



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

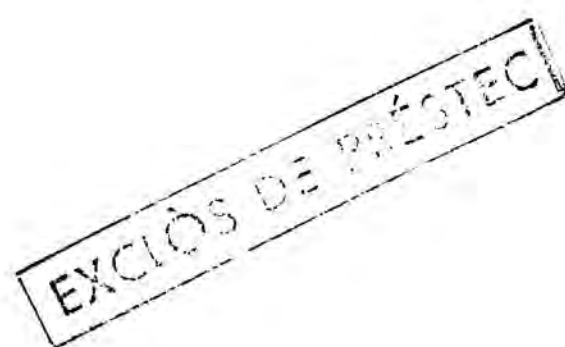
DIRECTOR DE LA TESI: Dr. TOMÀS FONT i LLOVET

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

## INDICE



ABREVIATURAS .....	10
I. INTRODUCCION .....	14
II. ANALISIS HISTORICO DEL SENTIDO Y FUNCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO .....	25
1.El procedimiento administrativo como actuar interno de la Administración. ....	32
2.El procedimiento administrativo como defensa de los interesados frente a la actuación administrativa. Su equiparación con el proceso judicial. ....	35
3.El procedimiento como institución jurídica que coadyuva al acierto de las decisiones discrecionales. ....	56
III. DISCRECIONALIDAD, VALORACIONES METAJURIDICAS Y DERECHO. ....	66
1. Discrecionalidad, elección valorativa e intereses generales. ....	66
2. Cambio de estructura normativa, intereses generales y discrecionalidad. ....	88
3.Discrecionalidad, criterios extrajurídicos de elección y pluralidad de soluciones justas. La falsa indiferencia del Derecho respecto del núcleo metajurídico de las decisiones discrecionales. ....	104

IV. DISCRECIONALIDAD Y BUENA ADMINISTRACION. LAS DIRECTRICES CONSTITUCIONALES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA. . . . .	116
1.El deber de buena administración y el ejercicio de potestades discrecionales. Análisis de diversos ordenamientos jurídicos europeos y del Derecho Comunitario. La situación en Derecho español. . . . .	116
2.Constitución y buena administración . . . . .	162
1.La administración debe actuar racionalmente. Racionalidad formal y material. Racionalidad absoluta y limitada. . . . .	166
2.La administración debe actuar de forma objetiva,coordinada, eficaz, eficiente y económica. . . . .	184
a)El deber de desarrollo de la actividad administrativa de forma objetiva. . . . .	188
a.1)La distinción entre neutralidad, principio de imparcialidad, en sus vertientes intitucional y personal, y principio de objetividad. . . . .	189
a.2) Objetividad y deber de análisis del caso concreto en el ejercicio de la discrecionalidad: análisis de diversos sistemas jurídicos comparados. . . . .	212
a.3)El principio constitucional de objetividad como directiva de comportamiento administrativo. . . . .	222
a.4)Objetividad y orientación política de la actividad administrativa por el Gobierno. Objetividad y criterios generales administrativos. . . . .	231
a.5)Objetividad y precedente. . . . .	239
a.6)El principio de objetividad como guía en positivo de la actividad administrativa. Su distinción del principio de proporcionalidad. . . . .	244
b)El deber de actuación administrativa coordinada. La obligada ponderación de los diversos intereses públicos. . . . .	247



c)El deber de comportamiento eficaz. . . . .	262
c.1)Eficacia y ponderación de alternativas. . . . .	274
c.2)La eficacia y el tiempo en la actividad administrativa. . . . .	279
d)El deber de comportamiento eficiente y económico.Los límites del análisis económico del Derecho y de los criterios de eficiencia y economía. . . . .	290
 3.Actividad administrativa, buena administración y legitimación de la moderna Administración Pública. . . . .	 307
 4.Control judicial y buena administración. Los límites constitucionales de la función judicial. La imposibilidad de garantizar la buena administración a través del control judicial de la discrecionalidad administrativa. . . . .	 329
1. La evolución histórica hacia la total <i>extensión</i> del control judicial sobre las decisiones administrativas. . . . .	329
2. El límite constitucional a la <i>intensidad</i> del control judicial del núcleo metajurídico de la discrecionalidad. Distinción constitucional entre función judicial (arts. 24.1, 106, 117 CE) y función administrativa (art. 103.1 CE). . . . .	334
3. Los principios generales del derecho como instrumentos jurídicos de control judicial que delimitan negativamente la entraña de la decisión discrecional; el ejemplo de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad. . . . .	358
4. Deber de buena administración, discrecionalidad y crisis estructural del proceso contencioso administrativo: imposibilidad judicial de garantizar decisiones oportunas. El procedimiento administrativo como alternativa y el control judicial de éste como medio de control indirecto de la entraña de la discrecionalidad (remisión). . . . .	379

