incidencia de los mismos en la formación de la voluntad de la Administración, Tomás-Ramón FERNANDEZ señala que "el juez puede siempre obtener los elementos de juicio necesarios para averiguar la conformidad o disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico del acto o disposición impugnados, que es en definitiva, la clave de su fallo", subrayando que el juez debe intentar "a toda costa" decidir sobre el fondo, "que sólo debe excluirse cuando el defecto de forma sea de tal clase que impida o haga imprudente la decisión, por faltar los datos necesarios para obtenerla"<sup>1998</sup>.

En definitiva, los criterios para valorar la trascendencia de los vicios procedimentales han de ser la apreciación de los intereses en juego, las consecuencias del defecto, la

---

<sup>1996</sup> Así, este autor en la pág. 132 de su libro *La doctrina...*, op.cit., se refiere al "modestísimo lugar que el vicio de forma ocupa en nuestro Derecho administrativo".

<sup>2016</sup> Vid. *supra* Cap. IV.1. Como indica LEDDA, F., "La partecipazione...", op.cit., pág.64, "le carenze e i defetti che eventualmente si riscontrino nella storia della decisione (...) hanno una diretta rilevanza giuridica come vizi attinenti alla funzione amministrativa".

indefensión que se haya podido producir y "sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo afectado de no haberse producido la infracción, puesto que sólo cuando sea presumible que el defecto haya desvirtuado el fondo y contenido de la decisión es legítima la anulación por este motivo"<sup>1999</sup>. El juez debe dirigirse, ante todo, a controlar el fondo del asunto, decidiendo si la solución es conforme con el ordenamiento jurídico y correcta. Si lo es, y hubiera sido la misma aunque el vicio no hubiera existido, el principio de economía procesal motiva el ignorar los vicios procedimentales, evitando así que se vuelva a tomar la misma decisión otra vez y se provoque un segundo litigio. Si no lo es, debe declararse tanto el vicio de fondo como el de procedimiento, para evitar que subsanado el segundo se dicte otra nueva decisión que adolezca otra vez del primero<sup>2000</sup>.

En consecuencia, esta construcción doctrinal a la vez que discute la doctrina de los vicios de orden público subraya la escasa trascendencia de los vicios procedimentales<sup>2001</sup>, desde la perspectiva del procedimiento como puro instrumento al servicio del fondo del asunto, que sirve, esencialmente, a la defensa de los particulares, defensa que es posible lograr en sede procesal. Por ello, el principio de economía procesal evita que deban anularse decisiones por motivos procedimentales, incluso cuando se produzca indefensión en vía administrativa, pues durante el proceso contencioso es posible subsanar esos defectos. Sólo queda un supuesto marginal no subsanable en vía judicial: que el defecto procedimental haya

---

<sup>1999</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pág. 151. Un ejemplo de este supuesto lo plantea el autor en la pág. 137, al referirse a la "omisión del trámite de información pública, que desde el momento que se comete afecta a las actuaciones posteriores, en cuanto que impide valorar los puntos de vista de la pluralidad de sujetos a quienes el trámite va dirigido, puntos de vista que la Administración no puede sustituir por sí".

<sup>2000</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pp. 155 y ss.

<sup>2001</sup> Probablemente ambos aspectos están conectados: al negar la trascendencia de los vicios procedimentales se niega también la necesidad de su examen preferente y excluyente del fondo. Sin embargo, como a continuación se desarrollará, creemos que es posible negar el segundo punto sin necesidad de excederse en la relativización de la importancia del cumplimiento del procedimiento.

incidido de forma sustancial sobre el fondo o que el juez no pueda saber si el contenido del acto es correcto o no "en la medida que precisamente el vicio de forma ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la decisión adoptada. En otras palabras, es posible que con los datos obrantes en autos, bien hayan sido traídos por las partes o aportados en virtud de la práctica para mejor proveer, no pueda llegar el Juez a valorar definitivamente el acto recurrido en cuanto al fondo" y "sólo cuando a consecuencia de dicho vicio le sea imposible al Juez decidir con acierto el problema de fondo planteado es correcta la anulación del acto por vicio de forma, puesto que en todos los demás casos, es decir, cuando la decisión de fondo es posible en sentido positivo o negativo, el principio de economía procesal impone y exige pronunciar la decisión que corresponda sin tener en cuenta el vicio de forma"<sup>2002</sup>.

Este enfoque ha tenido una indudable trascendencia en la jurisprudencia, que ya tempranamente había destacado la necesidad de que la invalidez por vicios procedimentales se administrara "con parsimonia y moderación" (STS de 21 de enero de 1936 (Ar. 295)) y conecta con un pensamiento que ya desde antiguo ha relativizado la importancia del procedimiento administrativo, considerándolo como un mero actuar interno de la Administración o como simple instrumento defensivo de los particulares<sup>2003</sup>.

La consecuencia del pensamiento dominante en España ha sido una relativización total de los vicios de procedimiento, hasta el punto de desaparecer, prácticamente, su trascendencia, excepto en los casos más flagrantes y notorios, y aún aquí con vacilaciones en la jurisprudencia. A lo largo del presente trabajo hemos tenido ocasión de citar y criticar

---

<sup>2002</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pp. 161 y 162.

<sup>2003</sup> Vid. Cap. II.

numerosos casos en tal sentido<sup>2004</sup>. No vamos ahora a volver a exponer esta jurisprudencia, sino simplemente a recordar sus características genéricas.

Por de pronto, los defectos en el procedimiento seguido en la elaboración de los *actos administrativos* han sido encajados en el art. 63.2 LRJPAC (antiguo 48.2 LPA), con la mayor naturalidad y sin que ello provocara ninguna discusión. Lo que es lógico desde la concepción dominante centrada en el acto administrativo y convencida de la escasa virtualidad del procedimiento, el cual no es sino un elemento del acto<sup>2005</sup>. Por otra parte, de las dos posibilidades abiertas por este precepto, es decir invalidez por carencia del acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o por existencia de indefensión de los interesados, la jurisprudencia se ha concentrado en esta segunda, sin desarrollar ni aplicar apenas la primera. Lo que es coherente con la visión predominantemente garantista y defensiva del procedimiento administrativo<sup>2006</sup>. Además, la jurisprudencia anula generalmente sólo cuando existe indefensión y sólo cuando la indefensión es causada por la omisión de algún trámite preceptivo, descuidándose el análisis, en los casos en los que se cumple un trámite, de si la realización ha sido real y efectiva<sup>2007</sup>.

En cuanto a los reglamentos y los planes urbanísticos, la relativización de los vicios procedimentales se produce por varias vías. Por un lado, se equipara al reglamento y al plan

---

<sup>2004</sup> Vid. *supra* Capítulo V, donde al hilo de la exposición se han citado y comentados numerosas decisiones judiciales.

<sup>2005</sup> Sobre esta concepción, vid. *supra* Cap. II.

<sup>2006</sup> Que sin embargo, como ya sabemos, lleva en la práctica incluso a negar la trascendencia de la indefensión en vía administrativa, pues esa indefensión queda eliminada, según la jurisprudencia, por la posibilidad de interponer el recurso contencioso, en aplicación del principio de economía procesal. Vid. por todas STS de 26 de marzo de 1983 (Ar.1360).

<sup>2007</sup> En relación con las afirmaciones realizadas en el texto, pueden consultarse las referencias jurisprudenciales contenidas en GONZALEZ PEREZ, J., *Comentarios...*, op.cit., pp. 419 y ss., y SANTAMARIA PASTOR, J.A. y PAREJO ALFONSO, L., *La jurisprudencia...*, op.cit., pp. 359 y ss.



con el acto respecto a la gradación de la invalidez<sup>2008</sup>. De otro, se minusvalora la importancia de los vicios procedimentales, limitando su trascendencia, como en el caso del dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente en relación a los reglamentos ejecutivos, donde el TS ha llegado incluso a negar la importancia de su omisión<sup>2009</sup>. Finalmente, en el caso del recurso indirecto, se niega, llanamente, que sea posible alegar defectos procedimentales. Como ya hemos sostenido con anterioridad, el argumento de la seguridad jurídica, que podría amparar esta negativa, no nos parece de suficiente entidad para justificar la permisividad de la vulneración del deber de buena administración. Esta construcción jurisprudencial, como ya se denunció, conduce a que, transcurridos dos meses desde la publicación, la violación de principios constitucionales conectados a instituciones, principios y trámites procedimentales se vea sanada por la ausencia de impugnación del reglamento o plan, lo que no nos parece una solución adecuada<sup>2010</sup>.

En definitiva, la jurisprudencia, desde la perspectiva del procedimiento administrativo como instrumento al servicio del fondo del asunto, con funciones de defensa de los ciudadano, ha relativizado de forma extrema la trascendencia de los vicio procedimentales e, indirectamente, la importancia del procedimiento administrativo, con argumentos como el antiformalismo, el principio de conservación de los actos administrativos o el principio de

---

<sup>2008</sup> Vid. por ejemplo, STS de 17 de junio de 1974 (Ar. 2847).

<sup>2009</sup> Como tuvimos ocasión de exponer y criticar al referirnos al papel de la función consultiva como orientación de la discrecionalidad administrativa. Vid. *supra* V.1.2 a).

<sup>2010</sup> Vid. igualmente *supra* V.1.2 a). Respecto al procedimiento de elaboración de planes urbanísticos, aunque con referencias continuas al procedimiento reglamentario, vid. TRAYTER JIMENEZ, J.M., *El control...*, op.cit., pp. 354 y ss., criticando la jurisprudencia y proponiendo su cambio de rumbo, ya que el hipotético peligro para la seguridad jurídica se ve ampliamente superado por las negativas consecuencias jurídicas que comporta dejar impune el incumplimiento del procedimiento administrativo.

economía procesal<sup>2011</sup>.

La doctrina ha llamado la atención en diversas ocasiones sobre la excesiva minusvalorización de los defectos procedimentales realizada por la jurisprudencia<sup>2012</sup>. ESCRIBANO COLLADO expresa su opinión en el sentido de que "nuestros Tribunales no han querido *penetrar* en el procedimiento administrativo, a través de una jurisprudencia correctora de sus defectos y desviaciones, de sus incumplimientos, disciplinando a la Administración y a sus funcionarios, depurando sus trámites y formalidades. Salvo excepciones, por todos conocidas los Tribunales han sustituido el *procedimiento debido* por la Administración a los ciudadanos por el proceso contencioso-administrativo, en el cual, años más tarde, quedaban subsanados, reparados o corregidos todos los posibles defectos y arbitrariedades cometidos durante su tramitación"<sup>2013</sup>.

DE ASIS ROIG, por su parte, recuerda, en relación con la escasa trascendencia dada por la jurisprudencia a los vicios procedimentales que "*el debilitamiento de la protección de las normas puede llevar al incumplimiento de aquéllas o a la irrelevancia práctica de sus*

---

<sup>2011</sup> Un ejemplo que demuestra lo que se sostiene en el texto lo constituye la STS de 7 de octubre de 1981 (Ar.4120), en la que se indica lo siguiente:

"...es de destacar que la más reciente y progresiva jurisprudencia de nuestro T.S. tiende a reducir progresivamente la inicial trascendencia de los vicios de forma o procedimentales, resaltando su naturaleza estrictamente instrumental por lo que *sólo* adquieren relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, habiendo llegado a declarar que si el interesado no fue oído en el expediente primitivo esa falta puede eventualmente remediarse con la interposición del correspondiente recurso..."

<sup>2012</sup> Vid. GOMEZ-FERRER MORANT, R., "Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia", *REDA*, núm 14, 1977, pp. 387 y ss., BERMEJO VERA, J., "La "relativización" del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general", *REDA*, núm. 30, 1981, pp. 539 y ss., DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos...", op.cit., pp. 9 y ss., BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pp 115 y ss., y MALARET, Elisenda, "Los principios...", op.cit., pág. 313, nota 598.

<sup>2013</sup> Pág. 25 del prólogo de Pedro ESCRIBANO COLLADO a la obra, ya citada, *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, coordinada por Javier BARNES VAZQUEZ.

*disposiciones"*, a la vez que destaca que la inanidad de la protección del procedimiento en sede judicial "debilita las posibilidades de acierto de la actuación administrativa, a la vez que puede llevar la consideración de los trámites de procedimiento a la categoría de los *interna corporis acta*<sup>2014</sup>".

Consideramos que la relativización de la trascendencia de los vicios procedimentales por parte de la jurisprudencia ha ido demasiado lejos. Si bien es cierto que los requisitos procedimentales no deben evitar el conocimiento judicial del fondo del asunto - como aquí se ha sostenido -, también lo es que la minusvalorización de la trascendencia de los vicios procedimentales desde la consideración del procedimiento como mecanismo puramente defensivo está siendo llevada a un extremo que no consideramos adecuado, por cuanto conlleva, indirectamente, la devaluación del procedimiento en sí mismo y, en consecuencia, de la calidad de las decisiones administrativas y de los intereses de los ciudadanos.

---

<sup>2014</sup> DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos de la omisión...", op.cit., pp. 13 y 14.

**c) La apuesta por una sensata revitalización de la trascendencia de los vicios procedimentales.**

Los principios y argumentos manejados por la jurisprudencia para negar la trascendencia de los vicios procedimentales tienen su parte de razón y no son enteramente despreciables. El problema no está en su uso, sino, entendemos, en su abuso, en su aplicación indiscriminada sin ponderar otras consideraciones que también deben tenerse en cuenta.

Así, el rechazo del *formalismo*, ha llevado al TS a declarar el "carácter escasamente formalista del Derecho administrativo" (STS de 28 de octubre de 1988, Ar. 8354) o a destacar la necesidad de aplicar un "antiformalismo ponderado...que permita el desarrollo de la correspondiente situación jurídica conforme a normas principios de economía y eficacia..." (STS de 6 de julio de 1988, Ar.8354). Sin embargo, ya pusimos de relieve en su momento que el seguimiento de un procedimiento no debía confundirse con la existencia de formalismo, entendido como atención excesiva a los aspectos ajenos al contenido de la decisión<sup>2015</sup>. Como se ha repetido en diversas ocasiones a lo largo del presente estudio, el procedimiento administrativo no puede ser visto como un elemento puramente formal del acto administrativo. El procedimiento es una institución jurídica con relevancia constitucional propia conectada con el fondo, con la sustancia de la decisión, en cuanto que es el modo de desarrollo de la función administrativa. Como se advirtió, el elemento causal de toda decisión exige una adecuación entre ésta y el interés general al que sirve (art. 53.2 LRJPAC). El

---

<sup>2015</sup> Como señala MARTIN-RETORTILLO, L., *Bajo el signo...*, op.cit., pág. 78, en referencia al valor de los requisitos procesales y procedimentales, "las exigencias formales, contenidas en su ámbito y en su funcionalidad - estrictamente vigiladas, sí, para que no desborden -, están llamadas a ser liberadoras. En ocasiones como ésta se suelen repetir las conocidas palabras de Montesquieu, "Les formalités de la justice sont nécessaires a la liberté"".

seguimiento del procedimiento administrativo permite que el elemento causal se cumpla, al propiciar esa adecuación. Por el contrario, la inobservancia del mismo conduce a que exista un vicio en el elemento causal, al distorsionarse esa adecuación entre la decisión y el interés general. En consecuencia, los vicios procedimentales, lejos de ser vicios formales, es decir relativos al aspecto externo de la decisión, inciden en el fondo, en la sustancia del asunto, viciando su causa<sup>2016</sup>.

Por lo que respecta a la *instrumentalidad* del procedimiento respecto del fondo del asunto, es cierto que el procedimiento sirve para lograr una decisión final que no vulnere el ordenamiento y que sea lo más acertada posible. En este sentido, efectivamente, el procedimiento es un instrumento respecto al fondo del asunto. Pero, el concepto de instrumentalidad se maneja, más bien, en el sentido peyorativo de accesorio o prescindible, en referencia al contenido, a la sustancia de la decisión. Esta visión conecta con la imagen, ya criticada, del procedimiento como elemento *formal*, por contraposición al fondo. Debe volver a repetirse en este caso lo que acabamos de sostener. El procedimiento no es un elemento accesorio del acto, ajeno al fondo del mismo. Es una institución jurídica dirigida al logro de decisiones respetuosas con el ordenamiento y oportunas en su servicio al interés general, y, por tanto, conectada al elemento causal de las decisiones administrativas, que además atesora valores intrínsecos<sup>2017</sup>.

---

<sup>2016</sup> Vid. *supra* Cap. IV.1. Como indica LEDDA, F., "La partecipazione...", op.cit., pág.64, "le carenze e i difetti che eventualmente si riscontrano nella storia della decisione (...) hanno una diretta rilevanza giuridica come vizi attinenti alla funzione amministrativa".

<sup>2017</sup> BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pp. 115 y ss. ha reaccionado en contra de las tendencias que niegan el valor del procedimiento como institución jurídica, exponiendo que, aparte de garantizar la legalidad material de la concreta decisión administrativa, los trámites del mismo atienden a otras finalidades más generales, como el respeto del derecho de los administrados, a la participación de diversos órganos públicos para el logro de la coordinación o a la participación de los ciudadanos, con valor intrínseco en sí mismas y conexión con principios constitucionales (art. 105.3, 103.1 y 105.1 CE, respectivamente). Coincidimos con esta autora en el valor intrínseco que estas finalidades tienen en sí mismas - en conexión con otros principios y valores; en el caso de la

En cuanto a la perspectiva unívoca del procedimiento como *instancia defensiva* de los particulares, no es necesario repetir de nuevo la trascendencia que tiene además respecto del acierto de la decisión adoptada. Incluso Tomás-Ramón FERNANDEZ acepta que la invalidez del acto administrativo pueda concurrir, al margen de la existencia de indefensión, cuando el defecto procedimental ha incidido en el fondo, alterándolo, como vimos. Un recto entendimiento de este aspecto hubiera debido producir un potenciamiento de la causa contemplada en el antiguo art. 48.2 LPA, ahora 63.2 LRJPAC, relativa a la carencia de los requisitos formales indispensables para alcanzar el fin del acto, aplicándolo a todos aquellos supuestos en los que, al margen de la existencia de indefensión, el defectuoso procedimiento pudo impedir al acto ser adecuado en su servicio al interés general, al privar al órgano administrativo de elementos fácticos o de juicio para tomar la decisión más acertada posible. Sin embargo, la jurisprudencia ha insistido obsesivamente en valorar la trascendencia de los vicios procedimentales, incluida la ausente o defectuosa motivación, desde la perspectiva casi exclusiva de la indefensión.

Por lo que se refiere al juego del *principio de conservación*, en principio es razonable mantener una decisión administrativa que, pese a presentar una determinada irregularidad, pueda alcanzar los fines propuestos. Este principio presenta conexiones con el ya conocido de *eficacia* de la actividad administrativa<sup>2018</sup>. Sin embargo, no debe olvidarse tampoco la relación existente entre procedimiento administrativo y eficacia. El primero es presupuesto

---

participación con la dignidad de la persona y la transparencia - pero es preciso resaltar que, además, están íntimamente conectadas con las dos genéricas finalidades del procedimiento: la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y la buena administración ( de la que son instrumento, como ya nos consta, el principio de coordinación y el de participación).

<sup>2018</sup> Vid. SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 135, en relación a la matización de la trascendencia de los vicios procedimentales en función del principio de eficacia. Respecto a la incidencia de este principio en relación a la invalidez de las decisiones administrativas, vid. la STS de 22 de diciembre de 1980 (Ar.554).

de la segunda, entendida no sólo como rapidez en la decisión sino como producción de decisiones realmente efectivas en su servicio al interés general. Por otro lado, la *presunción de validez* del acto administrativo también es utilizada por alguna jurisprudencia para relativizar la trascendencia de las infracciones<sup>2019</sup>. También respecto a este argumento no debe olvidarse que la presunción de validez del acto administrativo depende de la corrección del procedimiento previamente seguido para su adopción. Más que ligar la trascendencia de los vicios procedimentales a la presunción de validez, es ésta, por el contrario, la que depende del seguimiento de un correcto procedimiento, con una adecuada ponderación y fundamentación de la decisión finalmente adoptada<sup>2020</sup>.

En cualquier caso, para que pueda jugar el principio de conservación deben poderse alcanzar las finalidades perseguidas por la decisión, tanto el respeto de la legalidad como el logro del mayor acierto en el servicio a los intereses generales como cualquier otro interés protegido por el ordenamiento. Si el fondo de la decisión no vulnera el ordenamiento, pero el vicio procedimental impide, cuando exista discrecionalidad, que la alternativa elegida pueda ser la mejor posible, porque hurta elementos fácticos o de juicio, o afecta a un valor protegido por el ordenamiento, como por ejemplo el derecho de defensa de los ciudadanos, el principio de conservación deberá decaer, dando paso a la invalidez de la decisión<sup>2021</sup>.

Finalmente, en cuanto al *principio de economía procesal*, ya vimos como el mismo tiende a evitar la duplicación de litigios. Este principio explica, junto al de tutela judicial efectiva, que el examen preferente y excluyente de los vicios procedimiento - la consecuencia

---

<sup>2019</sup> Vid. STS de 13 de julio de 1983 (Ar.4050).

<sup>2020</sup> Vid. *supra* Cap. V.1.2 c).

<sup>2021</sup> En este sentido, vid. BELADIEZ ROJO, M., *Validez y Eficacia...*, op.cit., pág. 115 y pp. 135 y ss.

de la anacrónica doctrina de los vicios de orden público - no sea procedente, porque significa que en el proceso judicial no se pueda conocer del fondo del asunto y se dé lugar, en el futuro, a un segundo e innecesario pleito, subsanados los vicios procedimentales, en el que se diluciden, finalmente, los vicios relativos al contenido de la decisión administrativa. Sin embargo, este principio no autoriza a que, una vez analizado el fondo del asunto, se pueda prescindir de los vicios procedimentales cuando se trata de decisiones discrecionales, por cuanto no es posible saber si el respeto del procedimiento hubiera hecho modificar la decisión de la Administración, al aportar nuevos elementos de juicio. Por otro lado, cuando está en juego el derecho de defensa de los interesados, el que el fondo no sea contrario al ordenamiento no significa que pueda prescindirse de la violación del derecho de defensa de los particulares durante el desarrollo del procedimiento, lo que conduciría a convertir en papel mojado tal derecho<sup>2022</sup>.

En la línea aquí propuesta, nos parece muy interesante la limitación del juego del principio de economía procesal efectuada por la STS de 4 de abril de 1997 (Ar. 3120). Los hechos que dieron lugar al litigio fueron los siguientes. En 1984 un Ayuntamiento decidió elevar a definitivo el acuerdo de aprobación de la Tabla de Valores Unitarios del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, pese a las impugnaciones efectuadas en vía administrativa. Según la sentencia, resulta probado que, pese a ser exigidos por la legislación aplicable al supuesto, los informes del Secretario y del Interventor no se emitieron con

---

<sup>2022</sup> Vid. BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pág. 115 y 149 y ss. Como indica esta autora, "el principio de economía procesal exige el enjuiciamiento del fondo del acto, pero no para declarar el acto válido en el caso de que su contenido hubiese permanecido igual de no haberse cometido esa infracción, sino para comprobar si además del vicio de forma existe otro vicio de fondo que determine no ya la declaración de nulidad de actuaciones, sino la nulidad de la resolución. Sólo así se lograría evitar al interesado el perjuicio de tener que iniciar un segundo proceso para anular aquello que ya pudo declarar inválido el Juez en el primero de los procesos seguidos. No otra consecuencia se puede derivar del principio de economía procesal, principio que en este punto se encontraría reforzado por el principio de tutela judicial efectiva".(Los subrayados proceden del original).



anterioridad a la adopción del acuerdo impugnado judicialmente. El primero fue emitido en 1985 (es decir, un año después de adoptada la decisión) y el segundo en...1988 ( cuatro años después, por tanto).

Como puso de manifiesto la sentencia apelada, confirmada en su integridad por el TS, "la presente controversia se ciñe a determinar si la falta de informes previos del Secretario e Interventor del Consistorio impregnan el acto administrativo de un vicio tal que que determina su nulidad, o si, por el contrario, la emisión de ambos con posterioridad a la adopción del acuerdo permite su subsanación por un *principio de economía procesal*".

La sentencia comprueba que, efectivamente, el ordenamiento vigente (Ley 40/1981, Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 1952, Real Decreto 2513/1982) configuraba los mencionados informes como preceptivos, y exigía su emisión por escrito y con anterioridad a la iniciación de la sesión en que se adoptó el acuerdo impugnado. A la vista de lo cual, la sentencia declara que los informes debieron emitirse, pues eran preceptivos, y además "con carácter previo a la adopción del acuerdo, *pues tienen la finalidad de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad* del acto que expresa la voluntad colegiada" del Pleno del Ayuntamiento. Ello justifica que su omisión - no subsanada por su emisión años después de adoptado el acuerdo - deba provocar la nulidad de la decisión, pues "se ha prescindido de las reglas esenciales para la formación de dicha voluntad, circunstancia que determina la desestimación del recurso interpuesto".

---

En definitiva, los argumentos expuestos son contrarios al grado de exagerada

relativización al que ha llegado la jurisprudencia en nuestro país en relación con los vicios procedimentales<sup>2023</sup>. Consideramos que se impone reflexionar sobre la necesidad de proceder a una revitalización de la trascendencia de los vicios de procedimiento, sin que tal reforzamiento de las consecuencias de la inobservancia del *iter* procedimental nos lleve a caer en el extremo contrario, en una hipertrofia injustificada que entorpezca el desarrollo de la actividad administrativa y no tome en consideración el juego (limitado) de principios como el de eficacia de la actuación administrativa.

---

<sup>2023</sup> En Alemania, una observación semejante sobre el control judicial de los vicios de procedimentales puede hallarse en SCHOCH, Friedrich, "El pensamiento...", op.cit, pág. 309. quien señala que el "pensamiento procesal", es decir la consciencia de la importancia del procedimiento de adopción de decisiones administrativas, no ha calado aún en la jurisprudencia

**d) Propuestas para una razonable revitalización de la trascendencia de los vicios procedimentales. Función judicial y buena administración.**

El punto de partida de la revitalización de la trascendencia de los vicios procedimentales debe fijarse en la constatación de que mediante el control del cumplimiento del procedimiento administrativo los tribunales contribuyen, indirectamente y en modo que podría denominarse "en negativo", al logro del deber constitucional de buena administración.

La ya citada Exposición de Motivos de la LJCA de 1956 señala que:

"...la necesidad de una Jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende la órbita de lo individual y alcanza el ámbito de lo colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como un entorpecimiento a la buena y recta administración. Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la Jurisdicción contencioso-administrativa anula los actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas y afirma y cimienta la autoridad pública".

Siendo el procedimiento el modo de desarrollo de la función administrativa, con incidencia directa sobre los derechos e intereses de los ciudadanos y la calidad del fondo de la decisión, es evidente que el control judicial del cumplimiento del procedimiento va a garantizar el acierto de la resoluciones tomadas, al depurar aquéllas que no estén suficientemente fundadas o ponderadas. Por otro lado, como ya se advirtió, un efectivo

control de los vicios procedimentales va a lanzar el mensaje a la Administración de la necesidad de respetar el procedimiento, evitando así la tentación de omitir el cumplimiento de trámites procedimentales preceptivos, o bien de realizar su cumplimiento de forma aparente, no efectiva, sin ponderar los datos por ellos aportados<sup>2024</sup>.

Como ha puesto de relieve Tomás-Ramón FERNANDEZ, juzgar a la Administración puede ayudar a que ésta administre mejor pues "al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso elegidas por la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles, a valorar de forma más serena y objetiva las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas y a pesar y medir mejor sus respectivas consecuencias y efectos, previniendo a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aún que éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana de ayer y de hoy"<sup>2025</sup>.

---

<sup>2024</sup> EMBID IRUJO, A., "El coloquio de Heidelberg sobre el control judicial de las decisiones administrativas", *RAP*, núm. 124, 1991, pp. 440 y ss., donde se señala la importancia del control judicial en la configuración efectiva de un procedimiento administrativo abierto, seguro y ágil, "por medio de una actuación decidida del poder judicial anulando medidas administrativas en cuyo proceso de formación no se hayan observado las garantías procedimentales mínimas".

MORISON, J., "A note of Scepticism about the role of law in controlling administration in the United Kingdom", en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, pp. 280 y ss., sin embargo, se muestra escéptico sobre la labor judicial relativa al fomento de una buena administración en Gran Bretaña. Según este autor, la confianza creciente y exclusiva en el control judicial - mayoritariamente usado por grandes sociedades mercantiles en la actualidad - podría estar provocando una actitud defensiva de la Administración, que no se ocuparía tanto de desarrollar una buena administración como de blindar sus decisiones de cara a un futuro control judicial. De ahí que el autor citado proponga volver la vista al sistema continental de codificación del procedimiento administrativo.

Por nuestra parte, debemos añadir algo ya repetido anteriormente. El control judicial puede ser útil en la medida en que se considere sólo una pieza del entramado de control y no se depositen en él todas las esperanzas. De ahí la importancia de otras instancias (el legislador, la propia Administración, los órganos consultivos, los *ombudsmen*) para el logro del fomento de la buena administración.

<sup>2025</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Juzgar...", op.cit., pág. 526.

Ahora bien, como se apuntó, esa cooperación judicial en el cumplimiento del deber de buena administración es *indirecta* y "en negativo". Indirecta por cuanto los principios de buena administración son directivas dirigidas al desarrollo de la función administrativa - el servicio al interés general -, que deben ser llevadas a cabo por la Administración, no por el poder judicial. En negativo porque la labor judicial debe consistir en depurar, mediante su anulación, aquellas decisiones administrativas defectuosamente elaboradas, no en imponer, mediante la sentencia, las concretas consecuencias que deban derivarse de los principios de buena administración. Por ello, como se ha venido repitiendo a lo largo de este trabajo, el control judicial actúa "en negativo", no "en positivo", puesto que la función judicial no alcanza a la orientación del núcleo extrajurídico ínsito en el corazón de la discrecionalidad, decidiendo qué alternativa sea, por ejemplo, más racional, objetiva o eficaz<sup>2026</sup>.

En esa función judicial de depuración de las decisiones administrativas infundadas o irreflexivas, el análisis del *expediente* administrativo y de la *motivación* de la decisión debe desempeñar un papel clave<sup>2027</sup>. El control judicial debería extenderse a la comprobación de que la decisión ha estado precedida de la suficiente actividad instructora que la funde, así como de que se han realizado todos los trámites preceptivos<sup>2028</sup>. Pero además, una vez

---

<sup>2026</sup> Vid. *supra* Cap. IV.4. Como indica LEDDA, F., "La partecipazione...", op.cit., pág. 63: "un sindacato può aversi anche quando al giudice non sia dato reperire criteri sostanziali di ordine propriamente giuridico direttamente referibili alla materia de la decisione amministrativa adottata: quest'ultima dovrebbe pur sempre essere sottoposta a controllo per ciò che attiene al modo de la sua produzione (intesa come fatto sostanziale, non come semplice forma dell'agire). E dalla correttezza del processo produttivo dipende in ultima analisi quella accettabilità del risultato, o se si vuole quella razionalità pretendibile in concreto, che è necessaria ad appagare le esigenze dell'ordinamento quando questo richiami in modo esplicito od implicito i criteri d'altre discipline".

<sup>2027</sup> Vid. *supra* los epígrafes dedicados a la importancia del expediente, al referirnos al principio de objetividad, y de la motivación.

<sup>2028</sup> Es decir, los impuestos por la norma sectorial, en el caso de los procedimientos formalizados, y los necesarios de acuerdo con los principios del procedimiento administrativo común y de la regulación de desarrollo autonómica y local, en el caso de los no formalizados. En cualquier caso, como ya se apuntó, el juez no es libre de imponer aquéllos trámites que considere más oportunos o

comprobado que los trámites han sido realizados, el control judicial debería avanzar un paso más y analizar si ese cumplimiento ha sido real, efectivo, o, por el contrario meramente aparente, formal. Es decir, realizar un escrutinio relativo a si los datos e intereses introducidos en el procedimiento mediante los distintos trámites (participación ciudadana, informes preceptivos no vinculantes...) han sido ponderados, tomados en consideración, aunque sea para rechazar las sugerencias o alternativas planteadas a lo largo del *iter* procedimental<sup>2029</sup>.

En este análisis de la existencia de la necesaria ponderación, exigida por el principio de objetividad, el estudio del expediente y de la motivación se convierte en imprescindible. A través del escrutinio de las respuestas a las alegaciones de los particulares, de la propuesta de resolución, de las razones exteriorizadas en la motivación, el tribunal debe comprobar que el estudio de la cuestión ha sido serio y no una farsa, que existe una conexión lógica, una congruencia entre el material contenido en el expediente, la motivación ofrecida y la solución finalmente adoptada<sup>2030</sup>. El tribunal, como hemos repetido en diversas ocasiones, no debe

---

adecuados, al margen de la normativa común y de desarrollo y de la normativa sectorial. Esta postura ha sido la adoptada por el Tribunal Supremo Norteamericano en su importante sentencia *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (435 US 519 (1978)), en la que ha negado que se puedan imponer judicialmente trámites procedimentales no exigidos ni por la cláusula constitucional de *Due Process* ni por la normativa sectorial.

<sup>2029</sup> Respecto a la participación ciudadana, el control judicial de la realización y del cumplimiento efectivo de los trámites procedimentales dirigidos a tal efecto supondría el mantenimiento abierto de los canales participativos, evitando que determinados intereses fueran excluidos o no tomados en consideración. Este papel judicial de "limpieza" de las vías de participación en la actividad pública es destacado por ELY, J.H., *Democracy and Distrust: a theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1980, pp. 101 y ss.

<sup>2030</sup> Respecto al escrutinio de la motivación, debe recordarse aquí lo ya expuesto en su momento, cuando se indicó que la suficiencia de la misma era un concepto jurídico indeterminado, que debería concretarse en función de las circunstancias de cada caso. Una profundización en la precisión de este concepto exigiría, posiblemente, la realización de estudios sectoriales, en los que se tuviera en cuenta el tipo de discrecionalidad ejercida, la clase de órgano administrativo que la ejerce y los derechos e intereses involucrados. Desde una perspectiva general puede avanzarse que, en nuestra opinión, el análisis judicial de la suficiencia de la motivación deberá ser más estricto en aquéllos casos en los que

interferir en la ponderación realizada, es decir, en el distinto peso dado por la Administración a los intereses presentes<sup>2031</sup>, sino que debe comprobar que esa ponderación ha tenido realmente lugar<sup>2032</sup>.

Realizado el escrutinio judicial del expediente y de la motivación de la decisión y detectada alguna irregularidad en el proceso de elaboración de la misma, el tribunal debe realizar, a su vez, una ponderación con carácter previo a la decisión de invalidez<sup>2033</sup>. Esa ponderación deberá sopesar dos órdenes de cuestiones distintas.

En primer lugar, deberá efectuarse una conexión entre la irregularidad cometida y el tipo de trámite afectado por la misma. Los distintos trámites que componen un procedimiento pueden tener finalidades distintas (simple garantía de la no vulneración del ordenamiento, aportación de datos fácticos, ejercicio del derecho de defensa de los interesados, orientación del núcleo de la discrecionalidad mediante la introducción de elementos de juicio...). El

---

la actividad judicial afecte a los derechos fundamentales contemplados en el Cap. II del Tit. I de la Constitución. Por otro lado, la existencia de un órgano administrativo con una composición especialmente diseñada para dotar a la decisión de un mayor grado de posibilidades de acierto también será un factor a ponderar en la exigencia judicial de detalle en la motivación. En este sentido, por ejemplo, la jurisprudencia, sin dejar de controlar la existencia de motivación racional, ha aceptado un menor detalle de la misma en el caso de la decisión de fijación del justiprecio, debido a la composición cualificada del órgano administrativo que desarrolla esta función (vid. por todas la STS 9 de mayo de 1997).

<sup>2031</sup> La interferencia judicial en la ponderación sólo podrá tener lugar en aquéllos casos en los que el resultado de la ponderación vulnere alguno de los principios generales del Derecho que limitan el ejercicio de la discrecionalidad (por ejemplo, cuando la alternativa elegida sea manifiestamente irracional o desproporcionada). Vid. al respecto lo ya dicho *supra* Cap. IV.4.3.

<sup>2032</sup> En este sentido, DEMUNCK, J., LENOBLE, J., MOLITOR, M., "Pour une procéduralisation...", op.cit., pág. 236, destacan el papel judicial en la garantía de la racionalidad procedimental, asegurando que la adopción de las decisiones ha sido fruto de una consideración adecuada.

<sup>2033</sup> Como nota en la doctrina francesa MOREAU, J., "Les conséquences des illégalités procédurales en droit administratif français", en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, pp. 90 y 91, no toda irregularidad debe conducir a la invalidez, sino que deben tenerse en cuenta las consecuencias del vicio así como las finalidades del procedimiento.

tribunal deberá tomar en consideración la finalidad perseguida por el trámite omitido o defectuosamente cumplido. Como ha sido señalado en la STS de 13 de septiembre de 1996 (Ar. 6627), es preciso en sede judicial "efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden"<sup>2034</sup>.

Una vez detectada la finalidad del trámite, el tribunal deberá decidir si esa finalidad sólo se podía lograr mediante el respeto de ese trámite durante el procedimiento administrativo o si una vez en sede judicial es posible subsanar el defecto detectado. Por ejemplo, si el trámite consiste en la emisión de un informe exclusivamente centrado en si el acto vulnera o no el ordenamiento jurídico - sin consideraciones relativas a su acierto u oportunidad -, una vez se ha impugnado judicialmente la decisión, el propio tribunal puede apreciar, al ser esa su función, si la decisión es o no contraria al ordenamiento. Entendemos que el tribunal, tras comprobar que el fondo del asunto es conforme al ordenamiento jurídico, no debería anular la decisión, puesto que aunque se ha cometido una irregularidad procedimental, la toma en consideración del principio de conservación de las decisiones administrativas, conectado al de eficacia, haría prevalecer el mantenimiento del acto<sup>2035</sup>.

---

<sup>2034</sup> Sobre la necesidad de tener en cuenta la finalidad cumplida por cada trámite procedimental, vid. ISAAC, G., *La Procédure...*, op.cit., pp. 287 y ss.

<sup>2035</sup> Como indica BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia...*, op.cit., pág. 122, "cuando de *actos reglados* se trata el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley no constituye un requisito indispensable para que la resolución pueda considerarse válida. En efecto, *en los casos de los actos reglados, siempre que sean materialmente conformes a Derecho, y siempre también - no se olvide - que las exigencias formales no pretendan otra cosa que garantizar la legalidad material de la resolución, la infracción de las exigencias de forma carecen de fuerza invalidante*" (Los subrayados proceden del original). Para esta autora, esta conclusión no significa que las normas procedimentales que establecen este tipo de trámites sean meras recomendaciones o consejos, sino que "el valor que representa el principio de conservación se considera superior al que se deduce del principio de legalidad, impidiendo de este modo que la ilegalidad en la que ha incurrido el acto sea sancionada con la invalidez" (pág.158). Estamos de acuerdo con esta autora con una pequeña matización: lo mismo ocurrirá en el caso de las decisiones discrecionales cuando el trámite omitido o defectuosamente cumplido sólo tenga, igualmente, la finalidad de garantizar la no vulneración del ordenamiento



En cambio, cuando el trámite omitido o defectuosamente realizado persigue finalidades distintas a la mera garantía de la no vulneración del ordenamiento jurídico, el tribunal deberá anular la decisión aunque el fondo de la decisión sea aparentemente conforme con el ordenamiento jurídico. Esto es lo que ocurre siempre que nos encontramos ante decisiones discrecionales - en algún supuesto de la escala de la discrecionalidad aquí manejada - y el trámite pretende introducir elementos fácticos o intereses - privados y/o públicos - a considerar o bien aportar elementos de juicio que orienten el núcleo de la discrecionalidad. En estos supuestos, la irregularidad procedimental *podrá* conducir a la invalidez de la decisión, puesto que no se habrá cumplido el deber constitucional de buena administración, que exige que la Administración se sitúe en la mejor de las situaciones posibles para decidir.

Nótese que hemos utilizado la expresión "podrá" no "deberá". Tal uso es premeditado y nos introduce en la segunda operación que deberá realizar el tribunal. Una vez determinado que la finalidad del trámite viciado no es sólo garantizar la no vulneración del ordenamiento jurídico, y que por tanto no es posible reparar en vía judicial el defecto procedimental, el tribunal deberá sopesar la gravedad de la irregularidad procedimental. No todas tienen la misma importancia, pues algunas, por su escasa trascendencia, no llegan a dañar la finalidad perseguida por el trámite, no influyendo en el fondo de la decisión<sup>2036</sup>. Pensemos, por

---

jurídico.

<sup>2036</sup> El criterio de la posible influencia del vicio procedimental en el fondo de la decisión es destacado por diversos autores. Vid. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Los vicios...*, op.cit., pág. 151, ISAAC, G., *La Procédure...*, op.cit., pp. 287 y ss. Este criterio también es manejado por SCHOCH, Friedrich, "El pensamiento...", op.cit., pp. 304 y ss., en relación con el art. 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo alemana, precepto que señala que la infracción de las normas procedimentales que no dé lugar a una de las causas de nulidad del art. 44 no provocará la invalidez del acto "cuando en cualquier caso se hubiera tenido que adoptar la misma decisión". Como indica este autor, en el caso de las decisiones discrecionales, o en las que se toman teniendo en cuenta conceptos jurídicos indeterminados valorativos, este art. 46 no es aplicable, puesto que no es posible afirmar que si se hubiera seguido correctamente el procedimiento la decisión no hubiera variado, a

ejemplo, en el trámite de información pública en la toma de una decisión discrecional. El mismo tiene como finalidad que la Administración conozca los intereses envueltos en la toma de la decisión y considere las sugerencias o alternativas presentadas por los ciudadanos. Evidentemente no es lo mismo omitir totalmente este trámite que no contestar a una de las alegaciones presentadas. En el primer caso, la invalidez es evidente, por cuanto no se sabe en qué hubiera podido variar la decisión final si la Administración hubiera conocido, antes de adoptarla, los intereses envueltos o las alternativas sugeridas<sup>2037</sup>. En el segundo, deberá ponderarse judicialmente la trascendencia real de la ausencia de respuesta. ¿Existían otras alegaciones semejantes y hubo una respuesta razonada común?<sup>2038</sup>. ¿Cuál es el contenido de la alegación? ¿Presenta alternativas plausibles que la Administración no ha tomado consideración y que hubieran podido influir en la decisión final? ¿o por el contrario plantea sugerencias que nada tienen que ver con el objeto del procedimiento?

Se trata, en definitiva, de una labor judicial casuística, que deberá desarrollarse a la vista de las concretas circunstancias, donde la apreciación de la trascendencia del vicio procedimental dependerá de "la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente, y en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas" (STS de 21 de

---

la vista de las aportaciones realizadas a través de los trámites omitidos.

En el ámbito del Derecho Comunitario, el TJCE ha declarado en diversas ocasiones que la invalidez por vicio procedimental sólo tiene sentido cuando el defecto haya podido tener influencia en la decisión final. Vid. al respecto SCHWARZE, J., *European...*, op.cit. pág. 1426, nota 17.

<sup>2037</sup> Con independencia de la idea de indefensión, que debe ligarse al trámite de audiencia de los interesados, no a la información pública dirigida a la generalidad de los ciudadanos con los objetivos apuntados. No obstante, el TS sigue confundiendo ambos planos y declarando que la omisión del trámite de información pública sólo provoca la invalidez de la decisión cuando ha existido indefensión (vid. por ejemplo la STS de 16 de mayo de 1997)

<sup>2038</sup> Recordemos que esta posibilidad está prevista en el art. 86.3 LRJPAC.

enero de 1936, Ar. 295).

En cualquier caso, lo que ya no cabe es afirmar de forma automática la escasa o nula virtualidad de los vicios procedimentales, como ha venido realizando tradicionalmente la jurisprudencia mayoritaria, rechazando su trascendencia sin entrar a considerar los aspectos apuntados. El mito jurídico de la escasa trascendencia de los vicios procedimentales debe ser revisado. Y ello es especialmente cierto en el caso de las *decisiones discrecionales*, donde consideramos que la omisión o defectuoso cumplimiento del procedimiento va a tener con frecuencia incidencia sobre la decisión final, impidiendo que ésta sea la más adecuada en su servicio a los intereses generales, aunque no vulnere ningún límite impuesto por el ordenamiento. <sup>MA</sup>

En consecuencia, las irregularidades procedimentales pueden ser invalidantes o no invalidantes, dependiendo de los elementos apuntados y a la vista del caso concreto<sup>2039</sup>. Cuando el vicio procedimental tenga entidad suficiente para provocar la invalidez de la decisión, el tribunal deberá decidir, finalmente, qué tipo de invalidez es la adecuada para el caso concreto.

Tradicionalmente, los vicios procedimentales han sido calificados como vicios "formales", siendo encajados dogmáticamente bien en el antiguo art. 47.1 c) LPA, actual art. 62. e) LRJPAC (de forma excepcional), bien (usualmente) en el antiguo art. 48.2 LPA, actual 63.2 LRJPAC, bajo la rúbrica "defecto de *forma*". No ha existido mayor discusión en relación a esta última conclusión, puesto que es coherente con la consideración, indiscutida, del procedimiento como un *elemento formal* de los actos, tal y como hemos puesto de relieve a lo largo de este estudio.

---

<sup>2039</sup> En este sentido, vid. ISAAC, G., *La Procédure...*, op.cit., pp. 287 y ss., donde expone la distinción francesa entre las formalidades sustanciales y no sustanciales. En el mismo sentido, vid. art. 173 TCE, donde alude a los "vicios sustanciales de forma".

Consideramos, sin embargo, que existen serias razones contrarias a la conveniencia de seguir subsumiendo los vicios procedimentales que den lugar a la anulabilidad bajo el art. 63.2 LRJPAC. En primer lugar, porque desde la perspectiva dogmática aquí sostenida, el procedimiento no es un elemento formal de las decisiones administrativas, sino una institución jurídica constitucionalmente relevante, conectada con la causa de las mismas. En segundo lugar, porque la tradicional interpretación de la jurisprudencia de este apartado, ha sido "claramente restrictiva"<sup>2040</sup>; la existencia de indefensión ha sido el único elemento manejado, reduciendo así las finalidades perseguidas por el procedimiento administrativo. Ésta ha sido una de las causas que ha conducido a la excesiva relativización de los vicios procedimentales anteriormente puesta de relieve.

En nuestra opinión, sería necesario reconsiderar el entendimiento de los vicios procedimentales como vicios formales y su subsunción en el art. 63.2 LRJPAC<sup>2041</sup>. Los vicios procedimentales invalidantes no son defectos de forma, sino vulneraciones de trámites conectados a principios procedimentales que traen causa del deber constitucional de buena administración. En este sentido, MALARET ha señalado que "los vicios procedimentales *tienen carácter sustantivo*, no son meros trámites formales. No es posible continuar equiparando los vicios de forma con los de procedimiento. Lo que significa desde la perspectiva del régimen jurídico de las nulidades que no cabe la aplicación de la regla prevista en el artículo 63.2 de la LRJPAC que conlleva la relativización de los vicios de procedimiento (...). La distinción es pertinente puesto que la regularidad procedimental incide

---

<sup>2040</sup> Como la propia jurisprudencia destaca. Vid. por ejemplo STS de 28 de diciembre de 1992 (Ar. 624 de 1994) o STS de 24 de febrero de 1997.

<sup>2041</sup> DE ASIS ROIG, A.E., "Los efectos...", op.cit., pp. 41 y ss, destaca "*la dudosa utilidad del art. 48.2 LPA como baremo cierto de relevancia de los vicios de procedimiento en la eficacia de los actos*"(Los subrayados proceden del original).

en principio sobre el fondo del asunto, afecta a cuestiones sustantivas (...), a diferencia del vicio de forma en sentido estricto"<sup>2042</sup>. Por consiguiente, entendemos que la invalidez deberá declararse al amparo de los arts. 62.1 e), 62.2 o 63.1 LRJPAC, en función de la clase de decisión y de la gravedad de la vulneración, en el caso de los actos administrativos<sup>2043</sup>. El art. 63.2 LRJPAC deberá, entonces, ser de aplicación, exclusivamente, para los auténticos vicios formales, es decir, aquéllos que atañen a la *forma de exteriorización* de las decisiones administrativas, a su *aspecto externo*, al "medio a través del cual se produce la exteriorización del elemento sicológico"<sup>2044</sup>, debiéndose tomar en consideración al respecto el art. 89.5 LRJPAC<sup>2045</sup>. Ese aspecto exterior de las decisiones administrativas, de menor

---

<sup>2042</sup> MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 313.

<sup>2043</sup> En el caso de los reglamentos y de los planes urbanísticos, consideramos, como se apuntó, que el precepto de aplicación es el art. 62.2 LRJPAC, sin que exista ya la interferencia del art. 28 LRJAE, ahora derogado por la LOFAGE. Ahora bien, la reducción de la relativización de los vicios procedimentales en general, hace menos importante la cuestión de si a los reglamentos debe o no aplicárseles la graduación de invalidez propia de los actos administrativos. La polémica doctrinal tiene sentido en parte en la atmósfera actual de excesiva relativización de los vicios de procedimiento de los actos, con aplicación del art. 63.2 LRJPAC. En ese marco, la aplicación del binomio nulidad-anulabilidad a los reglamentos o planes es, en realidad, el portillo por donde se permite el juego de las irregularidades no invalidantes en aplicación de ese art. 63.2 LRJPAC. Sin embargo, si se acepta la propuesta aquí formulada, la trascendencia de que se aplique la distinción nulidad-anulabilidad a los reglamentos disminuye. Sobre todo si se tiene en cuenta que, desde un punto de vista general, la distinción entre ambos tipos de invalidez no da lugar a grandes diferencias prácticas, como ha puesto de relieve BELADIEZ ROJO, M., "La nulidad y la anulabilidad, su alcance y significación", *RAP*, núm. 133, 1994, pp. 155 y ss., excepto en cuanto al plazo existente para la impugnación. Este último dato no deja de ser importante, sobre todo *en relación a la posibilidad de impugnación indirecta por vicios formales de los reglamentos o planes de urbanismo*, puesto que un argumento manejado por la jurisprudencia para negarla ha sido considerar que la consecuencia de los vicios procedimentales es la *anulabilidad*. Por ello consideramos, se insiste, que en el caso de los reglamentos y planes urbanísticos la consecuencia de los vicios procedimentales debe ser la *nulidad*, a fin de salvar esta jurisprudencia. Vid. en este sentido TRAYTER, J.M., *El control...*, op.cit., pág.358.

<sup>2044</sup> MONTORO PUERTO, M., *Teoría de la forma...*, op.cit., pág. 33 y pp. 129 y ss.

<sup>2045</sup> Los vicios formales serían, así, los relativos al aspecto exterior de la decisión misma, no los referidos a la notificación que es recibida por el interesado o a la publicación. En estos supuestos, no estaríamos ante un vicio de forma, sino ante una ausencia o defecto en la notificación o publicación, que daría lugar no a la invalidez de la decisión, sino a su ineficacia. En consecuencia, deberá determinarse ante cada supuesto, si la defectuosa exteriorización (el contenido de la decisión está incompleto o es ilegible, no se indica qué tipo de recursos, ante qué órgano y en qué plazos pueden

trascendencia que el procedimiento y la motivación al no estar conectado con el fondo del asunto, sólo determinará la invalidez de la decisión cuando la ausencia de requisitos formales sea de tal magnitud que impida que se alcancen los fines perseguidos y/o se cause indefensión (art. 63.2 LRJPAC)<sup>2046</sup>.

Dada la larga tradición de relativización de los vicios procedimentales, asociada a su ubicación en el anterior 48.2 LPA y actual 63.2 LRJPAC, creemos que la manera de invertir esa tendencia sería la distinción apuntada entre vicios de procedimiento y vicios de forma, diferencia congruente, además, con la consideración del procedimiento como institución jurídica constitucionalmente relevante, no como mero elemento formal de las decisiones<sup>2047</sup>.