V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y BUENA ADMINISTRACION. . . . .	386
1. Las directrices constitucionales de la actividad administrativa y el procedimiento administrativo. . . . .	386
1. Procedimiento administrativo y racionalización de las decisiones administrativas. Consecuencias jurídicas de la ausencia de procedimiento. . . . .	389
2. Procedimiento administrativo y principio de objetividad. Los principios de oficialidad, contradicción y transparencia. La importancia de la fase de instrucción. . . . .	416
a) Cumplimiento efectivo del procedimiento y orientación positiva de la discrecionalidad: participación ciudadana y función consultiva. . . . .	443
a.1) Derecho de participación, valores procedimentales, buena administración y deber de respuesta de las alegaciones presentadas. . . . .	443
a.2) Función consultiva. . . . .	501
a.2.1) Función consultiva, discrecionalidad y buena administración. . . . .	501
a.2.2) Función consultiva y procedimiento administrativo común. . . . .	526
b) La necesaria fundamentación de la decisión: actos de instrucción y expediente. Los límites del deber de fundamentación en los supuestos de incertidumbre y riesgo derivados de la necesaria valoración de hipótesis científicas. Objetividad y necesaria ponderación del material reunido. . . . .	535
c) Consecuencias jurídicas de la ausencia de fundamentación o de su deficiencia: vulneración del principio de objetividad e invalidez de la decisión. La presunción de legalidad y la carga de la prueba. Abuso de autotutela administrativa y posibilidad de adopción de medidas cautelares por el juez contencioso ante la existencia de un expediente gravemente defectuoso. . . . .	567
d) Racionalidad y relación lógica entre la fundamentación y la decisión final. . . . .	617

3. Procedimiento administrativo y coordinación. Técnicas procedimentales de coordinación y deber de ponderación de los intereses públicos implicados, como orientación positiva referida al diseño normativo de procedimientos y al modo de desarrollo de la discrecionalidad. . . . .	624
4. Procedimiento administrativo y eficacia. La efectividad y la prontitud en la resolución como finalidades del procedimiento. La potenciación de la aceptación y de la celeridad mediante la figura del responsable del procedimiento y el uso de fórmulas consensuales. Consecuencias jurídicas de la vulneración de estos deberes. . . . .	690
5. Procedimiento administrativo, eficiencia y economía. Viabilidad económica, menor costo posible y análisis coste-beneficio en la toma de decisiones administrativas. . . . .	738
2. Motivación y buena administración. Las conexiones entre procedimiento administrativo, entendido como fundamentación, y motivación, entendida como elemento unido a la causa y, por tanto, al fondo de la decisión discrecional. . . . .	770
3. Procedimiento administrativo, función administrativa y buena administración. La reserva constitucional de procedimiento administrativo para el desarrollo de la actividad administrativa. . . . .	816

VI. LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL EN EL LOGRO DE LA BUENA ADMINISTRACION MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. . . . .	854
1. Regulación del procedimiento administrativo y buena administración. . . . .	854
1. La importancia de la adecuada regulación del procedimiento administrativo para el logro de una buena administración. . . . .	854
2. La perspectiva vertical: regulación estatal común sobre procedimiento administrativo, Constitución y buena administración. El desarrollo autonómico y local de lo común en materia procedimental. . . . .	860
2.1 ¿Es conveniente la existencia de una regulación nuclear aplicable a toda clase de procedimientos administrativos?. Garantía de los ciudadanos, buena administración y uniformidad de la regulación procedimental. . . . .	860
2.2 La opción constitucional: el procedimiento administrativo común como conjunto de principios e instituciones que posibilitan una adecuada protección de los ciudadanos y un acertado desarrollo de la función administrativa. Ponderación de los costos y beneficios asociados a la regulación del procedimiento administrativo común. . . . .	865
a) La materia procedimiento administrativo. . . . .	869
b) La función estatal de regulación de lo común procedimental. . . . .	874
2.3 Formalización de lo común y reserva de Ley. . . . .	894
2.4 El desarrollo autonómico y local de lo común en materia procedimental. Necesidad de tomar en consideración los costes y beneficios de la regulación. . . . .	898
a) Competencias autonómicas en materia procedimental. El desarrollo de lo común. . . . .	899
b) Desarrollo local de la regulación común estatal y del desarrollo autonómico. . . . .	902

3. La perspectiva horizontal: competencias sobre procedimientos sectoriales. La decisión de formalizarlos o no. Ponderación de costes y beneficios en su formalización y diseño: el papel de la ley, del reglamento y de la ordenanza. La función de la Administración y de los tribunales respecto a los procedimientos no formalizados (remisión). . . . .	909
3.1 Competencia normativa de regulación de los procedimientos sectoriales. . . . .	910
a) Reserva de Ley y obligada formalización del procedimiento. El papel de la Ley, del Reglamento y de la Ordenanza en la formalización procedimental. . . . .	924
b) Ausencia de reserva de Ley y conveniencia de la formalización del procedimiento. Ponderación del valor de la flexibilidad y de los intereses envueltos en el concreto sector material. . . . .	951
c) Contenido de la formalización procedimental. Necesaria consideración por la normativa de los intereses privados envueltos, del deber constitucional de buena administración y de los valores intrínsecos al procedimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano en torno al <i>Due Process</i> como punto de referencia. . . . .	958
3.2 Ausencia de formalización y régimen jurídico aplicable al procedimiento administrativo. El papel de la Administración y de los Tribunales (remisión). . . . .	971
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. . . . .	974



3. El control judicial del cumplimiento efectivo del deber de buena administración por parte de la Administración Pública. . . . .	993
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. . . . .	993
2. Hipertrofia y relativización de los vicios procedimentales. Análisis de una paradoja con profundas raíces históricas. La necesidad de una razonable revitalización de los vicios procedimentales. . . . .	1001
a) La doctrina de los vicios de orden público y la hipertrofia de la trascendencia de los vicios procedimentales. . . . .	1002
b) La relativización del procedimiento para la elaboración de las decisiones administrativas. . . . .	1008
c) La apuesta por una sensata revitalización de la trascendencia los vicios procedimentales. . . . .	1015
d) Propuestas para una razonable revitalización de la trascendencia de los vicios procedimentales. Función judicial y buena administración. . . . .	1022
3. Las disfunciones ocasionadas por un control judicial desproporcionado sobre el modo de ejercicio de la discrecionalidad administrativa: la doctrina del <i>hard look</i> 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. . . . .	1038
a) El significado de la doctrina judicial del <i>hard look</i> en los Estados Unidos de América. . . . .	1040
b) Los problemas generados por el modo de aplicación del control judicial de la discrecionalidad. . . . .	1047
c) Las lecciones derivadas de la experiencia norteamericana. . . . .	1062
VII. CONCLUSIONES . . . . .	1068
BIBLIOGRAFIA . . . . .	1120

## ABREVIATURAS

Ar.	Referencia repertorio Aranzadi de jurisprudencia.
art.	artículo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil de 1889.
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución española de 1978.
CEAL	Carta Europea de Autonomía Local.
CEC	Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
CERA	Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
DA	Documentación administrativa.
D.Ad	Disposición adicional.
DLcat.	Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística.
EAP	Editorial Escola d'Administració Pública.
FJ	Fundamento Jurídico.
IEAL	Editorial Instituto de Estudios de Administración Local.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1887.
LEF	Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954.
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.



LMRLC	Ley Catalana 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LPDF	Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona.
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LS	Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y ordenación urbana.
QDL	Quaderns del Dret Local.
RAP	Revista de Administración Pública.
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
RDP	Revista de Derecho Político.
RDU	Revista de Derecho Urbanístico.
Rg.DU	Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Decreto 2187/1978, de 23 de junio. Tras la LS, los artículos derogados se contienen en el Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero.
REALA	Revista de Estudios de la vida local y autonómica.

REDA	Cívitas, Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
REP	Revista de Estudios Políticos.
ROAS	Reglamento catalán de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio.
RP	Reglamento de Planeamiento, aprobado por el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio. Tras la LS, los artículos derogados se contienen en el Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero.
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955.
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

"No son las consideraciones generales, ni mucho menos la vagorosa melancolía, lo que como juristas positivos nos corresponde expresar. De nosotros debe exigirse siempre el pie a tierra y la mente fría para discernir exactamente problemas singulares y no cuestiones abstractas y más o menos grandiosas o estremecedoras: es esta nuestra servidumbre, aunque también nuestra grandeza. Nuestro es el mundo de los instrumentos, aunque para ello sea preciso, sin duda y aun primariamente, conocer bien los principios a que sirven".

Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, "El servicio público del gas", en *Problemas actuales de Régimen Local*, Sevilla, 1986, 2ª ed., pág. 76.

"Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y el orden, y por consiguiente de la libertad; son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende intuitivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el *vigía de su libertad*".

R. von IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, Tomo tercero, Madrid, Librería Editorial de Bailly-Bailliere e Hijos, 1904, pág. 180.

"Led by a new paradigm, scientists adopt new instruments and look in new places. Even more important, during revolutions scientists see new and different things when looking with familiar instruments in places they have looked before. It is rather as if the professional community had been suddenly transported to another planet where familiar objects are seen in a different light and are joined by unfamiliar ones as well.(...).

What were ducks in the scientist's world before the revolution are rabbits afterwards. The man who first saw the exterior of the box from above later sees its interior from below".

Thomas S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1996, 3ª ed., pág. 111.