---

interponerse, etc.) trae causa de la notificación o publicación efectuada o, por el contrario, es un defecto intrínseco de la resolución tomada.

<sup>2046</sup> Si bien cuando se trató la cuestión de la motivación se subrayó que ésta era un elemento mixto, en parte conectado con el fondo y en parte con la forma al exteriorizar las razones de la decisión, creemos que en relación a la trascendencia de sus vicios, y dada su íntima imbricación con el procedimiento administrativo seguido y la causa de la decisión, no debe serle de aplicación el régimen propio de los simples vicios formales. Cuando el defecto en la motivación tenga entidad suficiente para ser invalidante, deberá aplicarse el art. 63.1 LRJPAC, pues como vimos, se producirá una vulneración del art. 54.1 LRJPAC, precepto conectado con el deber de buena administración constitucional. Si además el vicio en la motivación revela una ausencia de procedimiento, porque se han omitido trámites esenciales o porque no ha existido ninguna ponderación del expediente, entonces el defecto derivará hacia el art. 62.1 e), convirtiéndose en un vicio procedimental de la máxima magnitud.

<sup>2047</sup> Existe, sin embargo, otra posibilidad de freno de la exagerada relativización de los vicios procedimentales. Sería la de revitalizar el significado y aplicación de la causa de invalidez contenida en el art. 63.2 LRJPAC, es decir que el acto "carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin", tradicionalmente olvidada por la jurisprudencia. Cabría elaborar esta cláusula de tal manera que incluyera todos aquellos supuestos en los que, al margen de la existencia de indefensión, el vicio procedimental impide que la decisión alcance sus finalidades, como por ejemplo, en el caso de los discrecionales, el mejor servicio posible al interés general, al omitirse datos o ponderaciones precisas para su logro.

Sin embargo, existen al menos dos razones en contra de esta alternativa. Una dogmática, otra práctica. La primera consiste en la incongruencia de considerar el procedimiento como elemento formal de las decisiones, que es a lo que conduce la aplicación del art. 63.2 LRJPAC a sus vicios, por las razones repetidamente apuntadas y que no vamos a repetir aquí. La otra se basa en la necesidad de romper con la inercia jurisprudencial y doctrinal. Mantener los vicios de procedimiento en el art. 63.2 LRJPAC creemos que sería dificultar la necesaria revitalización de los mismos, porque

Por todo lo expuesto, consideramos necesaria una revitalización de los vicios procedimentales que indirectamente contribuya a un aumento de la consciencia de la importancia del procedimiento administrativo, no sólo como mecanismo defensivo de los ciudadanos, perspectiva tradicional, sino además como institución que ayude a la obtención de decisiones discrecionales más oportunas y acertadas en su servicio a los intereses generales. No obstante, el incremento en la exigencia del control judicial de los vicios procedimentales, siendo útil, no puede ser la única vía para el logro del cumplimiento del deber constitucional de buena administración.

Por un lado no deben cifrarse todas las esperanzas de mejora en la calidad de las decisiones en el procedimiento administrativo. Si bien es cierto que debe avanzarse en su diseño, ejecución y control, el procedimiento no puede, por sí solo, asegurar la buena administración. Intentarlo aumentando las exigencias analíticas de los órganos decisores e incrementando la formalización de los procedimientos podría conducir a una rigidez excesiva de los mismos, contraria a desarrollo eficaz de la actividad administrativa. Rigidez que, por otra lado, probablemente conduciría a un aumento en los deseos por huir del Derecho Administrativo, intentando evitar así la aplicación de procedimientos farragosos, lentos y caros.

En segundo lugar, ya hemos destacado repetidamente que el control judicial sólo puede contribuir al cumplimiento del deber de buena administración de forma indirecta y negativa, no directa - pues ese deber le corresponde a la Administración - ni positiva - pues

---

su calificación como vicios formales evocaría todos los tópicos, cuya exagerada aplicación ha sido aquí combatida.

el poder judicial no puede orientar positivamente la discrecionalidad administrativa. Pero además, un control judicial asfixiante sobre el efectivo cumplimiento del procedimiento puede comportar efectos colaterales indeseados. El control judicial debe partir de la base, destacada repetidamente a lo largo de este trabajo, de que la racionalidad que es exigible a la Administración en la toma de decisiones, en aplicación del art. 9.3 CE, es una *racionalidad limitada*. No puede pretenderse que la Administración instruya el procedimiento de tal forma que cuente con *todos* los elementos fácticos, ni que al ponderar el material reunido analice *todas* las alternativas, ni que al motivar la decisión finalmente tomada explique *todas* las alternativas descartadas y *todas* las razones que sostienen la adoptada de forma exhaustiva<sup>2048</sup>.

Es cierto que, como hemos apuntado, no basta con el cumplimiento puramente formal, rutinario, de los trámites procedimentales, sino que es necesaria una instrucción suficiente, una ponderación seria y una motivación adecuada y congruente. Ahora bien, el control judicial del cumplimiento efectivo del procedimiento no puede, ni debe, pretender imponer a la Administración la exigencia de un comportamiento racional absoluto o ideal.

Consideramos necesario que, a través de las propuestas concretas formuladas, el grado de control judicial del procedimiento tradicionalmente existente en España sea incrementado. Ese aumento de escrutinio judicial es preciso, dado el contexto de acusada relativización de la trascendencia de los vicios procedimentales del que partimos. Ahora bien, la tesis aquí

---

<sup>2048</sup> De nuevo debemos citar a SIMON, HERBERT A., *Administrative...*, op.cit., pág. 119: "because administrators satisfice rather than maximize, they can choose without first examining all possible behavior alternatives and without ascertaining that these *are* in fact all the alternatives. Because they treat the world as rather empty and ignore the interrelatedness of all things (so stupefying to thought and action), they can make their decisions with relatively simple rules of thumb that do not make impossible demands upon their capacity for thought. Simplification may lead to error, but there is no realistic alternative in the face of the limits on human knowledge and reasoning".



mantenida no postula el paso al otro extremo, a un control exageradamente detallista y minucioso del expediente y la motivación. Un movimiento pendular como el descrito sería erróneo jurídicamente y pernicioso para el desarrollo de la actividad administrativa, en definitiva para el servicio eficaz al interés general (art. 103.1 CE). Un escrutinio judicial basado en la exigencia de una racionalidad administrativa absoluta, con un análisis desproporcionadamente intenso de la suficiencia de la actividad instructora, de la adecuada ponderación de intereses y de la pertinencia de la motivación no conduciría a potenciar la buena administración, sino que, muy probablemente, conduciría a la parálisis de la actividad administrativa.

Es posible prever que tal comportamiento judicial conllevaría un aumento exagerado de los costes en la preparación de las decisiones administrativas - ante el intento de la Administración de fundarlas de forma excesivamente agotadora para que superaran el escollo judicial en caso de impugnación -, así como un retraso en la adopción de las mismas (con el correspondiente impacto sobre los principios de eficiencia y eficacia administrativa). Además, las anulaciones debidas a un exceso de celo judicial en la exigencia de análisis de las circunstancias del caso podrían poner en peligro el servicio administrativo a los intereses generales, al retrasar o paralizar políticas públicas a desplegar en diversos sectores.

En definitiva, la exigencia del cumplimiento del deber de buena administración es un arma de doble filo en manos de los jueces. Aplicada con prudencia, con *self-restraint*, puede ser un elemento que ayude al incremento de la calidad del ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Utilizada en exceso, de forma premeditada o no, puede conducir a una interferencia de la función judicial en la función administrativa, alterando el equilibrio demandado por nuestra Constitución y dando lugar a la malaadministración.

Consideramos, en cualquier caso, que ese hipotético peligro no justifica el

mantenimiento de la exagerada relativización del procedimiento administrativo existente hasta la fecha, sino que debe espolearnos a avanzar, con paso firme pero cuidadoso, en la nueva senda abierta mediante la revitalización del mismo, desde su nueva concepción aquí expuesta.

Por otro lado, el conocimiento de los problemas estructurales que podría causar un control judicial desahogado del modo de desarrollo de la discrecionalidad puede ser de utilidad, ya que debe ayudar a evitarlos antes de que aparezcan. En este sentido, entendemos que la experiencia norteamericana al respecto, que a continuación pasamos a exponer, es de sumo interés.

**3. Las disfunciones ocasionadas por un control judicial desproporcionado sobre el modo de ejercicio de la discrecionalidad administrativa: la doctrina del *hard look* empleada por la jurisprudencia en Estados Unidos de América. Necesidad de reflexionar sobre la experiencia norteamericana a fin de evitar el surgimiento de problemas parecidos en nuestro sistema jurídico en el futuro.**

Desde principios de los años setenta el control judicial de la discrecionalidad en norteamérica ha aumentado su exigencia. Este control más incisivo desarrollado en los últimos casi treinta años va asociado a la preocupación judicial por garantizar decisiones administrativas informadas y razonadas, en las que se haya desarrollado una suficiente actividad de instrucción, con la toma en consideración de los derechos e intereses envueltos en el asunto, así como un razonamiento lógico y coherente en relación con la información acumulada. El control se centra en el modo de desarrollo de la discrecionalidad, en el procedimiento seguido en la adopción de la decisión, con un escrutinio judicial detallado del razonamiento seguido para la toma de la decisión. En definitiva, esta doctrina judicial de *hard look*, que luego será objeto de una definición más detallada, revela una atención judicial relativa a la *calidad* de las decisiones discrecionales<sup>2049</sup>.

Sin embargo, este tipo de control judicial ha alcanzado cuotas de notable agresividad, lo que, asociado a diversas peculiaridades del sistema de gobierno norteamericano como veremos, ha conducido, según diversos autores, a crear un elevado nivel de *rigidez* en la

---

<sup>2049</sup> GELLHORN, E. y LEVIN, R., *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 4<sup>a</sup> ed., 1997, pág. 94: "in recent years the emphasis in arbitrariness review has shifted towards scrutiny of the *quality of an agency's reasoning*. A court will typically ask whether an exercise of discretion rests on an analysis that is at least plausible in light of the record, the parties' contentions, and the constraints of the underlying statute". (Los subrayados proceden del original).

actividad administrativa y una interferencia del poder judicial en las funciones administrativas. La sobrecarga procedimental producida, entre otras razones, por la doctrina jurisprudencial del *hard look* ha comportado diversas consecuencias negativas, según ha sido denunciado por una parte de la doctrina norteamericana, produciendo un bloqueo del sistema administrativo, así como efectos colaterales indeseados en la estructura general del funcionamiento de la Administración. Sin embargo, para otros autores, las deficiencias detectadas en el sistema no son atribuibles al tipo de control judicial desplegado, el cual, por otra parte, produce notables efectos beneficiosos sobre el modo de desarrollo de la discrecionalidad, en opinión de los mismos.

La doctrina norteamericana, pues, se halla enzarzada en un vivo debate desde principios de los años noventa, en relación con la funcionalidad de la doctrina jurisprudencial del *hard look*. Los diversos autores implicados en la discusión tratan de precisar hasta qué punto los problemas detectados, sobre cuya existencia sí existe consenso, se deben al modo de ejercicio del control judicial de la discrecionalidad. Por otro lado, incluso entre los autores que están de acuerdo en culpabilizar al control judicial de gran parte de las deficiencias del funcionamiento administrativo, tampoco existe acuerdo doctrinal en relación a las medidas a adoptar para atajar los problemas<sup>2050</sup>.

A continuación pasamos a exponer con mayor detalle el sentido de la doctrina jurisprudencial del *hard look*. Posteriormente, daremos cuenta de los problemas que, según diversos autores, está creando la misma en la actividad de la Administración. Finalmente, reflexionaremos sobre qué enseñanzas pueden extraerse de la experiencia norteamericana en

---

<sup>2050</sup> GELLHORN, E. y LEVIN, R., *Administrative law...*, op.cit., pág. 341, destacan que la falta de consenso entre los administrativistas en este tema no debería ser sorprendente, dada la importancia crucial del modo de ejercicio de la discrecionalidad administrativa, especialmente de la reglamentaria, que, como veremos, ha centrado los debates en Estados Unidos.

relación a nuestro propio sistema jurídico.

**a)El significado de la doctrina judicial del *hard look* en los Estados Unidos de América.**

Debe señalarse, en primer lugar, que el tipo de control desplegado por los tribunales norteamericanos ha sufrido una evolución a lo largo del tiempo, debida a diversos factores.

Así, antes de los años setenta, el control judicial de la discrecionalidad era laxo, con una acentuada tolerancia respecto al cumplimiento de los requisitos procedimentales contemplados en la legislación<sup>2051</sup>.

Esta tolerancia judicial en el análisis del modo de desarrollo de la discrecionalidad estaba asociado al pensamiento dominante existente. Efectivamente, a partir de la Gran Depresión y de la recuperación económica lograda mediante el *New Deal* del presidente Roosevelt se consolida la concepción de la "neutralidad experta", de la *expertise* (pericia) del aparato administrativo. Según este enfoque, las Agencias gozaban de específicos conocimientos técnicos en los ámbitos en los que desplegaban sus funciones. Esta pericia justificaba el desarrollo de potestades discrecionales. El ejercicio de la discrecionalidad se legitimaba, precisamente, en la específica preparación y en la especialización de las Agencias para afrontar los problemas surgidos en sus ámbitos de actuación<sup>2052</sup>.

---

<sup>2051</sup> Vid. SUNSTEIN, C.R., "Deregulation and the hard-look doctrine", *The Supreme Court Review*, 1983, pp. 177 y ss, STRAUSS, P.L., "From expertise to politics: the transformation of American rulemaking", *Wake Federal Law Review*, vol. 31, núm. 3, 1996, pág. 753.

<sup>2052</sup> Sobre el "expertise model", una de las construcciones dogmáticas elaboradas por la doctrina norteamericana para explicar las diversas fuentes de legitimación de la discrecionalidad administrativa, vid. FRUG, G., "The ideology of bureacracy in American Law", *Harvard Law Review*, vol.97, 1984, pp. 1318 y ss.

El grado de control judicial desplegado sobre la actividad administrativa venía condicionado por este enfoque del papel de la Administración. El juez, dada la preparación técnica específica de las agencias, sólo anulaba una decisión discrecional en casos de irracionalidad patente, sin efectuar un control riguroso del cumplimiento de los requisitos procedimentales. Dado que las agencias se limitaban a aplicar sus conocimientos técnicos en la resolución de problemas mediante el ejercicio de la discrecionalidad, sin intervención de elementos ajenos a esa pericia, ellas, no los tribunales de justicia, eran la instancia idónea para aplicar las soluciones precisas<sup>2053</sup>.

Esta situación cambia, como ya se adelantó, en la década de los años setenta. El intervencionismo administrativo había ido paulatinamente aumentando. El papel del gobierno a partir de los años sesenta se fue extendiendo, utilizando para ello el reglamento, como principal instrumento de implementación de políticas públicas, que, por otro lado, se extienden a campos como el medio ambiente, la salud y la seguridad, con notable impacto en la actividad económica privada. Se entró así en la era de la potestad reglamentaria<sup>2054</sup>.

La expansión de la actividad administrativa coincide con el derrumbe del modelo de "neutralidad experta" predominante en el pensamiento jurídico hasta el momento. Las Agencias ya no son vistas como instancias especializadas y asépticas, sino como órganos políticos de elección entre alternativas, en respuesta a necesidades sociales y valores políticos.

---

<sup>2053</sup> STRAUSS, P.L., "From expertise...", op.cit., pp. 750 y ss., COMELLA DORDA, R., *Límites del poder reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, CEDECS, Barcelona, 1997, pp. 26 y 27.

<sup>2054</sup> En expresión utilizada por WRIGHT, J.S., "The courts and the rulemaking process: the limits of judicial review", *Cornell Law Review*, vol. 59, núm. 3, pág. 375 ("Administrative law has entered an age of rulemaking").

Donde antes existía confianza en el conocimiento experto de las agencias aparece ahora un nuevo paradigma. Éste consiste en la confianza en el *control judicial sobre el modo de desarrollo de la discrecionalidad*, a fin de garantizar que la misma se ejerce de un modo *informado y razonado*, con consideración de los intereses envueltos en el asunto, sin marginar ni infravalorar ninguno de ellos, evitando la "captura" de la Agencia por grupos de interés, lo que dañaría su objetividad. A estos efectos, el control judicial del procedimiento administrativo es visto como la herramienta para el logro de *decisiones administrativas de calidad* y en las que *se tengan en cuenta los intereses afectados*, mediante la *participación* en la toma de la decisión<sup>2055</sup>.

En este contexto surge la doctrina jurisprudencial del *hard look*. Sin embargo, antes de proceder a su análisis, creemos conveniente precisar un punto. El escrutinio judicial detallado del modo de ejercicio de la discrecionalidad administrativa se aplica a todos los procedimientos administrativos<sup>2056</sup>. De hecho, la denominación *hard look* surgió, como

---

<sup>2055</sup> En referencia al cambio de pensamiento dominante en relación a la legitimación de la actividad administrativa, vid. STEWART, R.B., "The reformation of American administrative law", *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 8, 1975, pp. 1712 y ss., FRUG, G., "The ideology...", op.cit., pp. 1355 y ss., STRAUSS, P.L., "From expertise...", op.cit., pp. 755 y ss., SHAPIRO, M., "Administrative discretion: the next stage", *The Yale Law Journal*, vol. 92, núm. 8, pp. 1487 y ss., COMELLA DORDA, R., *Límites...*, op.cit., pp.41 y ss.

<sup>2056</sup> Sobre los distintos tipos de procedimientos administrativos en Estados Unidos, vid. con carácter general, FOX, W.F.Jr., *Understanding Administrative Law*, Matthew Bender, 1992, pp. 13 y ss., REESE, J.H., *Administrative Law. Principles and Practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1995, pp. 92 y ss., y en español STEWART, R.B., "La justicia administrativa en los Estados Unidos", en BARNES, J.(Dir.), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 573 y ss., y CARBONELL, E. "Los procedimientos administrativos en Estados Unidos", en CARBONELL, E. y MUGA, J.L., *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 53 y ss.

En referencia a la convergencia y semejanza de las técnicas de control de la discrecionalidad actualmente empleadas por la jurisprudencia norteamericana, vid. McGRATH, M.J., "Convergence of substantial evidence and arbitrary and capricious standards during informal rulemaking", *George Washington Law Review*, vol. 54, núm. 4, pp. 541 y ss., y ROBINSON, G.O, GELLHORN, E., BRUFF, HAROLD, H., *The Administrative Process*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1993, pp. 318 y ss.

veremos, en el control de un procedimiento de adjudicación, es decir de elaboración del equivalente a nuestra noción de *acto administrativo*<sup>2057</sup>. Sin embargo, su máximo desarrollo, así como las críticas suscitadas por el mismo, se ha producido en el ámbito del *rulemaking*, es decir del ejercicio del equivalente a nuestra *potestad reglamentaria*<sup>2058</sup>. Ello es comprensible, dada la amplitud e importancia de la discrecionalidad normativa y su conexión con el desarrollo de políticas públicas, así como su impacto social. En consecuencia, a partir de este momento, la exposición se va a centrar en la doctrina jurisprudencial del *hard look* en su aplicación específica a reglamentos, pues es en este contexto, repetimos, donde se produce el amplio debate doctrinal al que antes aludíamos.

Teniendo en cuenta la precisión efectuada, debe notarse que la doctrina del *hard look* es una pura construcción jurisprudencial. El fundamento legal de la misma, ciertamente escaso, se encuentra en la reinterpretación judicial de las secciones 706 (2)(A) y 553 (c) de la *Administrative Procedure Act* de 1946. La primera señala que el tribunal puede declarar contraria al ordenamiento jurídico y anular las decisiones administrativas que sean arbitrarias,

---

<sup>2057</sup> El escrutinio judicial detallado del modo de desarrollo de la discrecionalidad es aplicado en los procedimientos de elaboración de actos, tanto *formales* como *informales*. En el caso de estos últimos, pese a que la *Administrative Procedure Act* de 1946 no prevé ningún trámite específico, la jurisprudencia ha declarado que el control judicial ha de considerar si la decisión "fue basada en una consideración de los relevantes factores y si ha habido un claro error de juicio", siendo este control "penetrante y cuidadoso" ("the court must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgement", "searching and careful". *Citizens to preserve Overton Park, Inc. v. Volpe* 401 US 402 (1971)). Este control ha conducido a una *formalización* de este tipo de procedimientos, con exigencia judicial de la existencia de un expediente y de una adecuada explicación de la decisión adoptada. Vid. al respecto YOUNG, G.G., "Judicial review of informal agency action on the fifth anniversary of the APA: the alleged demise and actual status of Overton Park's requirement of judicial review "on the record"", *Administrative Law Journal*, vol.10, num.1, 1996, pp. 179 y ss.

A pesar de que esta sentencia no utiliza explícitamente el término *hard look*, FOX, W.F.Jr., *Understanding...*, op.cit., pág. 290, y GELLHORN, E., y LEVIN, R.M., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 94 y ss., identifican la técnica empleada con esta doctrina.

<sup>2058</sup> En este sentido, GELLHORN, E., y LEVIN, M., *Administrative Law...*, op.cit., pág. 96, sosteniendo que si bien el *hard look* es ampliamente utilizado, ha sido especialmente prominente en la revisión de reglamentos.



caprichosas, un abuso de discreción, o en cualquier otra forma disconformes con el ordenamiento<sup>2059</sup>. La segunda, en el ámbito específico del procedimiento reglamentario informal, que la agencia deberá considerar los asuntos relevantes surgidos a raíz de las alegaciones de los participantes en el procedimiento, así como incorporar en el reglamento adoptado una concisa declaración general de sus bases y finalidades<sup>2060</sup>.

Pues bien, en base a estos preceptos legales, la jurisprudencia a partir de los años setenta empieza a desarrollar la doctrina del *hard look*. El origen puede situarse en la sentencia *Greater Boston Television Corp. v. FCC* 444 F.2d 841, 850-853 (D.C Cir. 1970), en la que el magistrado Leventhal escribió que el control judicial debería anular la decisión administrativa si advirtiera, especialmente a través de una combinación de señales de peligro, que la agencia no hubiera realizado un escrutinio detallado de los más sobresalientes problemas, y no se hubiera dedicado a realizar un razonado proceso de toma de decisión<sup>2061</sup>.

Esta sentencia cala en la jurisprudencia, que extiende la doctrina del *hard look* al ámbito del control de la discrecionalidad reglamentaria<sup>2062</sup>. Su punto álgido se encuentra

---

<sup>2059</sup> "The reviewing court shall:

(2)hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be:

(A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;"

<sup>2060</sup> "After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose,..."

<sup>2061</sup> "becomes aware, especially through a combination of danger signals, that the agency has not really taken a "hard look" at the salient problems, and has not genuinely engaged in reasoned decision-making". Como ya se advirtió, esta sentencia conoció de la impugnación de un acto administrativo, no de un reglamento.

<sup>2062</sup> Una exposición de esta jurisprudencia puede hallarse en LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos*

en su reconocimiento implícito por el Tribunal Supremo norteamericano en la conocida sentencia *Motor Vehicles Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.*, 463 US 29 (1983), en la que el TS sostuvo que normalmente un reglamento de una agencia sería arbitrario y caprichoso si la agencia ha tenido en cuenta factores que el Congreso no pretendía fueran considerados por ella, ha fallado enteramente en la consideración de un importante aspecto del problema, ha ofrecido una explicación de su decisión que va en contra de los datos con los que cuenta, o es tan poco plausible que no puede ser debida a un diferente punto de vista o al producto del conocimiento específico de la agencia<sup>2063</sup>. Esta técnica de control de la discrecionalidad tiene en la actualidad una amplia aplicación en la jurisprudencia norteamericana.

Respecto al significado de esta doctrina, es preciso tener en cuenta diversos aspectos<sup>2064</sup>. Lo que postula el *hard look* es que la Administración debe realizar un análisis cuidadoso del asunto antes de adoptar una decisión discrecional, aunque actualmente la

---

*de América*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 130 y ss.

<sup>2063</sup> "Normally, an agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise...".

<sup>2064</sup> En lo que sigue, pueden consultarse, entre otros, LEVENTHAL, H., "Environmental decisionmaking and the role of the courts", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, núm. 3, 1974, pp. 509 y ss., WRIGHT, J.S., "The courts...", op.cit., pp. 379 y ss., "Formal records and informal rulemaking", *The Yale Law Journal*, vol.85, 1975, pp. 38 y ss., "New judicial requisites for informal rulemaking: implications for the environmental impact statement process", *Administrative Law Review*, vol.29, núm.1, 1977, pp. 59 y ss., SUNSTEIN, C.R., "Deregulation...", op.cit., pp. 181 y ss., BREYER, S.G., y RICHARD, B., *Administrative Law and Regulatory policy. Problems, text and cases*, Little Brown and Company, Boston, Toronto, London, 1992, pp. 351 y ss. En español, vid. LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación...*, op.cit., pp. 122 y ss., CUCHILLO FOIX, M., *Jueces y Administración en el Federalismo norteamericano (el control jurisdiccional de la actividad administrativa)*, Civitas-Escuela d' Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1996, pp. 146 y ss., GONZALEZ GARCIA, J.V. *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 117 y ss., y COMELLA DORADA, R., *Límites...*, op.cit., pp. 44 y ss.

expresión *hard look* se refiere al tipo de análisis *judicial* que se efectúa sobre el modo de ejercicio de la discrecionalidad. Aunque el control judicial se concentra en el procedimiento de elaboración de la decisión, lo que en realidad examina el juez, a través del procedimiento, es que la discrecionalidad se ha desarrollado diligentemente, con el suficiente fundamento fáctico y una razonada valoración de los datos manejados<sup>2065</sup>.