## I. INTRODUCCION.

En los últimos años se ha iniciado un apasionante - y apasionado - debate doctrinal en España acerca del control judicial de la discrecionalidad<sup>1</sup>. Se trata de un tema que constituye uno de los puntos fundamentales del Derecho Administrativo, puesto que el mismo supone el planteamiento de cuestiones relativas a la arquitectura jurídica de los modernos Estados, tales como las derivadas de las relaciones entre Legislador, Gobierno y Administración Pública y Poder Judicial. La misma preocupación por estos temas late en la doctrina y jurisprudencia del resto de países europeos, las cuales centran también buena parte de sus esfuerzos en el estudio de la discrecionalidad y de su control<sup>2</sup>.

En las cualificadas aportaciones realizadas por la reciente doctrina en España se

---

<sup>1</sup>Han participado como actores principales en este debate, Tomás-Ramón FERNANDEZ, mediante sus trabajos *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", *REDA*, nº 76, octubre-diciembre 1992, pp. 511 y ss., "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", *REDA*, nº 80, octubre-diciembre 1993, pp. 577 y ss., y "¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?", *REDA*, nº 83, julio-septiembre 1994, pp. 381 y ss. - trabajos recogidos con posterioridad en *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994 -, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1993, y "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 145 y ss., BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, y "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *REDA*, nº 89, enero-marzo 1996, pp. 69 y ss. Vid. también los recientes trabajos de BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, y DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

<sup>2</sup>Pueden consultarse al respecto los trabajos contenidos en BARNES VAZQUEZ, Javier (Coord.), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993.



puede hallar, como rasgo común, una llamada de atención sobre la importancia de las garantías organizativas y procedimentales como instrumentos para asegurar el acertado ejercicio de la discrecionalidad<sup>3</sup>. Efectivamente, aspectos como la composición de los órganos decisores, la motivación de las decisiones, etc., son realizados como mecanismos garantizadores del adecuado ejercicio de las potestades discrecionales. Sin embargo, en nuestra opinión, todavía queda un largo camino por recorrer si queremos que estos instrumentos sirvan realmente como pautas que permitan mejorar la toma de decisiones por la Administración.

En primer lugar, todavía es necesario que los operadores jurídicos se convenzan de la importancia de los mecanismos organizativos y procedimentales. En general, puede detectarse una cierta falta de consciencia de su trascendencia, debido, quizás, a la preponderancia dada hasta el momento al control judicial de las decisiones discrecionales, campo en el que en los últimos años se han producido positivos avances. Sin embargo, el necesario perfeccionamiento de los instrumentos judiciales de control - singularmente de los principios generales del Derecho -, pese a ser imprescindible, no puede colmar la necesidad que la sociedad tiene de decisiones discrecionales adecuadas. De todos es conocido el colapso que sufren nuestros tribunales, abrumados por la avalancha de recursos a los que no pueden dar cumplida respuesta. Con ser este dato importante, hay otro que lo es aún más: el control judicial no puede lograr *buenas* decisiones discrecionales, sino sólo evitar decisiones contrarias al ordenamiento jurídico. Esta es la crisis de identidad de la justicia

---

<sup>3</sup>Vid en este sentido, SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 142 y ss., y MALARET, Elisenda, "Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento", en TORNOS MAS, Joaquín (Dir.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 301 y ss.

administrativa a la que recientemente ha aludido el profesor TORNOS<sup>4</sup>. No es función de los tribunales de justicia conseguir que las decisiones discrecionales sean las mejores desde puntos de vista sociales o económicos, en definitiva metajurídicos, y por mucho que se afinen los instrumentos de control de la discrecionalidad siempre serán eso, útiles de control jurídico, no de ponderación y equilibrio de intereses en base a criterios extrajurídicos.

Sin embargo, consideramos que la preocupación por el acertado ejercicio de la discrecionalidad no es algo ajeno al mundo del Derecho administrativo. El enfoque tradicional ha sido el de arrinconar y limitar la discrecionalidad, considerada como un peligro potencial, como un cuerpo extraño al ámbito jurídico, al que había que reducir, aislar y poner bajo sospecha<sup>5</sup>. Una vez desarrollados los instrumentos de control y limitación de la discrecionalidad, el modo de ejercicio de ésta, dentro de los límites jurídicos externos, no ha sido objeto de atención doctrinal. Hasta el momento se ha considerado que el núcleo mismo de la decisión discrecional era un elemento ajeno al Derecho, donde la Administración era libre de tomar la decisión que considerara más pertinente.

El presente trabajo plantea una tesis distinta: *el núcleo mismo de la discrecionalidad, trufado de elementos metajurídicos, no es algo totalmente ajeno al Derecho*, a pesar de que, como dijimos ya, el control judicial no pueda acceder a ese núcleo duro de lo discrecional.

---

<sup>4</sup>TORNOS MAS, Joaquín, "Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos", *RAP*, n° 136, enero-abril 1995, pp. 149 y ss.

<sup>5</sup> En este sentido son elocuentes las palabras de HUBER considerando a la discrecionalidad administrativa "caballo de Troya del derecho administrativo del Estado de Derecho", citadas por BULLINGER, M., "La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial", *La Ley*, año VIII, núm. 1831, 30 de octubre de 1987, pág. 899, nota 26. También es significativa al respecto la inscripción existente en el edificio del Departamento de Justicia norteamericano: "Where Law Ends Tyranny Begins" (Donde Termina el Derecho se Inicia La Tiranía), que para WARREN, K.F., *Administrative Law in the Political System*, Prentice Hall, 3ªed., 1996, pág. 365, sintetiza el desprecio anglosajón por el uso de la discreción, tradicionalmente identificada con decisiones injustas, arbitrarias y caprichosas de dirigentes absolutos en sistemas dictatoriales.

Como se desarrollará a lo largo del estudio, la Constitución no se muestra indiferente al modo como la Administración desarrolla su función de servicio a los intereses generales, sino que, al contrario, establece unas pautas relativas a cómo debe administrarse, directrices que configuran un deber de *buena administración*, de que la Administración se sitúe en la mejor de las situaciones posibles para el desarrollo de sus funciones. En consecuencia, el presente trabajo intenta complementar la concepción dominante en nuestro país, centrada únicamente en la lucha *contra* la discrecionalidad, avanzando en el camino de consolidación de un *nuevo paradigma*, en la terminología de KUHN, el cual, sin renunciar a los costosos avances logrados en el control, en negativo, de lo discrecional, incorpora la preocupación, *en positivo*, por el acierto en el ejercicio de la función administrativa<sup>6</sup>. En esta nueva visión, la discrecionalidad no es sólo un peligro en potencia, sino una posibilidad de servicio adecuado a los intereses de los ciudadanos y el Derecho Administrativo no es ya únicamente un proyecto contra la discrecionalidad, sino una ciencia *de* la discrecionalidad, que pretende contribuir a la optimización de los resultados obtenidos con su ejercicio.

En consecuencia, entendemos que es labor del Derecho Administrativo articular los mecanismos técnicos que hagan posible que esas pautas constitucionales orienten el ejercicio diario de la discrecionalidad para que el logro de una buena administración sea efectivo. El núcleo mismo de lo discrecional se recupera así para el Derecho, entre cuyos retos figura la configuración de instrumentos que posibiliten esa buena administración. Entre los mismos entendemos que el *procedimiento administrativo* está llamado a desempeñar un importante papel.

---

<sup>6</sup> En relación al modelo de KUHN de cambio científico, vid. su obra *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago Press, Chicago and London, 3<sup>a</sup> ed., 1996.



Las aludidas limitaciones intrínsecas a la función judicial en el control del núcleo metajurídico discrecional pueden ser compensadas mediante el respeto por la Administración de un adecuado procedimiento administrativo. Pero no de un procedimiento cualquiera, formalista, rutinizado como sucesión de trámites que dan lugar a la acumulación de papel en el expediente administrativo, sino de un procedimiento entendido como institución jurídica con una razón de ser y un sentido último: lograr, desde el principio, una solución respetuosa con los derechos de los ciudadanos y lo más acertada posible en su servicio al interés general. Conseguir que esta concepción profunda del procedimiento se haga realidad es una labor común de todos. Del legislador, diseñando procedimientos adecuados en función de los diversos sectores de actuación administrativa. De la propia Administración, entendiendo la necesidad de seguir un correcto procedimiento, como garantía de los ciudadanos pero, también, del acierto de sus decisiones y de su adecuado funcionamiento. De los Tribunales, contribuyendo con su jurisprudencia a corregir la minusvaloración tradicional del procedimiento administrativo. Finalmente, también de la doctrina, ayudando, como ya lo está haciendo, a comprender la trascendencia real del procedimiento, como cauce racionalizador del Poder, y a articular concretas técnicas jurídicas con el fin de lograr ese objetivo.

Sin retroceder un ápice en el necesario perfeccionamiento y extensión de los instrumentos judiciales de control de la actividad administrativa, debe darse un paso más allá que nos permita cruzar el umbral y articular técnicas jurídicas específicas y operativas que permitan lograr una aspiración propia de las sociedades modernas y democráticas: el que las decisiones administrativas, además de conformes con el ordenamiento jurídico, sean lo mejor y más acertadas posibles, logrando así que la Administración no sólo administre legalmente sino que también administre bien, sirviendo adecuadamente a los intereses generales. Es precisamente en este orden de inquietudes donde el control judicial, por limitaciones

intrínsecas a su propia función y razón de ser, no puede actuar más que indirectamente, al controlar la juricidad de la decisión. Es precisamente en este nuevo ámbito donde se hace imprescindible construir nuevos conceptos que sirvan a tal fin. En definitiva, es precisamente aquí donde, como intentaremos demostrar, la virtualidad del procedimiento administrativo puede ser notable.