En este análisis del modo de desarrollo de la discrecionalidad, dirigido a garantizar, como se apuntó, decisiones de calidad, el control judicial se detiene en el escrutinio del *expediente* y de la *motivación* ofrecida por la agencia para respaldar su decisión. Mediante el chequeo cuidadoso de estos dos elementos, el tribunal comprueba que no se han tomado en consideración factores irrelevantes, que han sido estudiadas suficientemente todas las alternativas razonables de decisión, que se ha otorgado una "adecuada consideración" a las alegaciones presentadas durante el trámite de participación ciudadana, que se han ponderado los datos manejados y que la decisión finalmente adoptada guarda una relación racional con los mismos. En caso contrario, procede a anular la decisión discrecional, por arbitraria.

---

<sup>2065</sup> Es decir, el análisis trasciende la comprobación de si se han cumplido los trámites preceptivos. Aun si no se ha omitido ningún requisito procedimental, el control judicial investiga el *modo* como se han desarrollado esos trámites, comprobando que ha existido una auténtica ponderación racional de los datos acumulados, así como de las alegaciones recibidas durante el trámite participativo. Destaca este aspecto, acertadamente, COMELLA DORDA, R., *Límites...*, op.cit., pág. 47.

**b) Los problemas generados por el modo de aplicación del control judicial de la discrecionalidad.**

Durante las décadas de los años setenta y ochenta, diversos autores notaron el cambio de enfoque acaecido y la correlativa intensificación del control judicial y algunos de ellos empezaron a formular las primeras observaciones críticas en torno al *hard look*<sup>2066</sup>. Diversos autores alabaron la bondad de la nueva técnica de control del ejercicio de la discrecionalidad, aunque a la vez advirtieron de sus necesarios límites e hipotéticos peligros<sup>2067</sup>. Otros destacaron los problemas causados por la aplicación práctica del *hard look*, especialmente en el ámbito de decisiones envueltas por la incertidumbre científica<sup>2068</sup>,

---

<sup>2066</sup> Da cuenta de el inicio de este debate LAVILLA RUBIRA, J.J., *El procedimiento...*, op.cit., pp. 142 y ss.

<sup>2067</sup> WRIGHT, J.S., "The courts...", op.cit., pág. 393, notando que el control judicial podía ayudar a conseguir la racionalidad en la elaboración de reglamentos, exigiendo un estudio administrativo serio de las circunstancias del caso, aunque señalando que una vez descartada la irracionalidad obvia, los tribunales no podían hacer nada más, puesto que no correspondía a su función reponderar el peso dado a abstrusas evidencias técnicas ni rehacer las predicciones efectuadas por la agencia, STEWART, R.B., "The reformation...", op.cit., pp. 1688 y ss., señalando la utilidad de un control judicial que obligara a las agencias a prestar atención a los factores que hubieran podido ser pasados por alto, aunque subrayando que el control judicial no puede ser la única solución para el problema de la discrecionalidad, FRUG, G., "The ideology...", op.cit., pág. 1352, subrayando los límites del control judicial en su intento de lograr la racionalidad administrativa, especialmente en contextos de complejidad técnica, o SUNSTEIN, C.R., "Deregulation...", op.cit., pág. 188, "Factions, self-interest, and the APA: four lessons since 1946", *Virginia Law Review*, 75, 1986, pp. 271 y ss., "Constitutionalism after the New Deal", *Harvard Law Review*, vol. 101, núm. 2, pp. 421 y ss., reconociendo la existencia de errores judiciales en la aplicación práctica del *hard look*, aunque destacando los aspectos positivos de este tipo de control, así como los límites del mismo, que, por sí sólo y sin ayuda de una acción conjunta del ejecutivo y del Congreso, no puede solucionar todos los problemas administrativos.

<sup>2068</sup> Respecto al ejercicio de la discrecionalidad en contextos de incertidumbre científica que exigen la realización de suposiciones y predicciones y el manejo de riesgos, vid. lo expuesto *supra* en el Capítulo V.1.2 b), a propósito de los límites del deber de fundamentación de la decisión.

valorando negativamente este tipo de control judicial<sup>2069</sup>.

Pero es a principios de los años noventa cuando el debate sobre el *hard look* arrecia entre la doctrina norteamericana. Los autores detectan una serie de problemas estructurales administrativos (así, retrasos importantes, costes desmesurados, paralización de políticas públicas), pero, como avanzamos, se muestran en la actualidad divididos respecto a si la doctrina judicial que estamos analizando los causa.

Para diversos autores, el modo como se ha venido aplicando la doctrina del *hard look* por los tribunales es la principal causa de los problemas apuntados<sup>2070</sup>. Todos ellos

---

<sup>2069</sup> En este sentido, por ejemplo, BREYER, S., "Vermont Yankee and the Courts' role in the nuclear energy controversy", *Harvard Law Review*, 91, 1978, 1833 y ss., o PIERCE, R.J.J., SHAPIRO, SIDNEY, A., VERKUIL, P.R., *Administrative Law and Process*, Mineola, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1985, pp. 386 y ss., quienes señalan que en contextos de incertidumbre científica, la exigencia judicial de añadir más análisis de la cuestión no elimina ni ayuda a gestionar los riesgos derivados de esa incertidumbre, puesto que siempre subsiste la necesidad de efectuar una valoración extrajudicial, la cual es frecuentemente difícil por la falta de datos o la dificultad de decidir (los autores citados manejan, entre otros ejemplos, las decisiones de autorizar centrales nucleares y los riesgos asociados a las mismas). En estos supuestos, el *hard look* sólo provoca retrasos y una inadecuada interferencia judicial en el desarrollo de las funciones administrativas. Si bien los citados autores reconocen que el control judicial puede contribuir a la mejora de la toma de decisiones administrativas, sostienen que tal cosa sólo puede lograrse mediante ocasionales anulaciones, cuando el proceso de razonamiento es groseramente inadecuado. De otra manera se produce una suplantación judicial ilegítima de la discrecionalidad administrativa.

<sup>2070</sup> Vid. al respecto, MCGARITY, T.O., "Some thoughts on "deossifying" the rulemaking process", *Duke Law Journal*, vol. 41, núm. 6, 1992, pp. 1385 y ss., "On making judges do the right thing", *Duke Law Journal*, vol. 44, núm. 6, 1995, pp. 1104 y ss., "The Courts and the Ossification of Rulemaking: a response to professor Seidenfeld", *Texas Law Review*, vol. 75, núm. 3, 1997, pp. 525 y ss., PIERCE, R.J., "The unintended effects of judicial review of agency rules: how federal courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s", *Administrative Law Review*, 43, 1991, pp. 7 y ss., "Legislative Reform of judicial review of agency actions", *Duke Law Review*, vol. 44, núm. 6, 1995, pp. 1110 y ss., "Seven ways to deossify agency rulemaking", *Administrative Law Review*, vol. 47, núm. 1, 1995, pp. 59 y ss., "Judicial review of agency actions in a period of diminishing agency resources", *Administrative Law Review*, vol. 49, núm. 1, 1997, pp. 61 y ss., SHAPIRO, S.A. y LEVY, R.E., "Judicial incentives and indeterminacy in substantive review of administrative decisions", *Duke Law Journal*, vol. 44, núm. 6, 1995, pp. 1051 y ss., SHAPIRO, S.A., "Substantive reform, judicial review, and agency resources: OSHA as a case study", *Administrative Law Review*, vol. 49, núm. 3, 1997, pp. 645 y ss., DAVIS, K.C.P. y RICHARD, J.Jr., *Administrative Law Treatise*, Little Brown and Company, Boston, New York, Toronto, London, 3ª ed., 1994, pp. 309 y ss., STRAUSS, P.L., "From expertise...", op.cit., pág. 761, SEIDENFIELD, M., "Demystifying deossification: rethinking recent proposals to modify judicial review of notice and comment rulemaking", *Texas Law Review*, vol. 75, núm. 3, 1997, pp. 483 y

comparten la inquietud por una serie de disfunciones estructurales surgidas, cuyas consecuencias se han etiquetado con el término "osificación" (*ossification*) de la actividad reglamentaria, las cuales son achacadas, principal aunque no únicamente, a la técnica del *hard look*<sup>2071</sup>. Por otro lado, también existe una opinión común sobre la importancia del control judicial sobre el modo como la Administración desarrolla su discrecionalidad, a fin de garantizar decisiones informadas y razonadas. Lo que ocurre es que estos autores denuncian la excesiva agresividad con que el *hard look* está siendo aplicado en la práctica jurisprudencial.

Obviando matices y detalles menores, los autores incluidos en este grupo destacan que la incisividad con que los tribunales aplican la mencionada técnica del *hard look*, ha provocado un enorme grado de *incertidumbre* a las agencias. Dado que los tribunales exigen el estudio suficiente de todas las alternativas razonables surgidas durante el procedimiento de elaboración del reglamentos, las agencias, ante la elaboración de una norma concreta, deben preguntarse cuántas alternativas han de tomar en consideración, así como cuánto estudio será considerado suficiente por el tribunal que hipotéticamente vaya a revisar el modo

---

ss., y en el mismo número "Hard look review in a world of techno-bureaucratic decisionmaking: a reply to professor McGarity", pp. 559 y ss.

<sup>2071</sup> Los autores citados destacan en general que los problemas estructurales detectados están causados también parcialmente por actuaciones disfuncionales del propio poder ejecutivo y del legislativo. El primero, mediante los intentos presidenciales, iniciados por CARTER, culminados por REAGAN y continuados parcialmente por CLINTON, de controlar a las agencias con poder reglamentario. A esta finalidad obedecen diversos Ordenes Ejecutivas (las número 12291, 12498 y 12886, ésta última derogando a la segunda), que establecen diversas obligaciones analíticas, como por ejemplo estudios coste-beneficio, que han provocado complicaciones y retrasos en el procedimiento reglamentario. Por su parte, el legislador también ha contribuido a la sobrecarga procedimental, al diseñar procedimientos sectoriales denominados *híbridos*, en los que ha incrementados los requisitos contemplados originariamente en la *Administrative Procedure Act* para el procedimiento reglamentario informal.

Vid. al respecto STRAUSS, L.P., "From expertise...", op.cit., pp. 755 y ss. y COMELLA DORDA, R., *Límites...*, op.cit., pp. 65 y ss.

en que se ha desarrollado la discrecionalidad<sup>2072</sup>.

Pero no es este el único problema. Los tribunales realizan una aplicación incisiva de esta técnica de control, imponiendo obligaciones analíticas desmesuradas. Dos ejemplos citados por McGARITY pueden ayudar a comprender hasta qué punto llegan las exigencias judiciales<sup>2073</sup>.

El primero se refiere a la motivación exigida a los reglamentos por la sección 553 (c) de la *Administrative Procedure Act* de 1946. Como se recordará, este texto impone la obligación de acompañar los reglamentos de una "concisa declaración general" de sus "bases y finalidades". Pues bien, la motivación de los primarios y secundarios estándares de calidad de aire ambiental, promulgados bajo la *Clean Air Act Amendments* de 1970, ocupó una única página en el *Federal Register* en 1971. En cambio, el preámbulo de la revisión de 1987 de *un sólo estándar primario* ocupó... 36 páginas, siendo acompañado por un voluminoso Análisis de Impacto Regulator, que costó a la agencia millones de dolares, así como por un documento de multi-criterios.

El segundo es relativo a una decisión judicial del quinto circuito en 1991 (*Corrosion Proof Fittings v. EPA*, 947 F.2d 1201). La Agencia de protección medioambiental (cuya abreviatura en inglés es EPA) inició la elaboración de una norma bajo la sección sexta de la Ley de control de sustancias tóxicas de 1994. Con base en numerosos estudios, la EPA concluyó que el asbesto era una sustancia altamente cancerígena. Tras seguir el procedimiento reglamentario informal, finalmente la EPA promulgó una norma preveyendo la prohibición gradual de la producción, distribución y uso del asbesto para la mayoría de

---

<sup>2072</sup> Destaca la nota de la incertidumbre causada por el *hard look* SEIDENFIELD, M., "Demystifying...", op.cit., pp. 483 y ss..

<sup>2073</sup> Citados en McGARITY, T.O., "Some thoughts on...", op.cit., pp. 1387 y ss., y "The Courts and...", op.cit., pp. 539 y ss., respectivamente.

usos domésticos. La ley citada preveía que cuando la EPA encontrara que una sustancia química presentaba un riesgo irrazonable de daño a la salud o al medioambiente debería promulgarse una norma aplicando "uno o más" de ocho requisitos a fin de lograr una protección adecuada contra esos riesgos, usando el requisito menos gravoso.

Al adoptar la decisión de la prohibición, la EPA reconoció que adoptaba una solución muy gravosa desde el punto de vista de la industria regulada, pero concluyó que esta era la única alternativa que protegería adecuadamente frente a los riesgos derivados de la exposición humana a la sustancia. Para atenuar esta gravosidad, la norma reglamentaria preveía una vía a través de la que personas interesadas en la producción y uso de determinados productos conteniendo asbesto podrían obtener excepciones a la prohibición.

Diversas empresas productoras de asbesto impugnaron judicialmente el reglamento. El tribunal, en la sentencia anteriormente citada, lo anuló debido a la manera en que la EPA condujo alguno de sus análisis. De acuerdo con la sentencia, la agencia debiera haber analizado, una por una, todas las alternativas menos gravosas, antes de decidirse por la prohibición. Ese análisis, según el tribunal, debiera haber incluido un análisis coste-beneficio de cada alternativa, así como un análisis de los riesgos de los posibles productos sustitutivos del asbesto, en comparación con los riesgos ya presentados por este tipo de material.

Como destaca McGARITY, la ley ofrecía la opción a la EPA de elegir sólo entre las opciones capaces de proteger adecuadamente contra los riesgos creados por la sustancia química. La EPA razonó que dado que ninguna de las otras alternativas diferentes a la prohibición hubieran protegido adecuadamente contra los riesgos del asbesto, entonces no importaba que la prohibición fuera más gravosa que las otras alternativas. La decisión judicial puso a la agencia a las puertas de una "pesadilla analítica", consistente en hallar una opción que fuera menos gravosa y adecuada para proteger la salud humana, mediante la



realización de estudios sin fin, basados, por otro lado, en asunciones y predicciones. Dos alternativas se le abrían a la EPA: adoptar una opción que fuera lo suficientemente inofensiva para las industrias productoras de asbesto, a fin de que no fuera impugnada judicialmente, o desistir de su empeño regulador. Ésta última fue la aparentemente adoptada por la agencia, pues seis años después de la decisión judicial aún no se había producido ninguna otra regulación en la materia.

Estos dos ejemplos, expuestos con un cierto grado de detalle, muestran hasta qué punto llegan las exigencias judiciales. Exigencias que, además, se producen frecuentemente en relación a normas reglamentarias insertas en un contexto de incertidumbre científica - por ejemplo, sustancias o productos que afectan a la salud o al medio ambiente -, donde la ciencia no ofrece respuestas unívocas y es preciso que la agencia efectúe asunciones y predicciones de riesgos en base a datos frecuentemente incompletos. En estos supuestos - que en nuestros esquemas conceptuales encajarían en la denominada "discrecionalidad técnica" -, la demanda judicial de más estudios y análisis no contribuyen a obtener una decisión mejor, puesto que, en último término, es preciso efectuar una valoración extrajurídica en base a los incompletos datos o conclusiones aportados por los científicos<sup>2074</sup>.

Este control judicial desproporcionado estaría provocado, según algún autor, por el modelo de racionalidad aplicado por los tribunales de justicia. Frente al tipo de racionalidad administrativa posible en el mundo real, consistente en la exploración de un limitado número de alternativas, con reconocimiento de la existencia de datos inadecuados, de valores incuantificables, así como de la necesidad de llegar en ocasiones a compromisos entre intereses contrapuestos a fin de obtener la mejor decisión posible en el contexto concreto, los

---

<sup>2074</sup> Destacan este aspecto, BREYER, S., *Breaking the vicious circle*, Harvard University Press, 1993, pp. 42 y ss., PIERCE, R.J., SHAPIRO, S.A., VERKUIL, P.R., *Administrative Law...*, op.cit., pp. 386 y ss., y MCGARITY, T.O., "The Courts and...", op.cit., pp. 535 y ss.

tribunales al aplicar el *hard look* partirían del presupuesto de que la racionalidad administrativa debe ser absoluta, en el sentido de que la Administración debería analizar todas las posibles soluciones a un problema, cuantitativamente si es posible, estudiando los pros y los contras de todas y cada una de las alternativas, siendo vistos con recelo los compromisos entre intereses adoptados. Este enfoque irreal del modo como puede desarrollarse la discrecionalidad administrativa - que exigiría obtener decisiones no sólo acertadas sino óptimas - conduciría a estas desproporcionadas exigencias analíticas<sup>2075</sup>. Racionalidad absoluta que, en cierta medida, vendría a compensar el déficit de legitimidad democrática padecido por la potestad reglamentaria de las agencias<sup>2076</sup>.

---

<sup>2075</sup> Sobre estos dos tipos de racionalidades, vid. MCGARITY, T.O., "Regulatory analysis and regulatory reform", *Texas Law Review*, 65, 1987, p. 1243 y ss., *Reinventing rationality*, Cambridge University Press, 1991, pp. 5 y ss., y "The Courts and...", op.cit., pp. 535 y ss., quien las denomina, respectivamente, "técnico-burocrática" y "analítico-comprensiva", destacando el error de enfoque jurisprudencial al acoger la segunda. Sobre la conexión entre el nivel de control judicial y la teoría de la decisión administrativa de que se parta, vid. RODGERS, W.H.J., "Judicial Review of risk assessments: the role of decision theory in unscrambling the benzene decision", *Environmental Law*, 11, 1981, pp. 301 y ss., decantándose por una teoría que tenga en cuenta tanto los aspectos puramente racionales, basados únicamente en elementos científicos, como los intuitivos, fundados en la intuición y en la consideración de componentes extrajurídicos.

En relación a esta cuestión, vid. lo ya expuesto *supra* Capítulo IV.2.1.

<sup>2076</sup> Subraya este aspecto STRAUSS, P.L., "From expertise...", op.cit., pp. 755 y 760, señalando que en el sistema norteamericano "the President and Congress are radically separated. The heads of government agencies are not responsible for oversight hearings, but they are not permitted to be members of Congress, and the only formal means available to Congress to control their actions is through the enactment of legislation or, in very rare cases, impeachment. Even the President's controls over their actions are somewhat indirect, particularly in the case of the independent regulatory commissions. It is for this reason that (...) political controls over rulemaking are not inevitable. One's impression is that in parliamentary systems, the development of subsidiary legislation (rules) is highly disciplined by the party controlling the government, and is generally a strictly confidential, internal, bureaucratic process. In the United States, which lacks a political government in that strong, coordinated sense, the development of rules is a public process on which politics may operate as an external force, but which it does not wholly determinate". En este contexto, la exigencia de racionalidad "might be thought to counterbalance the missing discipline of the ballot box".

En referencia a los problemas de legitimación democrática de los reglamentos en Estados Unidos, puede consultarse las reflexiones de LAVILLA RUBIRA, J.J., *El procedimiento...*, op.cit., pág. 103 y ss.

Esta agresividad judicial provoca una serie de *efectos colaterales*, que impactan negativamente en el funcionamiento administrativo. Los autores citados señalan entre las consecuencias negativas provocadas por el modo de ejercicio del *hard look* los efectos que el modo de operar de los tribunales tiene sobre el comportamiento administrativo. En una cadena de elementos concatenados, se pone de relieve que la predisposición judicial a anular reglamentos por la inexistencia de un correcto modo de ejercicio de la discrecionalidad conduce a que exista una *alta tasa de impugnaciones*, puesto que el *hard look* se revela como un arma poderosa para los privados<sup>2077</sup>. A la vez, de entre las impugnaciones *un porcentaje elevado acaba con la anulación de la norma*, pues alrededor de un 60% de los recursos presentados conducen a la nulidad del reglamento, lo que es considerado por diversos autores un síntoma de un indudable e ilegítimo activismo judicial<sup>2078</sup>.

Estas altas tasas de litigiosidad y nulidad provocan que las agencias tiendan a rodear

---

<sup>2077</sup> McGARITY, T.O., "The Courts and...", op.cit., pp. 532 y ss., señala que los regulados se oponen con frecuencia a los reglamentos por motivos primariamente económicos, puesto que para ellos, los beneficios generales para la sociedad de la regulación raramente les parecen de más peso que los gastos que les reporta su cumplimiento. En consecuencia, las industrias se enfrentan a las regulaciones administrativas con el objeto de retrasar y paralizar el desarrollo de políticas públicas que les son desfavorables. En este sentido, el *hard look* se convierte en un arma de inapreciable valor en sus manos.

<sup>2078</sup> PIERCE, R.J.Jr., "Seven Ways to deossify...", op.cit., pp. 62 y ss., destaca el dato de que sólo el 43,9% de los reglamentos impugnados son declarados legales. En cuanto a las acusaciones de activismo judicial, vid. PIERCE, R.J.Jr., SHAPIRO, S.A. y VERKUIL, P.R., *Administrative Law...*, op.cit., pp. 392 y ss., o McGARITY, T.O., "The Courts and...", op.cit., pp. 529 y ss., quien afirma que la realidad actual es que muchos reglamentos dirigidos a proteger a los ciudadanos de las vicisitudes del mercado están siendo revisados por jueces ideológicamente condicionados que fueron elegidos precisamente por su compromiso con el mercado privado y su escepticismo acerca de los programas gubernamentales que las agencias están desarrollando. Esto provocaría el uso del *hard look* como medio para el logro de los resultados deseados por estos jueces. Vid. sin embargo la contestación a este argumento de SEIDENFIELD, M., "Hard look review...", op.cit., pp. 566 y ss., quien no comparte esa visión de los jueces federales como un estamento monolíticamente contrario a la regulación. Tras poner una serie de ejemplos en los que jueces marcadamente antireguladores defendieron reglamentos mientras que otros favorables al ejercicio del poder reglamentario anularon otros, SEIDENFIELD no acepta la conclusión de McGARITY de que el fin de los jueces al revisar los reglamentos es desbaratar programas reguladores.

sus reglamentos de *numerosos y frecuentemente caros estudios*, algunos de ellos encargados al sector privado, a fin de intentar "blindar" la norma en previsión del hipotético, aunque probable, control judicial. Dado que, como se expuso, no existe certidumbre acerca de qué va a considerar el tribunal un estudio suficiente de la cuestión, la agencia tiende a acumular análisis en el expediente. Lo que, obviamente, provoca un notable encarecimiento de las decisiones, así como un retraso de las mismas<sup>2079</sup>.

Por otro lado, el asfixiante control judicial conlleva que la Administración, agobiada por los exigentes recursos que demanda la preparación de un reglamento, opte por concentrar sus esfuerzos en determinadas normas, dejando infraregulados sectores de especial complejidad, ante la previsión en los mismos de notables dificultades para desarrollar sus políticas mediante normas reglamentarias, abandonando en ocasiones este instrumento y recurriendo a otras formas de actuación<sup>2080</sup>.

Todo este círculo vicioso conduce a que se produzcan "cortocircuitos" en el sistema administrativo, debido a esa sobrecarga procedimental, con descuido de los intereses generales en determinados sectores, donde la escasez de recursos y/o las anulaciones judiciales conducen a la paralización de políticas públicas.

El panorama descrito hasta el momento, no es, sin embargo, apreciado de forma unánime por la doctrina. Así, por ejemplo, la juez WALD niega que estos problemas sean creados por la doctrina judicial del *hard look*. Según WALD, la alta tasa de nulidades es culpa de las propias agencias, que con frecuencia explican mal las razones que les conducen

---

<sup>2079</sup> Destaca especialmente estos efectos, DAVIS, K.C.P., RICHARD, J.Jr., *Administrative Law...*, op.cit., pp. 309 y ss., PIERCE, J.Jr., "Judicial Review...", op.cit., pp. 61 y ss., y SHAPIRO, S.A., "Substantive Reform, Judicial Review and agency resources: OSHA as a case study", *Administrative Law Review*, vol. 49, núm. 3, 1997, pp. 645 y ss.

<sup>2080</sup> Vid. por ejemplo McGARITY, T.O., "Some thoughts...", op.cit., pp. 1400 y ss., y SEIDENFIELD, M., "Demystifying Deossification...", op.cit., pp. 483 y ss.

a preferir una alternativa frente a otra. Precisamente, esta motivación defectuosa del ejercicio de la discrecionalidad sería, según esta autora, la causa principal de las numerosas anulaciones de normas y, en consecuencia, de la osificación denunciada por la doctrina<sup>2081</sup>.

EDLEY, por su parte, propone, incluso, elevar el nivel de escrutinio judicial, abogando por un *harder-look*, es decir, por un incremento del control judicial sobre el modo en que las agencias desarrollan su discrecionalidad, a fin de garantizar que la Administración consulta y toma en consideración los intereses envueltos en la toma de la decisión, sin marginar u olvidar grupos claves en el proceso decisional. Esta idea la expone este autor en el marco de una propuesta más general, dirigida a potenciar la calidad de las decisiones públicas<sup>2082</sup>. Las ideas de EDLEY han sido objeto, sin embargo, de diversas críticas por parte de diferentes autores, quienes han señalado que su propuesta es en realidad una metáfora para fomentar el activismo judicial<sup>2083</sup>, intentando convertir a los jueces en super-agencias o super-administradores<sup>2084</sup>, lo que no encaja con la tradición jurídica norteamericana<sup>2085</sup> y es contrario al principio de separación de poderes<sup>2086</sup>.

---

<sup>2081</sup> WALD, P., "Judicial review in Midpassage: the uneasy partnership between courts and agencies play on", *Tulsa Law Review*, vol. 32, núm.2, 1996, pp. 221 y ss.

<sup>2082</sup> Vid. al respecto sus trabajos *Administrative Law, Rethinking judicial control of Bureaucracy*, New Haven and London, Yale University Press, 1990, especialmente pp. 170 y ss. en relación al *harder-look*, (existe traducción española de este libro titulada *Derecho Administrativo, reconcebir el control judicial de la Administración Pública*, INAP, 1995) y "The governance crisis, legal theory and political ideology", *Duke Law Journal*, núm. 3, 1991, pp. 561 y ss.

<sup>2083</sup> Así, BREGER, M.J., "A conservative's comments on Edley and Sustain", *Duke Law Journal*, núm. 3, 1991, pág. 672.