Pero para conseguirlo, es preciso superar la concepción histórica del procedimiento administrativo como cauce únicamente de defensa y garantía de los interesados. Tradicionalmente el tratamiento dogmático y jurisprudencial del Derecho Administrativo se ha centrado en el acto administrativo, el cual ha monopolizado todas las preocupaciones, las cuales, a su vez, se han focalizado en el control judicial del mismo. Desde esta perspectiva, es lógico que el procedimiento de elaboración de las decisiones tenga la consideración de un elemento más del acto, astro rey del Derecho administrativo, englobado junto con los aspectos puramente formales del mismo, es decir su aspecto exterior. Esta ausencia de relevancia del procedimiento, repercute, como no podría ser de otra forma, en el tratamiento uniforme de los vicios formales, y en la consideración del desarrollo de las funciones administrativas como puras formas, trámites, en definitiva meros actos a su vez. El predominio de la visión judicialista de todas las instituciones administrativas provoca una equiparación funcional equivocada entre procedimiento y proceso, así como una visión puramente garantista del procedimiento administrativo, equivalente y, por tanto, sustituible en sede judicial mediante el proceso al acto definitivo. Si bien formalmente se ha aceptado que las funciones del procedimiento exceden de la descrita, lo cierto es que, hasta el momento, no se ha atinado a desarrollar con precisión las pautas y los modos en los que el resto de finalidades del procedimiento, señaladamente la contribución al acierto de la decisión discrecional final, deben alcanzarse.

En este sentido, el trabajo que ahora se inicia intenta una *conexión entre el diseño constitucional de la Administración y el procedimiento de adopción por ésta de sus decisiones*. Como se verá, la interpretación sistemática del Texto Fundamental nos descubre un rico entramado de directrices constitucionales sobre procedimiento, allí donde en principio nada parecería hallarse. Es a partir de esas bases constitucionales, singularmente de la conexión e interpretación conjunta de los artículos 103.1 y 105, de donde consideramos que debe ser reedificado el procedimiento como instrumento para el logro de una correcta administración. Es desde estos cimientos desde los que deben levantarse las directrices que vinculen cualquier ulterior regulación del procedimiento, así como deberes que, con las matizaciones posibles y necesarias establecidas en esas normas, sujeten y orienten positivamente a la Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales.

Así, conceptos e instituciones tales como la participación de los ciudadanos, la motivación, el expediente administrativo o el papel de los dictámenes de órganos consultivos pueden, al articularse en el seno del procedimiento conforme a las exigencias constitucionales, cobrar una virtualidad insospechada, la cual se acrecienta cuando se comprueba que todos ellos no están, ni mucho menos, desconectados. En este sentido, en el trabajo se insiste en la consideración del procedimiento como una institución con una relevancia propia, *de trascendencia constitucional*, que constituye un *sistema*, entendido como un objeto complejo compuesto por un conjunto de elementos interconectados - expediente, motivación, participación de los ciudadanos, función consultiva... -, el cual no puede ser comprendido sino es mediante el análisis integrado de todos esos elementos, ya que el conjunto, es decir el procedimiento administrativo, tiene unas propiedades características y



distintas a las de los elementos aisladamente considerados<sup>7</sup>. Creemos que la aplicación de este concepto, ligado al desarrollo de los métodos matemáticos, puede contribuir a renovar, en concreto, el estudio del procedimiento de adopción de decisiones discrecionales desde una perspectiva crítica, como se propone, desde un ámbito general, por TIMSIT, en un sugerente artículo destinado a poner de relieve las potencialidades derivadas de una utilización en las ciencias jurídicas del instrumental manejado en las matemáticas, específicamente de las nociones de sistema y estructura<sup>8</sup>.

---

Deben efectuarse en este momento algunas precisiones metodológicas que han sido objeto de reflexión antes de abordar la redacción del estudio. En primer lugar, somos

---

<sup>7</sup>En este sentido se pronuncia GONZALEZ NAVARRO, F., en voz "Procedimiento Administrativo", en AA.VV, Enciclopedia jurídica Básica, vol.III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5150, donde considera que el procedimiento administrativo es un sistema lineal en el que pasado, presente y futuro se interrelacionan, con lo que el autor propone "una nueva "manera de ver" esa "cosa" que el procedimiento administrativo, es decir, estoy proponiendo una matriz teórica, una teoría, una teoría directriz que, como es propio de toda teoría, permitirá no sólo explicar científicamente hechos como los que se reflejan en los ejemplos que acabo de poner, sino - llegado el caso - obtener consecuencias prácticas que ahora se nos ocultan", indicación que por si puede "sonarle a alguien como "demasiado teórico"" se respalda con la cita de la STS de 19 de enero de 1974 (Ar. 80), en la que partiendo de la consideración de que "todo expediente administrativo obedece a un principio de unidad, en virtud del cual todos sus actos se nos presentan como interdependientes" se justifica la teoría de la motivación *in aliunde*. Como veremos a lo largo del trabajo, de la consideración del procedimiento administrativo como institución jurídica que constituye un sistema se derivarán importantes consecuencias.