<sup>2084</sup> WALD, P., "The "new administrative law" with the same old judges in it?", *Duke Law Review*, núm. 3, 1991, pág. 659.

<sup>2085</sup> MASHAW, J., "Imagining the past; remember the future", *Duke Law Journal*, núm. 3, pág. 717.

<sup>2086</sup> SARGENTICH, T.O., "The future of administrative law", *Harvard Law Review*, 104, núm. 3, pág. 782.

Vid., sin embargo, la crítica que formula el profesor GARCIA DE ENTERRIA, E.,

La falta de consenso doctrinal, por otro lado, se extiende incluso entre el primer grupo de autores citados - aquéllos que coinciden en achacar al *hard look* la rigidificación y paralización de la actividad administrativa - en cuanto a las *soluciones* que deban adoptarse para lograr el correcto funcionamiento del sistema.

Así, un primer grupo de autores sería partidario de rebajar el nivel de control judicial, reduciendo su incisividad<sup>2087</sup>. En este sentido, McGARITY ha propuesto sustituir el término *hard look*, para cambiar la imagen por él suscitada, reemplazándolo por otra metáfora. Este autor propone lo que él denomina el control de *pass-fail professor test*. En esta nueva metáfora, se trataría de que los tribunales actuaran como si fueran profesores que hubieran de determinar si un trabajo de investigación reúne los mínimos estándares para considerarlo aprobado, versando ese trabajo sobre una materia que les es vagamente familiar. El desacuerdo con las conclusiones de la investigación ciertamente no causaría el suspenso del estudiante. Incluso un pobre análisis tampoco ocasionaría el suspenso, siempre que fuera al menos plausible. Un control de las citas podría revelar que el estudiante pudo encontrar más fuentes o que entendió mal alguna de las citadas, pero incluso así el trabajo obtendría el aprobado. Únicamente cuando hubiera una laguna inexcusable en el análisis, una cita obviamente errónea o una evidencia de falta de honestidad intelectual el examen del profesor/juez conduciría a un suspenso/anulación del trabajo/decisión discrecional. Cuando

---

*Democracia, jueces y...*, op.cit., pp. 196 y ss., destacando que el libro antes citado de Edley no es un estudio propiamente jurídico, del que podría derivarse la necesidad de deferencia judicial en el control de la actividad administrativa.

<sup>2087</sup> Vid. McGARITY, T.O., "Some thoughts...", op.cit., pp. 1451 y ss., y "The Courts and...", pp. 556 y ss., proponiendo que tal modificación se haga mediante un cambio en la *Administrative Procedure Act*, que especifique que los jueces deben respetar las elecciones administrativas y las asunciones e inferencias, especialmente en el ámbito científico, y PIERCE, J.Jr., "Legislative reform...", op.cit., pp. 1110 y ss., aceptando la propuesta de rebajar el grado de control judicial, aunque mostrándose escéptico respecto a que ello pueda conseguirse por medio de un cambio legislativo; el autor considera más operativo un pronunciamiento específico del Tribunal Supremo.

los tribunales ejercieran el control de la discrecionalidad deberían, como en el caso del examen del profesor, entender su función en el sentido de controlar las malas decisiones, no de asegurar que las agencias consiguen las mejores<sup>2088</sup>.

Sin embargo, diversos autores han mostrado su oposición a esta rebaja del nivel de control judicial, alegando que ello abriría la puerta a un aumento de la arbitrariedad administrativa, perdiéndose las ventajas aportadas por la técnica del *hard look*, la cual permite lograr mantener un nivel adecuado de calidad en el ejercicio de la discrecionalidad<sup>2089</sup>.

Una segunda medida propuesta ha sido la de que mediante una reforma de la *Administrative Procedure Act*, sin rebajar el nivel de control judicial existente, se determinen legalmente los estándares de control, acabando con la indeterminación existente en la actualidad, provocada por la indefinición del texto legal<sup>2090</sup>. Sin embargo, esta propuesta también ha encontrado oposición doctrinal<sup>2091</sup>.

SEIDENFIELD, por su parte, ha propuesto que, sin necesidad de modificaciones legislativas ni de rebajas del nivel de control, sea la propia jurisprudencia la que realice

---

<sup>2088</sup> MCGARITY, T.O., "Some thoughts...", op.cit., pp. 1451 y ss.

<sup>2089</sup> Vid. SEIDENFIELD, M., "Demystifying Deossification...", op.cit., pp. 483 y ss., "Hard look review...", op.cit., pp. 559 y ss., MELNICK, S.R., "The political roots of the judicial dilemma", *Administrative Law Review*, vol. 49, núm. 3, 1997, pp. 585 y ss., SARGENTICH, T.O., "The critique of active judicial review of administrative agencies: a revaluation", *Administrative Law Review*, vol. 49, núm. 3, 1997, pp. 599 y ss., SHAPIRO, S.A., "Substantive reform...", op.cit., pp. 645 y ss., VERKUIL, P.R., "Comment: rulemaking ossification- a modest proposal", *Administrative Law Review*, vol.47, núm.3, 1995, pp. 453 y ss., WALD, P.M., "Judicial review in the time of cholera", *Administrative Law Review*, vol. 49, num.3, 1997, pp. 659 y ss.

<sup>2090</sup> SHAPIRO, S.A. y LEVY, R.E., "Judicial Review...", op.cit., pp. 1051 y ss., donde incluyen un borrador de la nueva redacción propuesta para la sección 706 de la *Administrative Procedure Act*.

<sup>2091</sup> Vid. LEVIN, R.M., "Judicial review and the uncertain appeal of certainty on appeal", *Duke Law Journal*, vol. 44, núm. 6, 1995, pp. 1081 y ss., quien no cree que sea una responsabilidad del legislativo sistematizar las técnicas de control judicial, sino que en este punto debe ser fundamental el papel de la doctrina como sistematizadora y orientadora de la jurisprudencia.

ciertos "cambios operativos" en el modo de aplicación del *hard look*, a fin de subsanar la osificación detectada. Así, este autor propone en concreto dos modificaciones. En primer lugar, los tribunales deberían evitar suscitar factores y alternativas de decisión que no hubieran sido aportadas por las propias partes en el proceso. En segundo lugar, aun dentro de los factores y alternativas de decisión aportadas por las partes, el tribunal sólo debería dar crédito y tomar en consideración aquellas cuestiones suscitadas por el particular que tengan apariencia de seriedad, evitando considerar las dirigidas a complicar y paralizar el proceso decisonal administrativo. En este sentido, el tribunal debería tener en cuenta diversos indicios, como por ejemplo la existencia de estudios fundados aportados por el privado, que demuestren la seriedad de las alegaciones en contra de la decisión administrativa<sup>2092</sup>.

Esta propuesta ha sido contestada por McGARITY, quien no la considera acertada, por cuanto considera inseguro el criterio para determinar cuando una alegación de un privado tiene o no seriedad, destacando además, como ya se puso de relieve, que los tribunales no van a estar dispuestos a realizar esos cambios de *motu proprio*, dado su interés ideológico en paralizar la actividad administrativa<sup>2093</sup>.

La ausencia de consenso doctrinal alcanza a la valoración de una reciente innovación legislativa que podría tener impacto sobre el modo de desarrollo del *hard look*. Se trata de la *Contract with America Advancement Act* de 1996. Esta reforma posibilita que el Congreso veto un reglamento tras su adopción por la agencia. Si tal cosa sucede, el reglamento deja de tener efectos legales y la agencia es privada de la autoridad para adoptar una norma similar en el futuro, salvo que se promulgue una ley autorizándolo. Si el veto no prospera, la ley especifica que el tribunal que pueda revisar el reglamento no debe tomar en

---

<sup>2092</sup> SEIDENFIELD, M., "Demystifying deossification...", op.cit., pp. 523 y 524.

<sup>2093</sup> McGARITY, T.O., "The courts and...", op.cit., pp. 529 y ss.



consideración ninguna de las consideraciones que esa norma haya podido suscitar en el Congreso. Se trata, en definitiva, de un control puramente de oportunidad, no de legalidad, con antecedentes existentes, por ejemplo, en el Derecho británico<sup>2094</sup>. Aunque los efectos concretos de esta innovación aún no están claros, diversos autores han expresado puntos de vista encontrados al respecto<sup>2095</sup>.

Finalmente, una posible vía de superación de la osificación creada por el control judicial, destacada por algunos autores, sería la potenciación de los mecanismos reguladores en el procedimiento reglamentario, lo que se conoce familiarmente con el nombre de "reg-neg"<sup>2096</sup>. Sin embargo, este reciente mecanismo, cuyas primeras experiencias provienen de los inicios de la década de los ochenta, no deja de presentar también sus específicos problemas, en los que no corresponde detenerse ahora<sup>2097</sup>.

---

<sup>2094</sup> Vid. al respecto, por ejemplo, CRAIG, P.P., *Administrative...*, op.cit., pp. 244 y ss., donde se expone la existencia de un *legislative scrutiny* como mecanismo de control reglamentario ejercido por el Parlamento, que abarca aspectos de legalidad y oportunidad, destacándose las diversas modalidades de ejercicio de este control existentes, así como los problemas (ausencia de suficiente tiempo para el debate, dificultades para el logro de apoyos a fin de poner en marcha el mecanismo) generados en la aplicación práctica del mismo.

<sup>2095</sup> Así, por ejemplo, PIERCE, R.J.Jr., "Rulemaking and the administrative procedure act", *Tulsa Law Journal*, vol. 32, núm.2, pp. 185 y ss., cree que la reforma es una buena idea y que la misma justifica que el nivel de control judicial decrezca, lo que puede lograrse bien a través de la propia rectificación jurisprudencial, bien mediante una modificación de la *Administrative Procedure Act*, excluyendo de la sección 706 (2) (A) los reglamentos controlados por el Congreso. En cambio, DAVIS, K.C. y RICHARD, J.Jr., *Administrative Law...*, suplemento de 1997, pp. 169 y ss., se muestran dubitativos con la reforma, reconociendo que si bien es posible que aumente la influencia política sobre el resultado del reglamento y pueda conducir a una reducción del grado de control judicial, también es igualmente posible que provoque un retraso aún mayor, mientras STRAUSS, P.L., "From expertise...", op.cit., pp. 768 y ss., muestra las mismas dudas y destaca que el proceso creado promueve la irresponsabilidad política del Congreso, al explicitar que los tribunales no deberán tomar en consideración las observaciones realizadas respecto de los reglamentos no vetados.

<sup>2096</sup> En este sentido, McGARITY, T.O., "Some thoughts...", op.cit., pp. 1438 y ss., o WALD, P.M., "Judicial review...", op.cit., pp. 668 y ss.

<sup>2097</sup> Desde una perspectiva general, vid. en relación a la incorporación de esta técnica la la ley de procedimiento administrativo en 1990 DELGADO PIQUERAS, F., "La "Administrative Dispute Resolution Act" de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas", *RAP*, núm. 131, 1993, pp. 557 y ss., y COMELLA DORDA, R., *Límites...*, pp. 75 y ss.

En definitiva, puede constatarse como la doctrina norteamericana se halla ampliamente dividida en torno a la cuestión del *hard look* y de sus efectos respecto a la osificación de la Administración norteamericana, así como de las posibles soluciones a éste problema.

### c) Las lecciones derivadas de la experiencia norteamericana.

¿Es posible extraer alguna conclusión útil para nuestro sistema de este confuso panorama norteamericano?.

Ante todo deben destacarse las profundas diferencias estructurales entre el sistema jurídico norteamericano y el español. En consecuencia, cualquier comparación debe ser especialmente cuidadosa y tener en cuenta el cuadro general, no un brochazo aislado. De otra manera, las traslaciones precipitadas pueden ser erróneas.

Por otro lado, en la cuestión específica que nos ocupa, hemos podido comprobar que incluso entre la doctrina norteamericana las posturas distan de ser comunes.

Además, debe tenerse muy claro que la situación en ambos ordenamientos respecto al control del modo de ejercicio de la discrecionalidad es, en la actualidad, completamente diferente. En Estados Unidos hemos comprobado como la jurisprudencia efectúa un control incisivo de la forma en que se desarrolla la discrecionalidad administrativa, utilizando el procedimiento, específicamente el expediente y la motivación como elementos de chequeo.

En cambio, también hemos comprobado como en España el control judicial sobre el procedimiento es, por decirlo de algún modo, laxo. Incluso la omisión de trámites importantes en la garantía de un acertado uso de la discrecionalidad - alguno tan significativo como el dictamen del Consejo de Estado - ha sido considerada por el Tribunal Supremo español como una mera formalidad, no conducente a la invalidez de la decisión, al encajarla en el actual art. 63.2 LRJPAC. Como se advirtió y fundamentó en su momento, la situación actual en España es de *infracontrol* respecto al modo de desarrollo de la

discrecionalidad<sup>2098</sup>. Por ello se ha postulado una *sensata* - conviene destacar este adjetivo - revitalización de los vicios procedimentales. Por ello se ha afirmado que la jurisprudencia debiera variar y controlar no sólo que los trámites procedimentales han sido cumplidos - lo cual ya sería bastante en la actual situación - sino, además, *cómo* lo han sido, comprobando, mediante el estudio del expediente (con las respuestas a las alegaciones derivadas de los trámites participativos) y de la motivación, que los principios de racionalidad, objetividad, eficacia, eficiencia y economía han sido desarrollados en el caso concreto y, por tanto, se ha cumplido el deber de buena administración, realizándose una fundamentación suficiente y una valoración racional de los datos e intereses envueltos en la toma de la decisión.

En consecuencia, pretender obtener algún elemento útil para España de la compleja situación norteamericana se presenta singularmente difícil. Aun así, creemos que es posible intentarlo con la debida prudencia.

Como decimos, en esta investigación se ha postulado que el control judicial en España debiera no sólo comprobar el seguimiento de los trámites procedimentales preceptivos, sino, además, que ese cumplimiento ha sido real y auténtico. De seguirse esta propuesta, ¿nos encontraríamos también con un *hard look* que provocaría la misma osificación denunciada en Estados Unidos?.

La respuesta es que *no necesariamente*, si se hacen las cosas con sensatez.

---

<sup>2098</sup> Quede claro que nos estamos refiriendo al *modo* como se ejerce la función, no al control sobre el *resultado* de ese ejercicio, es decir el acto administrativo, el reglamento o el plan. En esta segunda vertiente, como dijimos, se ha producido un notable avance en la década de los ochenta y un correlativo debate doctrinal, como es conocido.

Consideramos que los problemas surgidos en el sistema norteamericanos no han de trasladarse automáticamente al contexto español, dadas las profundas diferencias entre ambos sistemas.

Así, en primer lugar, una parte de las dificultades existentes en Estados Unidos se hallan conectadas, a nuestro entender, con profundas concepciones sociales, arraigadas por una serie de circunstancias históricas determinadas, de desconfianza frente al gobierno, frente a lo público<sup>2099</sup>.

En segundo lugar, el ejercicio de la potestad reglamentaria de las agencias, como ya se puso de relieve, se enfrenta a peculiares problemas de legitimidad democrática, dada la estructura de poder norteamericana. No es este el caso de la española, por cuanto, como pone de relieve LAVILLA RUBIRA, la potestad reglamentaria se halla legitimada por su reconocimiento expreso, incluso a nivel constitucional (art. 97.1 CE), y por la responsabilidad política del Ejecutivo frente al Parlamento<sup>2100</sup>.

En tercer lugar, el Derecho norteamericano ha enfatizado tradicionalmente el papel de los tribunales en el control del procedimiento administrativo, descuidando la función de otros mecanismos complementarios, provenientes del propio poder ejecutivo o del legislativo<sup>2101</sup>. Nosotros hemos intentado ser especialmente cuidadosos al subrayar la

---

<sup>2099</sup> Destaca este aspecto, por ejemplo, KAGAN, R., "Adversarial legalism and American Government", *Journal of Policy Analysis & Management*, 10, 1991, pp. 369 y ss.

<sup>2100</sup> LAVILLA RUBIRA, J.J., *El procedimiento...*, op.cit., pág. 343. En este sentido, hemos visto como STRAUSS, P.L., "From expertise...", op.cit., pp. 754 y ss., ponía de relieve la diferencia del sistema norteamericano, donde los controles políticos sobre la potestad reglamentaria no son inevitables.

<sup>2101</sup> En este sentido, por ejemplo, vid. MASHAW, J., "Explaining Administrative process: normative, positive and critical stories of legal development", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 6, 1990, pp. 267 y ss, subrayando ese enfoque judicialista y proponiendo la necesidad de tomar en consideración la importancia del diseño de adecuados procedimientos como forma de dirigir la actividad administrativa. Vid. en la misma línea, YOUNG, G.G., "Judicial Review...", op.cit., pág. 247.

necesidad de que la responsabilidad institucional en el logro de la buena administración a través del procedimiento administrativo sea una tarea compartida entre el legislador, la propia Administración y el control judicial.

Teniendo presente estas matizaciones, consideramos que no se trata, en absoluto, de copiar la doctrina judicial norteamericana del *hard look*, con la rastra de disfunciones que pueda generar, sino de buscar nuestro propio camino, teniendo presente nuestra realidad. Ahora bien, la experiencia norteamericana descrita, con casi treinta años de continuidad, nos muestra, al menos, hacia donde no deberíamos ir y los hipotéticos peligros que pueden acontecer.

En este sentido, hemos de insistir una vez más en que el logro del cumplimiento del deber de buena administración mediante el procedimiento no se puede, ni debe intentarse, lograr mediante el control judicial. Reiteramos que este control judicial sólo puede contribuir a esta labor *indirectamente*, dadas sus limitaciones constitucionales y sus características intrínsecas (*control a posteriori* e inconsistente, sin una visión general del problema planteado). Aunque el control de los tribunales del modo de desarrollo de la discrecionalidad mediante el análisis del procedimiento puede y debe hacer su contribución, corresponde al legislativo y a la propia Administración diseñar procedimientos adecuados, capaces de implementar los principios constitucionales analizados. Por otro lado, otros mecanismos de

---

El profesor GARCIA DE ENTERRIA ha sintetizado muy bien esta particularidad del sistema jurídico norteamericano en el prólogo al libro de Bernard SCHWARTZ *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Civitas, Madrid, 1980, traducción de Enrique ALONSO. En las páginas 9 y 10, GARCIA DE ENTERRIA subraya "que los americanos viven efectivamente el sistema de *common law*, esto es, un sistema en el que el Derecho progresa a golpe de Sentencias, que perfeccionan, o matizan, o inflexionan a veces, el tesoro jurídico que viene de la historia, y no, como es común en el mundo europeo continental, a golpe de Códigos o de Leyes. También allí se dictan leyes, por supuesto, pero sólo para introducir reglas singulares que adapten ese depósito histórico a las circunstancias ocasionales, nunca para pretender erigir un sistema de "Derecho común" de modo que tales reglas son siempre controladas ellas mismas en su alcance (normalmente restrictivo) y en su interpretación por el verdadero Derecho común que es, literalmente, el *common law* judicial...".

control, ya aludidos, como el Defensor del Pueblo o el Consejo de Estado, así como sus equivalentes autonómicos, deben tener un importante papel en el control de concretas decisiones administrativas, así como, a un nivel más general, en el logro de adecuados procedimientos sectoriales, mediante sus observaciones y sugerencias.

Por otro lado, la sensata revitalización de la trascendencia de los vicios procedimentales aquí propuesta debe partir de un modelo real de racionalidad administrativa. Es decir, como también se puso de relieve, los tribunales no pueden pretender imponer una racionalidad absoluta al comportamiento administrativo. La Administración no puede ni debe analizar todas las alternativas, acumulando todos los estudios posibles a tal fin, ni debe ofrecer todas las explicaciones sobre porqué adoptó su decisión. Esto es cierto respecto de toda la escala de la discrecionalidad a la que hemos hecho alusión a lo largo del trabajo, pero lo es especialmente en relación a los supuestos de incertidumbre científica, donde la ciencia no proporciona respuestas unívocas ni concluyentes y donde la Administración debe efectuar una valoración mediante suposiciones y predicciones difíciles, sino imposibles, de justificar agotadoramente de forma racional. Lo que no significa, obviamente, que el manejo de riesgos no deba apoyarse en un razonable fundamento fáctico.

-----

Se trata, en definitiva, haciendo un juego de palabras con el título de un libro, de mantener vivo y despierto el *sentido común*<sup>2102</sup>. Si bien ha sido dicho por alguien que éste

---

<sup>2102</sup> HOWARD, P.K., *The death of common sense*, Random House, New York, 1994. El autor pone de relieve como la falta de sentido común ha conducido a esclerotizar el funcionamiento de la Administración estadounidense, sobrecargándola de regulaciones procedimentales inútiles y contraproducentes, así como a la existencia de un control judicial asfixiante que impide un adecuado servicio a los intereses generales, al paralizar la actividad administrativa.

es el menos común de los sentidos, estamos convencidos que, en última instancia, sólo con su uso estaremos en condiciones de intentar mejorar el funcionamiento administrativo, de forma realista pero decidida.



## VII. CONCLUSIONES.

Este apartado ha sido dividido en dos secciones, a fin de lograr mayor claridad en la exposición de los problemas detectados en nuestro sistema jurídico, de las soluciones propuestas y de las conclusiones alcanzadas. En la primera, se exponen, divididas por capítulos, las conclusiones más relevantes a que se ha llegado, exponiéndolas con un cierto grado de detalle, aunque de forma resumida. En la segunda, se ha realizado un esfuerzo de síntesis y, abandonando la división por capítulos, se ofrecen, en forma concentrada, las principales ideas derivadas del estudio realizado.

## I. CONCLUSIONES DEL ESTUDIO REALIZADO ORDENADAS POR CAPÍTULOS.

### II.-ANÁLISIS HISTÓRICO DEL SENTIDO Y FUNCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El Derecho Administrativo en la Europa continental ha enfocado tradicionalmente su atención sobre el acto administrativo, entendido como puro artificio para permitir el control judicial, abandonándose, en cambio, la perspectiva procedimental de la actividad administrativa.

En España, diversas ideas han sustentado la concepción profunda del procedimiento administrativo durante el siglo pasado y el actual, conviviendo en el tiempo aunque con mayor o menor predominio dependiendo de la época. La concepción inicial del procedimiento administrativo se basó en la idea de éste como actuar interno de la Administración, lo que explica su primera regulación mediante normas internas en cada Ministerio, con la consiguiente disparidad de criterios. Especialmente a partir de la Ley Azcárate de 1889, el procedimiento administrativo adquiere carta de naturaleza como mecanismo de defensa de los particulares, pasando a conectarse con la actividad *ad extra* de la Administración.

Durante la primera mitad del siglo XX el procedimiento no fue objeto de específica atención doctrinal, pues la idea motriz residía en el convencimiento de que la Administración se limitaba a ejecutar, de forma mecánica, la Ley. La jurisprudencia, por su parte, tampoco dedicó excesiva atención al procedimiento administrativo, y cuando lo hizo fue mediante la denominada doctrina de los vicios de orden público, en la que los vicios procedimentales aparecen usados como artimaña procesal para forzar el control de la discrecionalidad. A esta

desidia doctrinal y jurisprudencial se une la imagen popular que se generaliza, que entiende el procedimiento como un sinónimo de papeleo, formalismo y burocracia.

A partir de los años cuarenta del presente siglo, diversos trabajos doctrinales profundizan en la idea del procedimiento como garantía de los particulares. A partir de los años cincuenta, bajo la vigencia de la LJCA de 1956 y de la LPA de 1958 se consolida la perspectiva del procedimiento como defensa, aunque subsidiaria y dependiente del proceso judicial, el cual puede servir para enmendar sus irregularidades. A la vez, el procedimiento se considera dogmáticamente como un mero elemento del acto administrativo, siendo en sí mismo una simple sucesión de actos trámite. La relación entre procedimiento y discrecionalidad no es objeto de especial atención doctrinal.

Conjuntamente con las dos perspectivas citadas, siempre ha existido la idea de que el procedimiento administrativo estaba conectado con el acierto en el uso de la discrecionalidad, aunque, como decimos, sin una profundización en esta vía. Uno de los motivos que puede explicar esta falta de desarrollo dogmática puede ser, precisamente, la ausencia de independencia conceptual del procedimiento, entendido, como dijimos, como un elemento formal del acto.

La propuesta realizada en este estudio parte de la base de considerar al procedimiento como una institución jurídica con sustantividad propia, deshechando la concepción del mismo como mero elemento formal del acto. Esta institución debe ser estudiada en su conjunto, poniendo de relieve las interconexiones entre diversos elementos. Debe distinguirse además el procedimiento del proceso judicial, del que no es una simple antesala. El procedimiento debe ligarse al modo de desarrollo de la función administrativa. Desde esta perspectiva, ha de conectarse de forma sistemática con la Constitución, la cual contiene un rico entramado de directivas de comportamiento administrativo. El procedimiento es una institución jurídica

que puede ayudar en la obtención de acertadas decisiones discrecionales, además de actuar como garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos.

### III.-DISCRECIONALIDAD, VALORACIONES METAJURÍDICAS Y DERECHO.

Para comprender la relación entre procedimiento y discrecionalidad, debe partirse de la consideración de algunas notas comunes que comparten los distintos tipos de discrecionalidad existentes, lo que aquí se ha llamado la "escala de la discrecionalidad". Así, todo tipo de discrecionalidad consiste en un servicio al interés general - entendido como el interés de los ciudadanos, no como algo propio de la Administración (arts. 1.1 y 1.2 CE, arts. 3 f) y 4 LOFAGE, art. 3.2 LRJPAC), lo que explica la importancia de la participación ciudadana en su definición -, en el que es preciso realizar una elección valorativa entre alternativas en base a criterios no jurídicos.

La existencia de algún grado de la "escala de la discrecionalidad" es progresivamente mayor en nuestro sistema jurídico, debido al cambio de estructura normativa que se está produciendo y al aumento de informalización del Derecho. Este cambio comporta el paso de la típica programación condicional a la programación de fines y objetivos mediante directrices, es decir, mandatos de optimización, en los que el cumplimiento de los fines se debe perseguir en la medida de lo posible. Ante la indefinición legal de los intereses generales, aparece la discrecionalidad de los reglamentos, planes o actos administrativos.