<sup>8</sup>TIMSIT, Gérard, "Mathématiques et Droit", RDP, 1983, pp. 631 y ss., y respecto al aspecto aquí aludido especialmente pp. 635 a 637, donde este autor señala, citando a Hjelmlev, que "l'essentiel (...) n'est pas de diviser un objet en parties, mais d'adapter l'analyse de façon qu'elle soit conforme aux dépendances mutuelles qui existent entre ces parties". Il existe donc un principe d'analyse fondamentale qui veut que "l'objet examiné autant que ses dépendances n'existent qu'en vertu de ces rapports ou de ces dépendances". Por ello el autor postula el uso de las nociones de sistema ("objets complexes composés d'éléments dont les comportements ne sont compréhensibles que par rapport au tout dans lequel ils sont insérés") y estructura ("classes de théories permettant d'analyser ou d'expliquer l'interdépendance des éléments d'un objet conçu comme système"). Desde los conceptos manejados por este autor, el presente estudio puede definirse como un modelo estructural, desde el momento que intenta analizar la coherencia de los elementos de un sistema.

conscientes de que no cabe hablar *del* procedimiento administrativo ni de *la* discrecionalidad. Existen muchos y muy variados procedimientos administrativos<sup>9</sup>, y también diversas clases de discrecionalidad, como ha sido puesto de relieve últimamente por la doctrina. La disyuntiva a la que se enfrentaba este trabajo era hacer un estudio sectorializado de procedimientos, que poca luz arrojaría sobre los objetivos pretendidos y ya enunciados, o bien intentar sentar las bases generales, el mínimo común denominador aplicable a todo procedimiento de elaboración de decisiones discrecionales aunque fuera luego matizable en función del ámbito concreto en que se opere.

La decisión ha sido esta última, puesto que, dado el escaso, por no decir inexistente, tratamiento doctrinal del procedimiento como medio de orientación positiva de la discrecionalidad, se ha preferido adoptar una visión general, partiendo del texto constitucional, y fundamentar la tesis central aquí defendida: *que el procedimiento debe ser un medio fundamental para racionalizar e incrementar la calidad de las valoraciones extrajurídicas ínsitas en el núcleo duro de las potestades discrecionales*. La visión general y esta tesis central entendemos que deben ser objeto de desarrollo en una segunda fase, no abordada aquí y ahora, centrada en el estudio de ámbitos discrecionales específicos y procedimientos especiales determinados. La opción elegida no es óbice para que a lo largo del estudio se vayan utilizando continuamente ejemplos concretos para ilustrar lo que se pretende argumentar desde esa perspectiva general.

La segunda precisión corresponde efectuarla respecto del manejo del Derecho Comparado. Como se verá, a lo largo del trabajo se alude en diversas ocasiones al desarrollo

---

<sup>9</sup>Llama la atención sobre este aspecto CASSESSE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, MAP, Madrid, 1995, pp. 256 y ss., poniendo de relieve que esta diversidad es fruto de la función propia de los procedimientos administrativos de lograr diversidad de fines públicos, lo que contrasta con la visión unitaria tradicional, en la que *el* procedimiento administrativo es visto como una sucesión de actos ordenados respecto de la resolución final, el único aspecto relevante.



de ciertas instituciones en el ámbito europeo y norteamericano. El manejo de materiales de Derecho Comparado ha pretendido ser, sin embargo, conscientemente limitado. Sólo se ha acudido a fuentes foráneas en los casos en que ha parecido especialmente interesante su exposición, por lo ilustrativo que pudiera resultar para el caso español. Se ha pretendido huir de los peligros derivados de una importación indiscriminada de Derecho Comparado, destacados en los últimos tiempos por diversos autores<sup>10</sup>. Y cuando se ha acudido al recurso del Derecho Comparado se ha procurado poner de manifiesto que su utilidad no se desprende de una aplicación mimética en nuestro ordenamiento, sino de las orientaciones y sugerencias que pueden derivarse teniendo en cuenta, en todo caso, la estructura interna de nuestro sistema y sus diferencias respecto de los foráneos.