Existe unanimidad doctrinal en la afirmación de que esa discrecionalidad está rodeada de límites jurídicos que enmarcan el ya mencionado criterio metajurídico de decisión (elementos reglados y principios generales del Derecho). Asimismo, existe la opinión

extendida en la doctrina y en la jurisprudencia de que, dentro de esos límites, es indiferente para el Derecho el uso que se haga de ese criterio y la elección entre alternativas que se produzca. Aunque es cierto que el criterio extrajurídico, por serlo, no es unívoco y que, en consecuencia, son posibles diversas soluciones, negamos que éstas sean indiferentes para el Derecho. Teniendo siempre en cuenta que el control judicial es sólo una parte del Derecho Administrativo, no el Derecho Administrativo, el Derecho puede y debe encauzar, guiar el núcleo mismo de la discrecionalidad, influyendo en el resultado final de la elección, que no le es indiferente. El Derecho quiere, como no podría ser de otra manera, que se tomen buenas decisiones, que se administre bien. Un elemento que puede contribuir a esa influencia es, precisamente, el procedimiento administrativo.

#### IV.-DISCRECIONALIDAD Y BUENA ADMINISTRACION. LAS DIRECTRICES CONSTITUCIONALES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA.

Respecto a la primera de las afirmaciones efectuadas, que el ordenamiento jurídico quiere que la Administración adopte buenas decisiones, el estudio realiza un análisis de diversos sistemas jurídicos comparados (Italia, Gran Bretaña, Holanda y Bélgica), del Derecho Comunitario y del sistema jurídico español, llegando a la conclusión que en todos ellos existe un deber jurídico de buena administración, consistente en el apropiado uso de la discrecionalidad, a fin de adoptar las mejores soluciones posibles. La discrecionalidad ha de ser desarrollada correctamente, mediante la investigación cuidadosa de las circunstancias específicas del caso y la ponderación de los intereses envueltos.

En el caso de España, el deber de tomar las mejores decisiones posibles está ligado

al elemento causal de las decisiones administrativas. Este deber es un deber de buena administración, en el sentido dinámico, de desarrollo de la actividad. El mismo es aludido explícitamente por la doctrina y la jurisprudencia de forma ocasional, así como por alguna norma de rango legal (caso de la LCAP). Se trata de la obligación jurídica que tiene la Administración de situarse en la mejor de las situaciones posibles antes de ejercer la discrecionalidad, ponderando todos los factores relevantes para la decisión.

Consideramos que este deber está afirmado al más alto nivel por nuestra Constitución de forma implícita. Una interpretación sistemática del Texto Fundamental nos revela que el mismo recoge el deber de buena administración al ocuparse del modo como debe desarrollar su función la Administración Pública. El deber constitucional de buena administración es una auténtica obligación jurídica de actuar de forma racional (art. 9.3 CE), eficiente, económica (art. 31.2 CE) objetiva, coordinada y eficaz (art. 103.1 CE) en el servicio a los intereses generales. La Constitución establece así una serie de principios para la guía de la actividad administrativa, de obligaciones de medios o de deberes jurídicos de actuación, si se prefiere. El conjunto de estos principios constitucionales integran el mencionado deber de buena administración.

Como acabamos de sostener, la Administración Pública debe actuar racionalmente. El fundamento de este deber se halla en el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, el cual contiene un valor jurídico: la racionalidad administrativa. Este deber impone una directiva de actuación, una obligación de comportamiento que deviene especialmente importante en los casos de existencia de espacios discrecionales, en los que la racionalidad formal se debilita. Pero esa racionalidad material exigida por la Constitución es limitada, puesto que no demanda la búsqueda de la solución óptima, sino, simplemente, de la mejor posible atendiendo a las circunstancias del caso. No exige un análisis completo y

exhaustivo de todas las alternativas. Simplemente, obliga a la Administración a colocarse en la mejor situación posible antes de decidir.

La Administración debe actuar objetivamente, de conformidad con el art. 103.1 CE. El deber de actuación objetiva no debe confundirse con la necesidad de que sean respetados los principios de neutralidad e imparcialidad. Respecto al primero, la Administración no puede ser, de hecho, neutral, pues el principio democrático exige su dirección por el Gobierno y, a diferencia del poder judicial, tiene encomendada la lucha por el servicio a los intereses generales. Ahora bien, respecto a la influencia gubernamental, el principio de imparcialidad, en su vertiente institucional, actuaría sobre la regulación de la función pública, evitando que en la selección o dirección de los funcionarios se produjeran politizaciones ilícitas. Por su parte, el principio de imparcialidad, en su vertiente personal o subjetiva, se refiere a la actividad desplegada por los concretos funcionarios, prohibiendo la discriminación, como derivación del principio de igualdad.

Sin embargo, en las dos facetas mencionadas, el principio de imparcialidad no es equivalente al de objetividad. El primero es presupuesto del segundo: éste postula un deber de investigación y ponderación cuidadosa de los elementos fácticos y de los intereses envueltos en el supuesto concreto antes de proceder a la toma de la decisión discrecional, a fin de lograr el mayor acierto posible. Puede existir un decisor que sea imparcial, pero no objetivo, al no cumplir adecuadamente este deber.

Este deber de análisis cuidadoso del caso concreto antes de ejercer la discrecionalidad puede hallarse en diversos sistemas jurídicos comparados (Francia, Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos, Italia) y en el Derecho Comunitario. También en España, donde el principio de objetividad impone una obligación de investigación y ponderación (en el sentido de estudio cuidadoso y de posterior atribución de pesos a diversos intereses, conforme a un criterio

metajurídico de decisión). Esta obligación es compatible con la necesaria dirección política de la Administración por el Gobierno, pero no lo es la adopción *a priori* de criterios rígidos para el ejercicio de la discrecionalidad. El principio de objetividad postula una cierta autonomía de los órganos administrativos frente al Gobierno, que puede ser lograda mediante el uso de directrices por éste. Esta figura compatibiliza las exigencias del principio de objetividad y del principio democrático y potencia los principios de igualdad y racionalidad. Lo afirmado puede aplicarse igualmente al caso de los criterios generales establecidos *a priori* por el propio órgano administrativo encargado de desarrollar la potestad discrecional.

El principio de objetividad impone, además, la necesidad de tomar en consideración el precedente en el ejercicio de la discrecionalidad, cuando existe como consecuencia de una directriz o de la propia praxis administrativa. Sin embargo, a la vez, este principio justifica que esta vinculación al precedente sea limitada, por cuanto no cabe su aplicación automática, sin ponderación de las circunstancias del caso concreto.

En definitiva, el principio de objetividad actúa como guía en positivo del comportamiento administrativo, distinguiéndose por ello del principio de proporcionalidad, el cual sólo limita negativamente el ejercicio de la discrecionalidad.

La misma orientación positiva del actuar administrativo efectúa el principio de coordinación, contenido en el mismo art. 103.1 CE. Desde una perspectiva general, la Constitución establece un deber de los distintos niveles de poder de comportarse con arreglo a criterios de buena fe y lealtad, en conexión con los principios de unidad y solidaridad. El principio de coordinación está ligado con estos principios y viene establecido, a parte de la Constitución, por diversa normativa que se recoge en el trabajo. El principio de coordinación es una directiva de comportamiento administrativo, que obliga al decisor a tomar en consideración los intereses públicos envueltos en el asunto, sean de otros órganos de la



misma Administración o de otras Administraciones.

La Administración debe actuar eficazmente (art. 103.1 CE). La eficacia es también un deber jurídico de comportamiento administrativo. Una decisión es eficaz cuando alcanza sus objetivos. Una decisión eficaz sólo puede lograrse a través de un desarrollo eficaz de la función administrativa. Eso implica dos variantes. En primer lugar, en el momento de desarrollo de la discrecionalidad, al ponderar alternativas, la Administración debe tener en cuenta el grado de cumplimiento de los intereses generales. Ello supone conocer los intereses de los ciudadanos y el grado de satisfacción de los mismos (de ahí, se insiste, la importancia de la participación ciudadana en la toma de la decisión). Una ausencia de consideración de este aspecto puede llevar a la resistencia en la aplicación de la decisión y a su ineficacia. Asimismo, en el manejo de alternativas, la Administración viene obligada a considerar el cumplimiento eficaz de los principios contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución.

En segundo lugar, el deber de comportamiento eficaz impone la agilidad en la toma de la decisión y la consideración del factor tiempo, especialmente en relación a aquellas intervenciones administrativas que afectan al desarrollo de derechos constitucionales, sin descuidar, sin embargo, la ponderación de intereses exigida por el principio de objetividad ni la efectividad de la medida que el propio principio de eficacia demanda. Puede hablarse, en este sentido, de un mandato constitucional de rapidez en la actuación administrativa.

Finalmente, los deberes de comportamiento eficiente y económico también integran el más general de buena administración (art. 31.2 CE). La eficiencia relaciona medios con fines. Existe un comportamiento eficiente cuando, dados unos objetivos prefijados, se minimizan los medios necesarios para alcanzarlos o cuando se maximizan los medios para lograr un mayor logro de objetivos. En cuanto al mandato de comportamiento económico,

éste postula el ahorro, en la medida de lo posible, de los medios presupuestados para la obtención de los objetivos perseguidos. Ambos deberes introducen preocupaciones económicas en el comportamiento administrativo y, por tanto, en el Derecho Administrativo. Sin embargo, la traslación de análisis económicos a la actividad administrativa debe hacerse con prudencia, pues los criterios de eficiencia y economía deben conjugarse y atemperarse con los derechos de los ciudadanos y diversos valores y principios de rango constitucional también (así, los valores del art. 1.1, 10.1 y 9.2 CE y los principios del Capítulo III del Título I), pues estas ideas sólo aportan una perspectiva reducida y parcial.

El análisis de los principios constitucionales que forman parte del mencionado deber de buena administración permite detectar la existencia de una actividad típicamente administrativa, el servicio a los intereses generales, la cual debe desarrollarse, por imperativo constitucional, de acuerdo con estas pautas. El servicio a los intereses generales es la función típicamente administrativa, pero la Administración no siempre desarrolla esta función de giro o tráfico administrativo. No lo hace cuando ejerce la iniciativa económica prevista en el art. 128.2 CE. En este caso no existe servicio a los intereses generales y, por tanto, necesidad de aplicar los deberes propios de la actividad administrativa contenidos en el art. 103.1 CE, aunque sí otros principios constitucionales (arts. 9.2, 9.3, 31.2, principios del Capítulo III del Título I), dado que, en última instancia existe un manejo de fondos públicos y puede hablarse de "poder público", aunque no de Administración. La aplicación de estos principios y valores constitucionales modularía el desarrollo de la actividad de mercado por la Administración, orientándola en forma algo distinta a la de las empresas privadas.

Sí existirá, en cambio giro o tráfico administrativo cuando se ejercen potestades y se desarrolla actividad de fomento o de servicio público. En estos supuesto rige el deber de buena administración, con los deberes de actuación administrativa vistos, aunque estas

actividades sean desempeñadas por la Administración mediante formas jurídico-privadas o por un privado. En este segundo caso, entendemos que no es necesario acudir a la ficción de considerar a los particulares integrados en el complejo orgánico administrativo, sino, más sencillamente, debe entenderse que al desarrollar actividad administrativa son de aplicación los principios constitucionales analizados.

El desarrollo de la actividad administrativa conforme a los principios integrantes del deber de buena administración no es sólo un deber sino la fuente de su legitimación social, al permitir un comportamiento que toma en consideración los intereses de los ciudadanos y avanza en el logro de decisiones legales acertadas. En este sentido, el procedimiento administrativo, al ser herramienta de buena administración, es un instrumento para conseguir esa legitimación.

Además, el procedimiento administrativo puede ayudar a compensar las limitaciones intrínsecas del control judicial de la discrecionalidad administrativa. Si bien éste ha sufrido una evolución histórica de crecimiento en extensión e intensidad, ésta última es finita, en el sentido de que no cabe la sustitución judicial del criterio metajurídico ínsito en el núcleo duro de lo discrecional. Como hemos visto, cuando el ordenamiento jurídico abre espacios decisionales a la Administración, ésta incorpora a sus decisiones criterios extrajurídicos, los cuáles son inhaprensibles para el control judicial, basado únicamente en el razonamiento jurídico. Las valoraciones extrajurídicas no tienen una solución unívoca y escapan del control de legalidad, que es la función que nuestra Constitución atribuye al poder judicial (art. 106.1 CE). En este sentido, la Constitución establece una distinción funcional entre Administración y tribunales basada en dos razones. En primer lugar, en el logro de un límite de ambos poderes, basado en la defensa de la libertad de los ciudadanos. En segundo lugar, en la optimización de cometidos materiales distintos (administrar y controlar), atribuyéndolos a

organizaciones diferentes, con estructuras y procedimientos adecuados. La Administración, en el núcleo duro de la discrecionalidad, elige el criterio extrajurídico, porque su conexión con el Gobierno le proporciona responsabilidad política y porque el procedimiento administrativo está mejor adaptado que el proceso judicial para administrar, debido a la visión de conjunto, a la posibilidad de *ponderación a priori* de hechos e intereses y a la posibilidad de participación ciudadana que ofrece.

Ni siquiera los principios generales del Derecho ofrecen a los tribunales la posibilidad de aprehender la esencia metajurídica de la discrecionalidad. Éstos son controles en negativo, que encuadran el núcleo discrecional, no orientaciones en positivo del criterio extrajurídico. La vulneración de un principio general del Derecho hace nacer un derecho subjetivo reaccional o impugnatorio que dará lugar, en su caso, a la anulación de la decisión. Pero los principios no pueden determinar la alternativa más adecuada o mejor.

El control judicial no puede implementar directamente el deber de buena administración, decidiendo lo más racional, eficaz o eficiente en un caso concreto, pues los principios de buena administración están dirigidos a la Administración. En cambio, el procedimiento administrativo sí puede orientar el núcleo de lo discrecional en positivo, mitigando, de esta manera, las insuficiencias estructurales del control judicial. En consecuencia, se impone el abandono de la perspectiva judicialista unívoca que ha dominado tradicionalmente nuestro Derecho Administrativo, aunque sin negar, en ningún momento, la importancia del control judicial. Sin embargo, sus limitaciones respecto al logro de buenas decisiones administrativas obligan a girar la vista hacia otras instituciones como el procedimiento administrativo.

## V.-PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y BUENA ADMINISTRACION.

Como se ha indicado, el procedimiento administrativo es uno de los medios para lograr el cumplimiento del deber de buena administración, implementándose a través de él los principios constitucionales referidos al comportamiento administrativo.

Así, respecto al deber de actuación racional, el procedimiento actúa como factor de racionalización de las valoraciones metajurídicas que componen la discrecionalidad y que carecen de solución unívoca. El procedimiento influye en el resultado. El procedimiento puede compensar las insuficiencias de la racionalidad formal y los límites estructurales del control judicial. El procedimiento puede contribuir a legitimar socialmente el ejercicio de la discrecionalidad.

El deber de comportamiento racional exige que la Administración siga un procedimiento para la toma de decisiones, por lo que éste adquiere relevancia constitucional (arts. 9.3 y 105 CE). Sólo quedan al margen de la necesidad de seguir un procedimiento administrativo - pero no de la aplicación, entre otros, de los principios de buena administración - los actos verbales, la actividad material o técnica y la coacción administrativa directa. El procedimiento administrativo, formalizado o no, no debe confundirse con la forma de las decisiones administrativas ni con el denostado formalismo. La ausencia de procedimiento, o el seguimiento de uno inadecuado al caso, conduce a una vulneración de la Constitución y de la LRJPAC que debe provocar la nulidad de la decisión al producirse una vía de hecho que dará lugar, en su caso, al uso de los pertinentes interdictos.

La existencia de un procedimiento es una condición necesaria para el respeto del

deber de buena administración, pero insuficiente. Además de existir un procedimiento, éste debe permitir el desarrollo del resto de principios de buena administración aludidos.

En primer lugar el procedimiento administrativo debe servir para articular el deber de objetividad. Éste viene conectado con los principios procedimentales de oficialidad y contradicción, entendido este último no simplemente en un sentido defensivo, sino en el más general de necesidad de introducción en la toma de la decisión de hechos, intereses, opiniones y deseos de los ciudadanos que deberán ser ponderados por la Administración, a fin de lograr el mejor servicio a los intereses de éstos y, en definitiva, al interés general.

Los dos principios procedimentales citados, recogidos ambos en la LRJPAC, en conexión con el deber de objetividad, convierten a la fase de instrucción en un momento de suma importancia, en el que se recogen y comprueban datos (hechos e intereses) y se introducen elementos de juicio orientadores del criterio metajurídico. En cuanto a la adquisición y comprobación de intereses, el principio de transparencia postula la información a y la participación de los ciudadanos. Este principio está íntimamente ligado al de objetividad, pues sólo se pueden ponderar intereses antes de decidir si se conocen (para lo que sirve la participación) y sólo pueden existir estos intereses si se forman con conocimiento de causa (para lo que es imprescindible una adecuada información por parte de la Administración).

En cuanto a los elementos de juicio, éstos iluminan la ponderación discrecional, orientándola y favoreciendo el acierto de la decisión. Los elementos de juicio introducidos durante el desarrollo de la función administrativa permiten valorar los hechos e intereses (lo que diferencia la fase de instrucción de la fase de prueba en el proceso judicial). Entre estos elementos destacan la participación y la función consultiva.

En cuanto a la primera, la postura tradicional en nuestro país ha asociado la

participación con una garantía puramente defensiva, lo que ha creado numerosos problemas conceptuales, sobre todo en el ámbito reglamentario. El estudio plantea una nueva perspectiva, sin negar esa faceta defensiva. Desde este nuevo punto de vista, la participación sirve, además, para el logro del acierto de la decisión y aporta valores intrínsecos. La participación conecta con diversas directivas constitucionales (arts. 9.3, 31.2, 103.1, 105 CE) orientando en positivo la elección discrecional, aunque no se acepten las alegaciones presentadas, y promoviendo el acierto de la decisión final. Por otro lado, la participación procedimental aporta valores intrínsecos, al potenciar el principio democrático, la transparencia en el actuar administrativo, la legitimación social de la Administración y la dignidad de los individuos (art. 10.1 CE).

El estudio afirma que la Constitución contiene un entramado de directivas (principio democrático, transparencia, dignidad, buena administración) que imponen un mandato al legislador de apertura de canales participativos en la elaboración de decisiones discrecionales, mediante la articulación de los mecanismos procedimentales que se consideren oportunos. Su ausencia deberá tener una justificación de especial solidez, dados los valores constitucionales implicados. La legislación de procedimiento administrativo común debe regular, con un nivel de mínimos, cuándo deberá producirse esta participación, sus excepciones, el período flexible para llevarla a cabo, aunque no la configuración de concretos trámites, que deberán quedar a disposición de la normativa autonómica y local de desarrollo y de las formalizaciones sectoriales.

La Constitución contiene un auténtico derecho de participación procedimental en el caso de relaciones no puramente bilaterales con posible incidencia en intereses indeterminados, aunque sin el carácter de fundamental. El titular de tal derecho debe ser definido sobre la base de la voluntad de participar en la adopción de la decisión discrecional.

Consideramos un error la traslación a la esfera de la participación procedimental de los conceptos de "interesado", "audiencia" o "legitimación procesal". Podrá participar en la elaboración de la decisión discrecional quien quiera, se dará audiencia a los interesados en sentido técnico, concepto distinto al de participante, y podrá impugnar la decisión, una vez adoptada, quien, como regla general, tenga un interés legítimo, haya participado o no en el procedimiento de desarrollo de la discrecionalidad.

La efectividad real de este derecho constitucional de participación exige imaginación por parte de la normativa y un esfuerzo público. La imaginación es precisa para diseñar modos de anuncio de los trámites participativos que llegen realmente a los ciudadanos (radio, televisión, internet, paneles situados en la vía pública). El esfuerzo debe ir dirigido a facilitar la participación de los colectivos con menores medios, utilizando la actividad de fomento y creando fondos de compensación de gastos (por ejemplo, para asociaciones de consumidores o de vecinos). En este sentido, respecto de la elaboración de reglamentos, se ha perdido una buena ocasión con la Ley del Gobierno.

Respecto al valor de las alegaciones, ésta debe moverse evitando los extremos. Desde luego, no cabe que el órgano competente para resolver haga una dejación de su responsabilidad, inherente en la atribución competencial, en manos de los participantes en el procedimiento. Pero tampoco es posible el archivo, sin más, de las alegaciones. Éstas deben servir para orientar el núcleo discrecional. Para que ello sea factible, debe existir una auténtica ponderación de las mismas, aunque sea para concluir su rechazo. El principio de objetividad exige esa ponderación, que es un derecho de los participantes y un deber jurídico de la Administración, recogido ahora en la LRJPAC. El cumplimiento de este deber se garantiza mediante otro: la obligación de respuesta razonada de las alegaciones presentadas (art. 86.3 LRJPAC). Esta respuesta es el mecanismo de garantía del derecho mencionado y



de la efectividad real de la participación procedimental.

En cuanto a la función consultiva, los informes emitidos por órganos institucionales de tipo clásico como el Consejo de Estado u órganos autonómicos equivalentes ejercen tanto un control de legalidad como una orientación en positivo del núcleo extrajurídico de la discrecionalidad. Ambas facetas son propias de la función consultiva aludida en el art. 107 CE. En la primera, se realiza un control sobre la discrecionalidad. En la segunda, se efectúa una guía en positivo de ésta, implementando los principios de buena administración (así, respecto del principio de objetividad, la función consultiva puede, a diferencia del control judicial, sugerir a la Administración activa reponderaciones de intereses).

Para que esa orientación exista es necesario que se pondere realmente el informe solicitado, sea éste de solicitud preceptiva o facultativa, vinculante o no. Una vez incorporado al expediente, el principio de objetividad exige su ponderación, incluidos los informes de solicitud facultativa o los de solicitud preceptiva no vinculantes. Esta obligada toma en consideración deberá hacerse patente en la motivación de la decisión, que, en caso de no aceptar la orientación ofrecida, deberá explicar por qué el órgano activo se separa del dictamen del órgano consultivo (art. 54 c LRJPAC), no bastando la mera fórmula ritual del "oído" el órgano consultivo.

La intervención de un órgano consultivo en el procedimiento de adopción de una decisión forma parte del procedimiento administrativo común. La conexión entre los arts. 107 y 149.1.18 CE demanda que el legislador común fije los supuestos en que es preciso el dictamen, su alcance, sus efectos, los plazos para su emisión y las consecuencias de su vulneración, así como las asociadas a la falta de petición en los supuestos de preceptividad.

De acuerdo con el deber de objetividad que estamos comentando, el expediente deberá contener la fundamentación de la decisión, es decir, la base fáctica y los elementos de juicio

precisos que la sustentan y que han conducido hasta ella. El expediente debe actuar como contexto de justificación, demostrando que se ha ponderado realmente la información acumulada. El alcance del deber de fundamentación dependerá, obviamente, del tipo de decisión, debiendo ser, en todo caso, suficiente. En los supuestos de existencia de incertidumbre científica y de manejo de riesgos en la toma de la decisión, debe evitarse la sobreacumulación de estudios en el expediente, pues ello no ayuda a superar los problemas apuntados, sino a retrasar la toma de la decisión y a encarecerla innecesariamente.

La ausencia de fundamentación o sus deficiencias deben provocar dos efectos jurídicos. Respecto a la decisión adoptada, ésta deberá ser declarada inválida, bien sea por la omisión de trámites - superando una desafortunada jurisprudencia que, especialmente en el ámbito reglamentario, deja impune el cumplimiento de requisitos procedimentales -, por cumplimiento aparente - sin existencia de una real ponderación del material reunido en fase de instrucción - o por una insuficiente actividad de instrucción. Esta invalidez deberá ser declarada mediante una ponderación individualizada de la trascendencia del vicio, que deberá ser subsumido en los arts. 62.1 e) y 63.1 LRJPAC, en el caso de actos, ó 62.2 LRJPAC, en el caso de reglamentos y planes de urbanismo. En ningún caso, sin embargo, cabrá que el tribunal repondere los intereses envueltos o substituya el criterio metajurídico ínsito en la discrecionalidad.

El segundo efecto jurídico deberá producirse durante la sustanciación del proceso contencioso. La autotutela declarativa o privilegio de ejecutividad está asociada a la presunción de legalidad y ésta está basada en el servicio objetivo y eficaz del interés general. El particular tiene la carga de impugnar la decisión, pero una vez se ha iniciado el proceso corresponde a la Administración probar, mediante el expediente elaborado durante el procedimiento administrativo, que existe una suficiente fundamentación que la soporta. Si no

existe expediente o, existiendo, revela graves irregularidades, ello significará que no ha existido procedimiento o que su seguimiento ha sido defectuoso. Luego la decisión no estará amparada por una buena administración, por un apropiado desarrollo de la función administrativa. Por tanto, a la vista del expediente, existirá una presunción de que la solución alcanzada no es adecuada, al vulnerarse los arts. 103.1 y 105 CE y 53.1 LRJPAC - presupuesto necesario para el funcionamiento de los arts. 57.1 y 94 LRJPAC - y, en consecuencia, una presunción de que es contraria al ordenamiento jurídico.

La Administración durante el proceso judicial no va a poder probar que su decisión discrecional es acertada, pues la garantía de ello era, precisamente, el procedimiento administrativo. En sede judicial no es posible enmendar el defectuoso desarrollo de la discrecionalidad, ni por la Administración ni por el juez, pues en el caso de este último no es esa su función constitucional.

Al caer el privilegio de ejecutividad debe caer también el de ejecutoriedad, pues su fundamento está en la eficacia en el servicio a los intereses generales. Pero cuando exista una presunción de ausencia de ese servicio, esa eficacia deberá cesar. Cuando a la vista del expediente remitido, o de su falta de remisión, se constate que no ha existido procedimiento, que se han omitido trámites fundamentales o que no ha existido auténtica ponderación de los datos recogidos, es decir, ante la apariencia de ilegalidad y de buen derecho del recurrente, deberán decretarse por el tribunal las oportunas medidas cautelares que pongan fin a la situación de abuso de autotutela por parte de la Administración.

Finalmente, el deber de racionalidad y el principio procedimental de congruencia exigen la existencia de una conexión lógica entre la fundamentación existente, la ponderación realizada y la decisión finalmente adoptada. La separación en la decisión final de los informes o de las respuestas a alegaciones obrantes en el expediente deberá ser objeto de una

adecuada motivación. Corresponde al control judicial verificar esta conexión lógica o decretar la invalidez de la decisión cuando falte.

Junto a los citados deberes de racionalidad y objetividad, el procedimiento deber ser un medio de cumplimiento del deber de coordinación. El procedimiento puede y debe ser un mecanismo para hacer realidad el deber de ponderación de intereses públicos impuesto por el mencionado principio, tanto en el ámbito intraadministrativo como en el interadministrativo.

Respecto del primero, el diseño de adecuados procedimientos puede facilitar esa ponderación. En este sentido, el estudio analiza la experiencia catalana de las Oficinas de Gestión Unificada. En cuanto al segundo, el procedimiento, mediante distintas técnicas (informes, aprobaciones definitivas, trámites de participación de otras Administraciones), se configura como una evaluación de impacto sobre intereses públicos. El principio de coordinación impone al legislador la existencia de técnicas procedimentales coordinadoras cuando en la decisión se vayan a afectar previsiblemente otros intereses públicos. Dada la conexión del art. 103.1 CE con el art. 149.1.18 CE, corresponde al procedimiento común establecer este deber. Los concretos trámites deberán diseñarse al formalizar el procedimiento sectorial o, en ausencia de formalización, abrirse por parte del instructor. El principio de coordinación impone además una valoración por la Administración actuante de las aportaciones realizadas por otras instancias de poder durante esos trámites, con respuesta razonada de las alegaciones formuladas (art. 86.3 LRJPAC).

La ausencia de apertura de estos trámites o la ausencia de ponderación de las aportaciones recogidas en los mismos deberá conducir a la invalidez de la decisión final.

Respecto al deber de eficacia, el procedimiento debe también contribuir a que el servicio a los intereses generales sea efectivo y ágil.

En cuanto a la efectividad, ésta puede potenciarse mediante la previsión normativa de tests de eficacia de las decisiones a adoptar, en la línea del art. 67 de la Ley catalana 13/1989. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la participación ciudadana favorece la aceptación de las decisiones, a la vez que potencia la transparencia y, en definitiva, la eficacia del actuar administrativo.

El estudio formula al respecto una propuesta. En la toma de decisiones discrecionales con implicaciones urbanísticas y medioambientales sería deseable potenciar la aceptación y agilidad mediante el uso de la técnica de la mediación, en la línea de algunas experiencias foráneas. En nuestro ordenamiento ya contamos con la regulación jurídica precisa de los instrumentos necesarios para ponerla en marcha. La combinación de la figura del responsable del procedimiento y de la terminación convencional podría articular la mediación en áreas de complejidad y crispación social previsibles. El responsable del procedimiento sería el encargado de intentar lograr un consenso, voluntario e informal, utilizando a tal efecto los trámites participativos. Ese responsable actuaría como mediador, siendo deseable su separación del órgano resolutorio y necesaria su condición de funcionario (aunque cabría potenciar su imparcialidad, acudiendo, por ejemplo, a los *Ombudsmen* a tal fin). En caso de obtención de un acuerdo en torno a aspectos discrecionales, el órgano resolutorio debería comprobar que el procedimiento seguido fue limpio y justo y que el acuerdo alcanzado no vulnera el ordenamiento jurídico. Comprobados estos extremos, el acuerdo podría plasmarse en un convenio previo a la decisión, utilizando a tal efecto el mecanismo de la terminación convencional. Cumplidos los citados requisitos, parece recomendable que la resolución final se limitara a recoger el acuerdo alcanzado durante el desarrollo del procedimiento.

En cuanto a la agilidad, el deber de eficacia conecta con el principio procedimental de celeridad. La normativa sectorial debería establecer plazos razonables de resolución,

teniendo en cuenta el tipo de decisión. La no resolución en plazo puede conducir a una serie de reacciones conectadas a la ausencia de respeto de los plazos procedimentales. Sin embargo, todas estas reacciones no sirven para articular en positivo el deber de eficacia, salvo en el caso del silencio positivo, el cual debe ser de aplicación limitada. En consecuencia, debe insistirse en la responsabilidad normativa al fijar plazos, diseñar procedimientos o buscar fórmulas imaginativas, como la apuntada de la mediación.

Corresponderá al poder judicial comprobar que el desarrollo del procedimiento ha posibilitado el servicio eficaz del interés general. Si bien el principio de eficacia postula que los defectos procedimentales sin trascendencia no tengan consecuencias, debe tenerse presente que al mismo tiempo demanda la invalidez de aquellas decisiones cuya efectividad no ha sido ponderada.

Finalmente, el procedimiento administrativo debe hacer reales los criterios de eficiencia y economía de la actividad de la Administración. El procedimiento debe permitir conocer y ponderar el impacto económico al decidir entre alternativas. El procedimiento común debería incorporar una referencia específica en este sentido.

Es preciso ponderar la viabilidad económica de la decisión a adoptar. Asegurada ésta, deben analizarse las alternativas a la luz de sus consecuencias económicas, teniendo presente los apuntados criterios. Cuando existan varias alternativas con costes distintos y grados de cumplimiento diferentes, la realización de estudios coste-beneficio puede ser útil. Estos estudios, sin embargo, a pesar de su utilidad, presentan limitaciones intrínsecas y necesitan de valoraciones subjetivas, pese a su aparente precisión matemática. Este tipo de estudios no aportan un criterio de decisión definitivo, sino sólo un elemento a ponderar en la toma de la decisión.

La normativa de procedimiento sectorial deberá incorporar la necesidad de

evaluaciones económicas, por ejemplo del tipo de los análisis coste-beneficio, las cuales parecen especialmente indicadas en supuestos como proyectos de obra pública o elaboración de reglamentos. En el caso de ausencia de formalización procedimental, el instructor deberá decidir la realización de la actividad precisa para la consideración de los aspectos económicos de la decisión.

El control judicial deberá comprobar que durante la elaboración de la decisión los aspectos económicos fueron objeto de consideración. En los procedimientos formalizados la omisión de los trámites dirigidos al logro de esa evaluación económica deberá conducir a la invalidez de la decisión finalmente adoptada.

El cumplimiento de los deberes mencionados mediante el procedimiento, así como la posibilidad de su control, se ve potenciado por la adecuada motivación de la alternativa finalmente elegida. La motivación, entendida como exteriorización de las razones que sostienen la opción escogida, ha sido entendida tradicionalmente como un puro requisito de forma, desgajado de la existencia de auténticas razones, el cual sirve para facilitar el control judicial. La motivación ha sido vista como garantía defensiva del particular, aunque incluso esta perspectiva ha sido relativizada al conectarla con la posibilidad de recurrir.

El estudio propone una nueva perspectiva de la motivación que, sin olvidar la función garantista de la misma, aporta nuevos enfoques. Así, entendemos que la motivación de las decisiones discrecionales es un deber constitucional (arts. 1.1, 9.3, 24.1, 31.2, 103.1 y 106.1 CE), que posibilita la buena administración, la transparencia y la legitimidad social de las decisiones. Respecto a la primera, los principios de buena administración repetidamente citados imponen la motivación, por cuanto ésta es un instrumento de la buena administración, al obligar a la Administración a tener razones y un criterio ponderado de decisión, así como a examinar cuidadosamente el caso. En cuanto a las dos segundas, la motivación posibilita

el control social y ayuda a convencer a los ciudadanos del correcto uso de la discrecionalidad.

El deber constitucional citado ha tenido su reflejo en el art. 54.1 f) LRJPAC, aunque, a nuestro modo de entender de modo insuficiente. El estudio propone la extensión del deber de motivar contenido en la regulación del procedimiento común a planes y reglamentos. Respecto a los planes urbanísticos, la obligación de elaboración de la Memoria debería especificarse en la legislación estatal que contiene el procedimiento común. En cuanto a los reglamentos, debería exigirse igualmente una Memoria (en la línea, por ejemplo de la ley catalana 13/1989) y un resumen de la misma en la exposición de motivos. Ésta debería pasar a ser obligatoria, con valor justificativo además del meramente interpretativo. Se potenciarían así los principios de buena administración y transparencia, aumentándose la legitimación social de las normas reglamentarias.

La motivación de la decisión discrecional es un modo de influir y controlar el desarrollo de la función. El procedimiento está ligado a la motivación. Ambos actúan, a la vez, como contexto de descubrimiento y de justificación. La motivación debe ser conectada con el expediente, con el que debe guardar, como se dijo, una relación lógica. No es posible sostener que la motivación sea un puro elemento formal, pues existe una conexión entre ella y la causa de las decisiones discrecionales.

Lo sostenido conduce a que la motivación deba existir, ser adecuada y ser objeto, en su caso, de atento control judicial. Respecto a la adecuación, la motivación debe ser suficiente. Si bien estamos ante un concepto jurídico indeterminado, determinable en cada supuesto, siempre deberá explicitarse el criterio de la decisión discrecional, no bastando una rutinaria enumeración de hechos y fundamentos de derecho. Además la motivación debe ser congruente, es decir, debe guardar una coherencia lógica con el material acumulado en el



expediente y con la decisión final que explica. El expediente, como reflejo del procedimiento seguido, la motivación y la decisión forman un sistema que debe responder a las exigencias de la racionalidad.

Todos estos aspectos deberán ser comprobados en caso de control judicial, el cual deberá estudiar atentamente el expediente y la motivación, entendiéndolos como elementos interconectados. Si la motivación es defectuosa o no existe habrá un indicio de mala administración, de defectuoso uso de la discrecionalidad, que deberá confirmarse o desmentirse con el expediente. Aunque éste atesore una fundamentación suficiente, la ausencia de motivación o la motivación defectuosa deberá conducir, en principio, a la declaración de invalidez, aunque deberá tenerse en cuenta por el órgano judicial si consta el criterio de decisión y ha sido conocido o no por las partes durante el procedimiento seguido. No caben las motivaciones tardías durante el proceso contencioso, que deberán ser entendidas como falsas racionalizaciones *post hoc* construidas por la representación procesal de la Administración. Ello no obstante, en ocasiones podrá suceder que, existiendo motivación, las aportaciones procesales se limiten a aclararla, lo que podrá aceptarse siempre que no se introduzcan datos o factores no existentes ya en el expediente.

A la vista de lo expuesto, el trabajo pone de relieve las conexiones entre función administrativa, buena administración y procedimiento administrativo, afirmando la existencia de una reserva constitucional de procedimiento administrativo para el desarrollo de ciertas actividades administrativas. La conexión entre los arts. 103.1 y 105 CE revela que la función administrativa debe ser desarrollada mediante el procedimiento administrativo, como garantía de buena administración y de los derechos e intereses de los ciudadanos. La Constitución reserva el procedimiento administrativo como modo de desarrollo de parte de la actividad de giro o tráfico administrativo. Existirá reserva para el caso de ejercicio de potestades y

desarrollo de actividad de fomento. En éste último caso la reserva sólo existirá en cuanto al establecimiento de las medidas y su otorgamiento, no respecto a la entrega material una vez la decisión ha sido tomada, ni tampoco respecto a su control, siempre que éste no implique ejercicio de prerrogativas públicas.

Esta reserva constitucional de procedimiento para determinadas actividades incluidas en el giro o tráfico administrativo impone límites indirectos al ejercicio de la potestad organizativa. Desde esta perspectiva procedimental es posible afirmar la existencia de límites constitucionales referidos a la elección misma entre formas organizativas privadas o públicas, en función del tipo de actividad a desarrollar. Los procedimientos de actuación jurídica privados, propios de las formas privadas, no pueden ser utilizados para el desarrollo de potestades o para el desarrollo, en las facetas apuntadas, de la actividad de fomento. Ello impide la privatización material de estas actividades. También impone un límite a la huida del Derecho administrativo, porque el desarrollo de estas actividades exige el seguimiento de un procedimiento administrativo conducido por funcionarios públicos. En cuanto a la actividad de servicio público, ésta puede ser prestada por la Administración mediante fórmulas jurídico-privadas o bien ser cedida su gestión a privados. En este último caso, éstos utilizarán su estructura organizativa y sus procedimientos de decisión privados, excepto en aquellos casos en los que el ejercicio de *imperium* vaya asociado a la gestión del servicio, en cuyos supuestos (admisión al servicio, sanción, cesación en el disfrute de las prestaciones) deberá seguirse un procedimiento administrativo, siendo de aplicación la LRJPAC.

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

El capítulo final de la investigación se dedica a la definición de las responsabilidades que el legislador, la Administración y el poder judicial deben tener para conseguir el cumplimiento del deber de buena administración mediante el procedimiento administrativo.

En cuanto a la regulación del procedimiento administrativo, el estudio enfatiza la importancia de cuidar ésta como medio de potenciar la buena administración y el logro de los valores intrínsecos aportados por el procedimiento, teniendo en cuenta, en todo caso, los intereses específicos involucrados y que una sobrecarga irreflexiva de trámites sólo conduce a la mala administración.

El estudio afirma la conveniencia de que en los estados descentralizados como el nuestro exista una regulación procedimental común a todos los niveles de poder. Las razones que avalan esta afirmación son que un cierto grado de uniformidad - con el debido respeto al principio de autonomía autonómica y local - potencia la garantía de los ciudadanos, al promover la unidad, igualdad y seguridad jurídica, a la vez que avanza el logro de un estándar común de buena administración, exigido por la Constitución.

En nuestro ordenamiento, esta cierta uniformidad procedimental está prevista en el art. 149.1.18 CE, debiendo alcanzar a todo tipo de decisiones administrativas (actos, reglamentos y planes). El núcleo estatal procedimental común no sólo persigue una cierta homogeneidad en la protección de los particulares - perspectiva tradicionalmente afirmada - sino que, además, trata de asegurar un mínimo nivel común de buena administración, mediante la fijación de principios e instituciones aplicables a todos los niveles de poder, en

todos los sectores de actuación administrativa.

Partiendo de esta idea, el análisis efectuado pone de relieve que la actual LRJPAC es incompleta. En primer lugar no contempla el procedimiento de elaboración de reglamentos y planes administrativos. En segundo lugar, excluye, incomprensiblemente a nuestro modo de ver, una serie de actos (Disposiciones Adicionales 5ª y 8ª). Pero, a la vez, la LRJPAC es excesivamente detallista, puesto que se dedica a desarrollar el arquetipo de un procedimiento estándar, en vez de limitarse a fijar principios que traduzcan el marco constitucional referido a la actividad administrativa y las instituciones conectadas a esos principios. En este sentido, la legislación estatal común se muestra claramente insuficiente.

Respecto a los principios, en nuestra opinión la LRJPAC debería afirmar con claridad la necesidad de seguimiento de un procedimiento para el desarrollo de la actividad administrativa, la necesidad de realizar una suficiente fundamentación y ponderación de los intereses y hechos (en conexión con los principios de objetividad y oficialidad), el concepto amplio del principio de contradicción, entendido, más allá de la tradicional perspectiva defensiva, como una obligación de introducir y considerar intereses durante el desarrollo de la función, la exigencia de una relación lógica entre el expediente, la motivación y la decisión adoptada (en conexión al principio de congruencia), la necesidad de apertura de trámites dirigidos a la realización del deber de ponderación de otros intereses públicos (en conexión al principio de coordinación), la necesidad de que el servicio a los ciudadanos fuera efectivo y real (en relación al principio de eficacia), la obligación de evaluar los aspectos económicos de la decisión a adoptar (de acuerdo con los principios de eficiencia y economía) y los valores intrínsecos aportados por el procedimiento (como la potenciación de los principios democrático y de transparencia administrativa y del valor dignidad).

En cuanto a las instituciones conectadas a estos principios constitucionales y legales,

la LRJPAC debería contener una más cuidada regulación de la participación ciudadana, trascendiendo la referencia específica al trámite de información pública. Se debería realizar una regulación básica, referida a la necesidad de apertura de trámites participativos, las excepciones a esta regla, los plazos mínimos de anuncio y desarrollo y el deber de responder, en toda clase de trámite, a las alegaciones formuladas. No consideramos que la LRJPAC deba referirse a concretos trámites participativos, cuyo diseño, respetando los parámetros vistos, puede quedar en manos autonómicas o locales. Respecto, en segundo lugar, a la función consultiva, la normativa estatal común debería contener, como se dijo, los supuestos en que es preciso el dictamen (aclarando las dudas que puedan surgir respecto al nivel local), su alcance, sus efectos, los plazos para su emisión y las consecuencias de su vulneración, así como las asociadas a la falta de petición en los supuestos de preceptividad. En tercer lugar, el deber de motivación debería extenderse a planes y reglamentos, como se apuntó, y en el caso de estos últimos debería exigirse exposición de motivos con valor justificativo. Finalmente, la legislación procedimental común debería hacer referencia específica a los estudios sobre el impacto económico de la decisión, estableciendo su regulación básica.

En cualquier caso, la regulación estatal de estos principios e instituciones deberá respetar la autonomía de los entes autonómicos y locales. La concreta regulación debería tener en cuenta tanto los beneficios que pudiera provocar (potenciación de la buena administración, de la garantía de los ciudadanos, de los valores intrínsecos al procedimiento) como los costes asociados (retrasos, encarecimiento). La existencia de estudios empíricos sobre los efectos de trámites e instituciones en la vida cotidiana administrativa podría ser de gran ayuda para el logro de una acertada regulación común procedimental. Ésta, en cualquier caso, debe formalizarse en una norma con rango de ley, pues así lo impone tanto la reserva de ley del art. 105 CE como la doctrina del TC en relación a la normativa básica, aplicable

a la competencia sobre procedimiento común. Ello no obstante, el recurso al reglamento no queda vedado en los casos en que sea indispensable.

Junto a la competencia estatal aludida sobre la materia procedimental, tanto las Comunidades Autónomas como los entes locales también ostentan competencias sobre procedimiento administrativo. En el caso de las primeras, la normativa autonómica, que debe formalizarse también en norma con rango de ley, no puede contravenir el procedimiento administrativo común y, además, debe seguir los criterios de fondo orientativos de éste. Consideramos que la regulación de desarrollo autonómica puede, además de aumentar garantías, profundizar en los estándares de buena administración, teniendo en cuenta, sin embargo, las consecuencias negativas, temporales y económicas, que una sobrecarga procedimental puede provocar. De nuevo aquí, los estudios empíricos a que hacíamos referencia pueden evitar estos peligros.

En cuanto al desarrollo local del procedimiento común, el mismo, formalizado en ordenanza, debe ser posible, en función de sus especialidades organizativas, sin vulnerar ni la normativa estatal común ni el desarrollo, en su caso, autonómico. Aunque este desarrollo a nivel local puede ser un factor de innovación y potenciación de la participación ciudadana, de nuevo debe llamarse la atención sobre la necesidad de realizar regulaciones realistas, conscientes de los costes a que pueden dar lugar.

Al lado de esta perspectiva que podríamos llamar vertical, de reparto de competencias sobre el esqueleto de principios e instituciones procedimentales entre los tres niveles de poder, la investigación considera una perspectiva horizontal, es decir, el análisis de las competencias sectoriales sobre los diversos procedimientos administrativos. Esta competencia sobre procedimientos sectoriales está conectada a la competencia sectorial sustantiva, a la que sigue como su sombra.

El estudio se ocupa de una cuestión que siempre surge en los procedimientos sectoriales, con independencia de quien ostente la competencia. Se trata del tema de la formalización procedimental. En torno a ésta se consideran dos aspectos distintos. En primer lugar, si es necesaria o no tal formalización. En segundo lugar, una vez se ha decidido formalizar por obligación o por oportunidad, cuáles deben ser los concretos trámites que recoja esa formalización.

En cuanto a la necesidad o no de formalización procedimental, la investigación concluye que existirá tal obligación cuando nos encontremos ante una reserva de ley constitucional que cubra la materia sobre la que incide el procedimiento. En nuestra opinión, la reserva de ley del art. 105 CE no es una reserva genérica para todos los procedimientos sectoriales, pues sólo se refiere al esqueleto de principios e instituciones contenidos en la normativa de procedimiento común y su desarrollo autonómico. Para conocer la obligación de formalizar o no un procedimiento deberá estarse a las concretas reservas sustantivas constitucionales. Así, por ejemplo, deberá existir formalización por ley de los procedimientos que afecten al ejercicio de derechos fundamentales. En este ámbito, el procedimiento se alza bien como garantía bien como instrumento de efectividad del derecho fundamental. Éste último caso se dará en los supuestos en que el derecho esté supeditado a la realización de alguna actividad por la Administración.

Respecto al alcance de la reserva de ley, cuando un procedimiento sectorial esté sometido a ésta, no cabrá una regulación procedimental mediante reglamento independiente ni remisiones en blanco. Las concretas circunstancias del caso influirán sobre la posible amplitud de la remisión, aunque el valor flexibilidad puede aconsejar que la Administración, mejor conocedora del sector de actuación, diseñe los detalles procedimentales mediante reglamento. De igual modo, cuando exista competencia local, la ordenanza deberá tener

mayor campo de acción, dado el órgano del que proviene y su legitimación democrática. Sin embargo, si hay un derecho fundamental implicado, la ley deberá diseñar la estructura fundamental del procedimiento, quedando exclusivamente las cuestiones menores para el reglamento.

La investigación analiza diversas regulaciones sectoriales e intenta hacer operativos, con ejemplos concretos, las pautas mencionadas. Se destaca como idea general que en aquellos ámbitos en los que se abren espacios discrecionales, singularmente en el caso de afectación de un derecho fundamental, el diseño procedimental deberá ser especialmente cuidado. El estudio subraya, en este sentido, la labor de depuración que puede realizar el TC al controlar aquéllos diseños legales de procedimientos que no colmen las reservas de Leyes establecidas en la Constitución.

Cuando no exista reserva de ley que cubra la materia sobre la que incide el procedimiento administrativo, la formalización de éste no es obligada. Pero puede ser conveniente, bien sea por reglamento independiente bien sea mediante normas internas de la Administración. En principio, el valor flexibilidad aconseja no formalizar, puesto que la seguridad jurídica queda a salvo gracias al entramado de principios e instituciones contenido en la normativa común y de desarrollo. Sin embargo, en ciertos casos la formalización puede ser aconsejable por los intereses o valores en juego. El trabajo maneja diversos ejemplos en este sentido. En cualquier caso, la decisión de formalizar o no deberá ir precedida de una evaluación de los costes y beneficios derivados de tal operación.

Tras considerar estos extremos, el estudio se centra en el análisis del concreto contenido de la formalización. En primer lugar, algunos trámites pueden venir prefijados por el bloque normativo formado por la regulación estatal común y el desarrollo autonómico y local. Respecto al resto, será preciso, ante cada concreto supuesto, efectuar una ponderación



de los efectos positivos (protección de los particulares, promoción de la buena administración, aportación de valores intrínsecos por el trámite) y de los efectos negativos (entorpecimiento de la actividad administrativa, retrasos temporales, aumento de los costes económicos) que el diseño procedimental pueda provocar. En cualquier caso, debe tenerse presente que el logro de una buena administración puede exigir el rediseño de procedimientos sectoriales, dando cumplimiento así a lo dispuesto de forma explícita en el ámbito estatal por el art. 4.1 b) de la LOFAGE.

Existiendo formalización o no, la Administración es responsable, por su parte, de la ejecución de la regulación procedimental aplicable al caso. La Constitución se aplica directamente a la actividad administrativa, aunque debe ser el legislador - común y de desarrollo y sectorial - quien dé contornos definidos a los principios de buena administración a través de los principios e instituciones procedimentales y de los concretos trámites que las articulen. En caso de inexistencia de formalización, la Administración construirá el concreto procedimiento sirviéndose de los materiales jurídicos contenidos en la normativa común y de desarrollo procedimental. En cualquier caso, existiendo o no formalización del concreto procedimiento, la fase de instrucción es clave. Dentro de ésta, los denominados actos de trámite también tienen gran importancia en el correcto desarrollo de la función administrativa. El trabajo propone, de *lege ferenda*, la introducción de un nuevo supuesto legal de impugnación separada de actos de trámite, que cubra aquellos casos en que, sin producirse indefensión ni impedirse la continuación del procedimiento, estos actos influyen sobre el modo de desarrollo de la función, decidiendo directa o indirectamente el resultado del ejercicio de la discrecionalidad. Lo que permitiría atajar a tiempo supuestos de mala administración, antes de llegar a la decisión final.

Siendo tan importante la fase de instrucción es obvio que también lo debe ser la figura

del sujeto encargado de desarrollarla. El responsable-instructor del procedimiento debe conducir activamente la instrucción, garantizando los derechos e intereses de los ciudadanos y la buena administración. Respecto a esta última, el responsable-instructor debe hacer realidad los principios constitucionales de buena administración a través de los principios del procedimiento, ejecutando los trámites preceptivos o, en caso de ausencia de formalización procedimental, abriendo los oportunos, a fin de racionalizar, objetivar, coordinar y hacer efectivo, eficiente y económico el desarrollo de la función. El responsable-instructor construirá la fundamentación de la decisión y realizará una ponderación de los hechos e intereses que, en caso de gozar de competencia resolutoria, constituirá el propio ejercicio de la discrecionalidad.

A la vista de la importancia de la figura del responsable-instructor, la investigación plantea diversas reflexiones en relación a aspectos organizativos. Así, en primer lugar, se destaca la relevancia que para el logro de la buena administración puede tener que los responsables-instructores sean funcionarios públicos con la capacidad y preparación adecuadas. En segundo lugar, se pone de relieve la utilidad que puede tener separar las funciones de instrucción y resolución, encomendándolas a sujetos u órganos separados. Tal diferenciación puede servir para incrementar las garantías de los particulares, pero, además, para potenciar la imparcialidad del responsable-instructor y su especialización. El estudio analiza algunas recientes experiencias en tal sentido, como las Oficinas de Gestión Ambiental Unificada, creadas recientemente por la legislación catalana.

Finalmente, la investigación se ocupa del papel judicial en el logro del cumplimiento efectivo por la Administración de su deber de buena administración. El estudio, sin menospreciar la importancia del control judicial, pone de relieve que el control desarrollado por órganos como el Defensor del Pueblo o el Consejo de Estado (y sus equivalentes

autonómicos) es del mayor interés. Estos controles pueden ayudar a prevenir la mala administración a través de dos vías complementarias. En primer lugar, mediante el desarrollo de la supervisión de la Administración o de la función consultiva en los concretos procedimientos administrativos. En segundo lugar, mediante una labor de mejora del sistema, desde una perspectiva general, por cuanto tanto los *Ombudsmen* como los órganos consultivos pueden analizar el conjunto de procedimientos sectoriales - al contar con la experiencia práctica del desarrollo cotidiano de la actividad administrativa - detectando disfunciones y proponiendo reformas normativas a través de sus Informes o Memorias anuales.

Respecto al control judicial del cumplimiento del procedimiento, el estudio pone de relieve como la doctrina de los vicios de orden público es contraproducente, al anteponer el análisis del procedimiento al del fondo, lo que provoca que la detección de un vicio procedimental excluya el estudio del fondo de la cuestión. El análisis preferente y excluyente que propugna esta doctrina entendemos que es contraria al art. 24.1 CE y al principio de economía procesal, careciendo hoy en día de fundamento jurídico que pueda sustentarla.

Curiosamente, al lado de esta doctrina perniciosa del análisis preferente y excluyente de los vicios de procedimiento, puede hallarse en nuestra jurisprudencia una acusada tendencia a la relativización de la trascendencia de éstos. Esta relativización se lleva a cabo por distintas vías (encuadre de los vicios en el art. 63.2 LRJPAC en el caso de los actos, aplicación de la gradación de invalidez propia de éstos a los reglamentos, negativa a controlar los vicios procedimentales de éstos a través del recurso indirecto, tendencia a considerar los vicios como irregularidades no invalidantes), como reacción a las disfunciones provocadas por la doctrina de los vicios de orden público, ya señaladas. Los vicios procedimentales se consideran vicios "de forma", sólo importantes si causan indefensión y, aún así, subsanables en vía judicial, de acuerdo con los principios de antiformalismo, conservación de actos

administrativos o economía procesal.

El trabajo reacciona contra esta visión, anclada en un enfoque de la actividad administrativa desde la perspectiva del acto final y no del desarrollo de la función, así como en una visión puramente garantista del procedimiento, considerado como algo instrumental, accesorio respecto al acto definitivo. Mediante una crítica de los principios manejados para relativizar la trascendencia de los vicios formales - sin negar su importancia, aunque, eso sí, apreciándola en su justa medida -, la investigación pone de relieve que la jurisprudencia mayoritaria en nuestro país está relativizando excesivamente la trascendencia de los defectos en el desarrollo de la función administrativa.

Frente a esta situación constatada, el estudio apuesta por la necesidad de una razonable revitalización de la trascendencia de los vicios procedimentales. El control judicial puede contribuir, de forma indirecta y negativa, a que la Administración desarrolle una buena administración. Para ello, los tribunales deben, en primer lugar, controlar que se han realizado los trámites preceptivos según la normativa sectorial aplicable o, en caso de ausencia de formalización, aquéllos imprescindibles de acuerdo con la normativa común y el desarrollo autonómico y local.

En segundo lugar, trascendiendo del puro cumplimiento mecánico de los trámites, los tribunales deben analizar el proceso de razonamiento llevado a cabo, comprobando que la Administración ha efectuado un auténtico análisis de las circunstancias del caso, fundamentando suficientemente la decisión y ponderando los hechos e intereses envueltos.

A tal fin, el escrutinio detallado del expediente y de la motivación - y de su conexión lógica - devienen imprescindibles.

En tercer lugar, detectada una irregularidad mediante este análisis, el tribunal deberá ponderar su trascendencia. Deberá considerarse cuál es la finalidad del trámite omitido o

defectuosamente cumplido. Si es posible, el principio de conservación de los actos administrativos impondrá la subsanación judicial. Sin embargo, ello no cabrá cuando el trámite oriente e influya en el ejercicio de la discrecionalidad. En este segundo supuesto, el tribunal deberá realizar una nueva ponderación. Deberá considerarse ahora la gravedad del defecto procedimental y la probabilidad de su influencia en el fondo de la decisión adoptada.

Si las características del vicio procedimental deben conducir a la invalidez de la decisión final, deberá entonces decidirse qué tipo será el adecuado al caso. Tradicionalmente, los vicios de procedimiento han sido considerados "de forma", subsumiéndose con frecuencia en el art. 48.2 LPA, ahora 63.2 LRJPAC. Ello es lógico, desde la perspectiva, aquí discutida, del procedimiento como mero elemento formal del acto final. La investigación propone un cambio de perspectiva. Dado que el procedimiento es una institución conectada a la Constitución y a la causa de las decisiones administrativas, la sanción de los vicios procedimentales relevantes debe ser la nulidad ( art. 62.1 e) LRJPAC) o anulabilidad (art. 63.1 LRJPAC), en el caso de los actos, y la nulidad para el de los reglamentos y planes (art. 62.2 LRJPAC). Es preciso, entonces, distinguir entre estos vicios procedimentales y los vicios de forma, los cuáles deben ser subsumidos en el art. 63.2 LRJPAC. Los vicios de forma no se refieren a los defectos en el desarrollo de la función administrativa sino, simplemente, a los problemas asociados al aspecto externo de las decisiones administrativas.

Aunque el estudio apuesta decididamente por una revitalización del control judicial de los vicios procedimentales en nuestro país, también advierte contra los excesos que un movimiento pendular en tal sentido podría ocasionar. Si bien el control judicial no puede ser laxo, como lo es ahora en España, tampoco puede ser excesivamente asfixiante. Un control judicial desproporcionado del procedimiento administrativo puede conllevar el entorpecimiento y retraso en el desarrollo de las funciones administrativas, así como su

excesivo e injustificado encarecimiento, con el consiguiente perjuicio para los intereses generales.

Aunque en España estamos hoy en día muy lejos de estos problemas - puesto que, como pone de relieve el estudio, marchamos en la dirección opuesta - deben tenerse en cuenta de cara al futuro, si, como es de esperar, la jurisprudencia corrige su desidia. En este sentido, el ejemplo norteamericano es altamente instructivo, pues nos muestra a donde no deberíamos llegar en ningún caso. En Estados Unidos, como destacan numerosos autores de aquel país, el control judicial intenso sobre el modo de desarrollo de la actividad administrativa (*hard look*) ha conducido a la creación de diversos problemas en el sistema administrativo (*ossification*), tales como retrasos, paralizaciones de políticas públicas, encarecimiento desorbitado de la acción administrativa o activismo judicial. La larga experiencia norteamericana, casi treinta años, en el control incisivo del procedimiento administrativo debe servirnos como llamada de atención para evitar problemas semejantes en un futuro cercano en España.

Por ello la investigación insiste en la necesidad de conseguir una distribución razonable de responsabilidad institucional en relación al procedimiento administrativo, en la que su diseño, el cumplimiento de la normativa y su control (judicial y de *Ombudsmen* y órganos consultivos) contribuyan a mantener el necesario y delicado equilibrio para el logro final de una buena administración.

## 2. RESUMEN DE LAS CONCLUSIONES EXPUESTAS.

1) Dos enfoques del procedimiento administrativo han predominado históricamente: el procedimiento como actuar interno de la Administración y como instrumento de defensa de los particulares frente a la acción administrativa. El entendimiento del procedimiento como institución jurídica que coadyuva al acierto de las decisiones discrecionales, aunque también presente, no ha tenido hasta el momento tanto peso. Las razones que pueden explicar este fenómeno se basan en la consideración del procedimiento como un simple elemento formal del acto administrativo, centrándose la atención doctrinal y jurisprudencial en el control judicial de éste. Es preciso variar la visión tradicional. El procedimiento debe ser considerado como una institución jurídica con relevancia constitucional, independiente conceptualmente de las nociones de acto administrativo y proceso judicial. El procedimiento es el modo de desarrollo de la función administrativa y puede contribuir a mejorar la calidad de las decisiones discrecionales.

2) El cambio de estructura normativa en la programación de la actividad administrativa está conduciendo a la progresiva ampliación de espacios discrecionales, en los que el criterio de elección entre alternativas para el logro del servicio al interés general se sustenta en consideraciones de signo metajurídico. El Derecho no debe interesarse sólo, como ha sido tradicional, en los límites jurídicos que enmarcan el núcleo de esa discrecionalidad, sino que debe tener también influencia en el interior del mismo. Las diversas soluciones posibles en el desarrollo de la discrecionalidad no son indiferentes para el Derecho, que, a través del procedimiento administrativo, puede y debe guiar la elección, aumentando la calidad de las decisiones finales y, desde una perspectiva general, la legitimación social de la Administración.

3) En diversos ordenamientos europeos, así como en Derecho comunitario, existe una obligación de la Administración de adoptar las mejores soluciones posibles para el servicio a los intereses generales cuando se ejerce la discrecionalidad. En España, la Constitución establece un deber jurídico de buena administración, consistente en una obligación de situarse en la mejor de las situaciones posibles antes de adoptar una decisión discrecional, conociendo y ponderando todos los factores relevantes.

4) Este deber de buena administración, referido al modo de desarrollo de la función administrativa, se establece en la Constitución a través de diversos principios-guía, configurados como obligaciones de medios, que constituyen auténticos deberes jurídicos de actuación administrativa. La Administración debe actuar de forma racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica en el servicio a los intereses generales. El procedimiento administrativo debe ser un instrumento de implementación de estas obligaciones, a fin de lograr el cumplimiento del mencionado deber de buena administración.

5) La Administración debe actuar de manera limitadamente racional. Esta racionalidad material puede potenciarse a través del seguimiento de adecuados procedimientos, compensándose así las insuficiencias de la racionalidad formal y los límites funcionales intrínsecos al control judicial de la discrecionalidad. Esta racionalidad exige una conexión lógica expediente-motivación-decisión.

6) El deber de comportamiento objetivo de la Administración, concepto distinto a los de neutralidad e imparcialidad, exige que se investiguen, estudien y ponderen los hechos, intereses y elementos de juicio aportados antes de la toma de una decisión discrecional. En el desarrollo de la discrecionalidad deben analizarse las circunstancias del caso concreto, evitando decisiones basadas en rígidas instrucciones gubernamentales o criterios generales fijados *a priori* por la propia Administración, así como en la irreflexiva aplicación del



precedente.

7) El procedimiento administrativo, cuyos principios de oficialidad, contradicción y transparencia hunden sus raíces en la objetividad, debe conducir al cumplimiento de la obligación de comportamiento objetivo. La fase de instrucción debe permitir la reunión y comprobación de datos (hechos, intereses) y el manejo de elementos de juicio (alegaciones derivadas de los trámites participativos, dictámenes provenientes de órganos consultivos), los cuales han de orientar en positivo la ponderación a realizar, favoreciendo el acierto y potenciando la legitimidad democrática y social de la Administración, así como la dignidad de las personas. En cualquier caso, esos datos y elementos de juicio han de ser ponderados de forma efectiva, lo que debe demostrarse mediante la respuesta razonada de las alegaciones y la motivación adecuada de la decisión final.

8) El expediente administrativo debe demostrar que en el desarrollo de la función administrativa se ha implementado el deber de objetividad. La ausencia de expediente o sus graves defectos deben provocar, a parte de la invalidez de la decisión final, la aplicación durante el proceso contencioso de medidas cautelares. La ausencia de comportamiento objetivo hace decaer los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad. La decisión administrativa debe presumirse ilegal y su eficacia debe cesar, aplicándose a tal efecto las oportunas medidas cautelares.

9) La Administración debe actuar coordinadamente, lo que exige que se tomen en consideración por el órgano decisor los intereses públicos envueltos, sean de otros órganos de la misma Administración o de otras Administraciones. El procedimiento administrativo debe garantizar el cumplimiento de este deber, que impone el diseño de procedimientos que incorporen técnicas coordinadoras cuando en la decisión se vayan a afectar presumiblemente otros intereses públicos. El órgano decisor debe realizar una ponderación efectiva de los elementos introducidos en el procedimiento mediante esos trámites, respondiendo razonadamente a las alegaciones efectuadas.

10) El deber de comportamiento eficaz de la Administración implica la necesidad de tomar en consideración el grado de efectividad de las alternativas manejadas, así como de incorporar el factor temporal entre las consideraciones referidas al modo de desarrollo de la función. El procedimiento debe contribuir a que éste sea efectivo y ágil. El diseño procedimental debe prever plazos razonables de resolución. Asimismo, en el caso de ciertas decisiones discrecionales en sectores de especial complejidad, se puede incrementar la aceptación, celeridad y efectividad de las decisiones mediante el uso de la mediación. Ésta se puede articular mediante la utilización combinada de la figura del responsable del procedimiento (distinto al órgano resolutorio, pudiéndose acudir, en ocasiones a la figura de los *Ombudsmen*) y de la terminación convencional. A tal efecto, pueden formalizarse procedimientos específicos o, más sencillamente, puede procederse a su uso, aún sin existir esa formalización, al amparo de los arts. 41 y 88 LRJPAC.

11) Los deberes de actuación eficiente y económica introducen el factor económico en el desarrollo de la actividad administrativa. Mediante el procedimiento, la Administración debe ponderar la viabilidad económica de las alternativas manejadas, comparándolas a la luz de sus consecuencias económicas. La normativa puede contribuir a esta ponderación estableciendo el uso preceptivo de análisis coste-beneficio, que parecen especialmente indicados en supuestos como proyectos de obra pública o elaboración de reglamentos. Sin embargo, esta perspectiva económica, siendo útil y necesaria, sólo es un criterio más a ponderar en la elección de alternativas, el cual debe compaginarse con otros valores de rango constitucional. Por otro lado, los análisis coste-beneficio, pese a su utilidad, presentan limitaciones intrínsecas y precisan de valoraciones subjetivas, a pesar de su aparente precisión matemática.

12) La perspectiva tradicional de relativización de la trascendencia de la motivación - en la que ésta es considerada un requisito de forma, desligado de la existencia de auténticas razones, que sirve únicamente para la defensa del ciudadano y la facilitación del control judicial, pudiendo ser subsanada su ausencia mediante el recurso de la decisión definitiva - debe variar. Junto a esa función garantista, la motivación es también un instrumento de potenciación de la buena administración, así como de la transparencia y legitimidad social de la Administración. El deber de motivar tiene rango constitucional y debería extenderse a planes y reglamentos. La motivación no es un simple elemento formal, sino que está conectada a la causa de la decisión, formando un sistema con ésta y el expediente, elementos con los que debe ser congruente, mostrando el criterio metajurídico empleado en la elección de la alternativa escogida.

13) El deber de buena administración se extiende a la actividad de giro o tráfico administrativo (desarrollo de potestades, actividad de fomento, actividad de servicio público), tanto cuando ésta es desarrollada por la Administración (incluso con formas organizativas jurídico-privadas) como cuando lo es por un privado. En el caso de ejercicio de potestades administrativas y actividad de fomento (en este caso respecto al establecimiento y otorgamiento de las medidas de fomento) existe una reserva constitucional de procedimiento administrativo.

14) La reserva constitucional de procedimiento administrativo para determinadas actividades comprendidas en el giro o tráfico administrativo impone, indirectamente, límites al ejercicio de la potestad organizatoria. Desde la perspectiva procedimental, es posible afirmar la existencia de límites constitucionales referidos a la elección misma entre formas organizativas jurídico-privadas o jurídico-públicas, en función del tipo de actividad a desarrollar. Los procedimientos de actuación jurídico-privados, propios del primer tipo de fórmulas organizativas, no pueden utilizarse para el desarrollo de potestades o de actividad de fomento. Esto significa que estas actividades no pueden ser privatizadas materialmente. Tampoco cabe la privatización organizativa. La razón es que es preciso su ejercicio por funcionarios (como garantía de la imparcialidad) a través de un procedimiento administrativo (como garantía de los privados y del logro de la buena administración), lo que demanda fórmulas organizativas jurídico-públicas.

La actividad de servicio público puede ser prestada por la propia Administración con formas organizativas jurídico-privadas o jurídico-públicas, o bien puede cederse su gestión a un privado. En cualquier caso, cuando asociada a la gestión del servicio vaya el ejercicio de potestades (admisión al mismo, cese en su disfrute, sanciones), éste deberá desarrollarse a través de un procedimiento administrativo.

15) La responsabilidad en el logro del cumplimiento del deber de buena administración no atañe sólo a la Administración, sino que también el legislador, el TC y el control judicial, en diversa manera, deben implicarse en la tarea.

16) En cuanto al diseño normativo de procedimientos, la existencia de una regulación estatal común permite lograr un cierto grado de uniformidad, tanto respecto a las garantías de los privados como respecto al estándar de buena administración, lo que potencia la igualdad y la seguridad jurídica. Respecto a la buena administración, la regulación común estatal debe asegurar un mínimo común denominador, aplicable a todo tipo de decisiones administrativas, en todos los niveles de poder y en todos los sectores de actuación administrativa. Esta regulación debe formalizarse en norma con rango de ley.

17) El procedimiento administrativo común debe contemplar principios que traduzcan las directivas constitucionales de comportamiento administrativo y articular instituciones que, en conexión a esos principios, potencien la buena administración. Así, respecto a los principios, deberían mencionarse el necesario seguimiento de procedimiento, el principio de oficialidad (especificando el deber de efectuar una suficiente fundamentación y una ponderación del material reunido), el de contradicción (instando a la introducción y toma en consideración de intereses, más allá de la pura perspectiva defensiva), el de congruencia (especificando la necesidad de conexión lógica en la cadena expediente-motivación-decisión), el de necesidad de abrir trámites para cumplir el deber de ponderación derivado del principio de coordinación, el de afirmación de la necesidad de que el servicio a los intereses de los ciudadanos sea efectivo y real o el de necesidad de evaluar los aspectos económicos de las decisiones (con referencia al uso de estudios de impacto económico, como los análisis coste-beneficio), así como la enunciación de los valores intrínsecos al procedimiento (transparencia, democracia, dignidad personal).

18) En cuanto a las instituciones, la regulación del procedimiento administrativo común debe aludir a la participación ciudadana, a la función consultiva y a la motivación. Respecto a la participación, se debe afirmar su condición de derecho constitucional no fundamental y la obligación de las normas sectoriales de abrir canales participativos en la elaboración de decisiones discrecionales que afecten a intereses indeterminados - salvo justificación de especial solidez -, estableciendo un período mínimo de anuncio y realización de los trámites, declarando el deber de responder razonadamente y de tener en cuenta las alegaciones presentadas mediante cualquier tipo de trámite participativo. En cuanto a la función consultiva, deberían incluirse dentro del procedimiento común los supuestos en que es preciso el dictamen de un órgano consultivo (con especificación de su extensión al nivel local), su alcance, los efectos del mismo y la trascendencia de su omisión o de su no emisión. Por lo que se refiere a la motivación, su obligatoriedad debería extenderse a planes y reglamentos, potenciándose en este último caso el valor y significado de las Exposiciones de Motivos.

19) La actual regulación del procedimiento común contenida en la Ley 30/1992 es criticable desde dos perspectivas. Por un lado, es incompleta, pues no abarca al procedimiento de elaboración de reglamentos y planes administrativos y excluye, de forma inconstitucional, una serie de actos de su ámbito de aplicación. Por otro lado, es excesivamente detallista, pues en lugar de regular principios e instituciones procedimentales sigue la pauta de un procedimiento-tipo. De *lege ferenda* sería deseable la superación de ambos órdenes de problemas, de conformidad con las ideas ya apuntadas.

20) El procedimiento administrativo común no debe incluir regulaciones de trámites específicos, que deberían quedar en manos del desarrollo autonómico (el cual debe formalizarse por norma con rango de ley) y local. En cualquier caso, tanto el procedimiento común como ese desarrollo, al fijar principios e instituciones, deberían ponderar los beneficios (protección de los privados, potenciación de la buena administración, promoción de los valores intrínsecos aportados por el procedimiento) y los costes (retrasos, encarecimiento), sobre la base de estudios empíricos.

21) Respecto a los procedimientos sectoriales, el nivel de poder competente debe respetar los principios e instituciones fijados por el binomio procedimiento común + desarrollo. Cuando exista reserva de ley en una materia determinada, el procedimiento deberá formalizarse por ley. Este es el caso de las actuaciones administrativas que afectan a derechos fundamentales, supuesto en el que el procedimiento legal puede actuar como garantía y/o factor de efectividad del derecho. En los supuesto de reserva legal es posible remitir la regulación del procedimiento al reglamento, aunque no cabrán ni los reglamentos independientes ni las remisiones en blanco. Cuando estén implicados derechos fundamentales, la ley deberá regular la estructura fundamental del procedimiento, pudiendo remitir al reglamento sólo cuestiones de detalle. En cualquier caso, el TC puede realizar una tarea depurativa de gran utilidad, al controlar aquellos diseños legales de procedimientos que no colmen las reservas de Leyes existentes en nuestra Constitución.

22) Cuando no exista reserva de ley, la formalización del procedimiento no es obligada. Si bien el valor flexibilidad, asociado al principio de efectividad, desaconseja la formalización (puesto que ya existe el esqueleto de principios e instituciones ofrecido por el procedimiento común más el desarrollo autonómico y local), en ciertos supuestos ésta puede ser recomendable (mediante reglamentos independientes o normas internas), por los valores o intereses en juego. En cualquier caso, la decisión de formalizar deberá tomarse previa consideración de los costes y beneficios derivados. Siendo obligada o no, la formalización deberá incluir los trámites prefijados por el procedimiento común más el desarrollo autonómico o local y aquéllos otros que, tras una consideración de sus ventajas y desventajas, se consideren precisos para el logro de la protección de los privados y de la buena administración. Cuando no exista formalización, la Administración deberá orientar su comportamiento de conformidad con el esqueleto de principios e instituciones formado por el procedimiento estatal común más el desarrollo autonómico y local. En tal caso, deberán elegirse los trámites convenientes, aunque siempre habrá de existir fundamentación y ponderación de las circunstancias antes de la decisión.



23) Existiendo o no formalización procedimental, la fase de instrucción y la labor del responsable-instructor devienen fundamentales para el logro de la buena administración. Respecto a los actos trámite, debería incorporarse un nuevo supuesto legal de impugnación independiente de éstos, en el caso de que influyeran en el desarrollo de la función, decidiendo sobre el fondo, aunque no se causara indefensión ni se impidiera continuar el procedimiento. En cuanto al responsable-instructor, éste debe conducir activamente la instrucción, haciendo realidad el deber de buena administración. El responsable-instructor debe construir una adecuada y suficiente fundamentación de la decisión y realizar la ponderación de los hechos e intereses, la cual, cuando este sujeto tenga competencia resolutoria, dará lugar a la elección de la alternativa final.

Ante la importancia de esta labor, debe extremarse el cuidado en la elección de personas con la capacidad y la preparación adecuadas para desempeñar la función de responsable-instructor. Asimismo, en ocasiones será conveniente separar las funciones de instrucción y resolución, encomendándolas a sujetos o incluso órganos distintos, a fin de potenciar las garantías de los particulares y la buena administración, en este último caso al promover la imparcialidad y la especialización de los responsables-instructores de procedimientos administrativos.

24) El control judicial no puede imponer directamente las directivas de buena administración, decidiendo la solución más adecuada o mejor en caso de existencia de discrecionalidad administrativa, dadas sus limitaciones funcionales, impuestas por la Constitución. Sin embargo, aunque no puede sustituir el criterio metajurídico, el control judicial sí puede, en cambio, ayudar, de forma indirecta y en negativo, a que la Administración desarrolle su actividad conforme al deber de buena administración. Este objetivo debe lograrse por dos vías. En primer lugar, desterrando el injustificado análisis preferente y excluyente de los vicios de procedimiento propugnado por la caduca doctrina de los vicios de orden público. En segundo lugar, abandonando la injustificada relativización de los vicios de procedimiento que existe hoy en día en la jurisprudencia. Para ello, debe variarse la tradicional perspectiva de los vicios procedimentales como vicios de forma. Ambos son conceptos distintos. Los primeros están asociados a la causa de la decisión y conectados al modo de desarrollo de la función administrativa, mientras que los vicios de forma afectan, únicamente, a la exteriorización de la decisión.

25) El control judicial de los vicios de procedimiento debe incluir no sólo la omisión de trámites preceptivos, sino, además, debe extenderse al modo como se han efectuado esos trámites, comprobando que el razonamiento administrativo haya incluido un auténtico análisis de las circunstancias del caso. Para ello, el escrutinio del expediente y de la motivación (así como de su conexión lógica y de su congruencia con la decisión adoptada) es fundamental.

Si ese escrutinio detecta una irregularidad, el juez deberá ponderar su trascendencia, a la luz de la finalidad del concreto trámite, del tipo de defecto y de la posibilidad de su subsanación en sede judicial, de conformidad con el principio de conservación de las decisiones administrativas. Si tal subsanación no es posible, porque la irregularidad afecta a la orientación de la discrecionalidad, el control judicial deberá realizar una segunda ponderación, calibrando la gravedad del vicio y su posible incidencia sobre el núcleo de la discrecionalidad. En caso de constatar ésta incidencia, procederá la declaración de invalidez de la decisión discrecional (nulidad, en el caso de los reglamentos y de los planes urbanísticos, o anulabilidad, dependiendo de la seriedad del vicio, en el caso de los actos administrativos), puesto que la Administración no habrá hecho el obligado esfuerzo de colocarse en la mejor situación posible antes de la toma de la decisión, en garantía de su acierto.

26) El control judicial del procedimiento administrativo, sin embargo, no puede lograr, por sí solo, la buena administración. Un exceso de presión judicial, por el contrario, puede conducir a la malaadministración, como la experiencia norteamericana con la doctrina judicial del *hard look* parece demostrar. En este sentido, es imprescindible la articulación de mecanismos internos de control administrativo. El Defensor del Pueblo y el Consejo de Estado, así como sus homólogos autonómicos, pueden desarrollar una positiva labor en esa dirección, contribuyendo, además, a la mejora de los procedimientos de actuación administrativa.