---

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, Tomás Ramón FERNANDEZ RODRIGUEZ en el prólogo al libro de Ricardo GARCIA MACHO *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13 a 15, ha subrayado los riesgos derivados de una importación excesiva de modelos foráneos "porque inhibe la propia capacidad creativa y priva de autenticidad al propio trabajo, que queda así marcado por una nota de artificialidad a todas luces indeseable. Si a eso se une que, amén de masiva, la importación ha sido muchas veces acrítica, el resultado termina siendo catastrófico porque nos hace asumir sin necesidad alguna angustias ajenas y soportar lastres históricos que no tenemos por qué arrastrar y de los que luego no sabemos cómo desprendernos, cuando en su propio país de origen han acertado ya a librarse de ellos". Por su parte, Alejandro NIETO también ha alertado sobre este hecho en diversas ocasiones, como por ejemplo en su prólogo al libro de Julio GONZALEZ GARCIA *El alcance de control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. XV y ss., en las que, sin negar la utilidad y conveniencia del conocimiento de Derechos extranjeros para una buena formación jurídica, se insiste en la necesidad de seleccionar y contextualizar los elementos provinientes del Derecho Comparado.

Debe notarse que esta llamada de atención sobre el abuso del Derecho comparado no es nueva, puesto que Luis JORDANA DE POZAS ya indicaba hace muchos años que "una atención excesiva al Derecho extranjero puede traer como consecuencia que se profundice menos de lo debido en el Derecho nacional e incluso se dé pábulo a cierto lamentable e inmotivado complejo de inferioridad frecuente entre los intelectuales españoles, pero tales inconvenientes no son hijos del método comparado, extraordinariamente formativo y recomendable, sino de su exageración...", en "El profesor Gascón y Marín y su obra", *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 125, pág. 648.

Partiendo de las premisas anunciadas, el estudio se distribuye, incluyendo esta introducción, en un total de seis capítulos. A grandes trazos, la razón de ser de éstos es la que sigue. En el segundo capítulo, que a continuación se va a iniciar, vamos a realizar un breve repaso histórico, sin pretensiones de exhaustividad ni de originalidad, de las concepciones profundas que han condicionado el entendimiento de la razón de ser del procedimiento administrativo, descubriendo el escaso desarrollo de la funcionalidad del procedimiento como medio de potenciación de acertadas decisiones discrecionales. En el tercer capítulo se efectúa un análisis del concepto de discrecionalidad administrativa, partiendo de la inexistencia del interés general como una realidad apriorística aprehensible por la Administración, negándose la concepción tradicional que sostiene que el núcleo de la misma, la elección entre alternativas en base a criterios no jurídicos, es indiferente para el Derecho, el cual, precisamente a través del procedimiento, puede y debe influir en esa elección. En el cuarto, se desarrolla la existencia en nuestro ordenamiento, así como en otros europeos y en Derecho Comunitario, de un deber de buena administración, precisándose su significado, ligado al correcto ejercicio de la función administrativa. En este capítulo son desarrollados los principios constitucionales de buena administración que integran el mencionado deber. Entendemos este estudio imprescindible, dada la escasa construcción doctrinal de los mismos existente hasta el momento. Este análisis tiene sentido, por cuanto en el capítulo siguiente, el quinto, estos principios de buena administración son relacionados ya concretamente con el procedimiento administrativo y la motivación de las decisiones discrecionales. Finalmente, el capítulo sexto se ocupa de la distribución de responsabilidades entre el legislador, el poder ejecutivo y el judicial en el desarrollo y aplicación práctica de los principios integrantes del deber constitucional de buena administración.



## II. BREVE REPASO HISTORICO AL SENTIDO Y FUNCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En las siguientes páginas no se pretende realizar ni un exhaustivo ni un original análisis histórico de la evolución legislativa y doctrinal en referencia al procedimiento administrativo. El objeto de las mismas es mucho más modesto y limitado, puesto que sólo pretenden exponer, a grandes rasgos, las líneas dominantes de pensamiento que han influido en la concepción actual que se mantiene en relación a la función e importancia del íter procedimental seguido por la Administración en la toma de sus decisiones.

Históricamente la atención doctrinal y jurisprudencial se ha centrado en el estudio del *acto administrativo*, enfocado, a su vez, desde la perspectiva de su *control* por los tribunales de lo contencioso.

En la génesis del concepto de acto administrativo como ha sido puesto de relieve por SANTAMARIA PASTOR<sup>11</sup>, influyó la visión judicialista del principio de legalidad que predomina tras la Revolución francesa de 1789. La Administración se concibe como pura ejecución de la ley, a imagen y semejanza del actuar judicial. Como fue puesto de relieve, por ejemplo, por OTTO MAYER, "las dos ramas del poder ejecutivo se desenvuelven *paralelamente*. Ambas están sometidas a la ley. La justicia aplica la ley en las sentencias, decisiones de autoridad para el caso individual, y, a imitación de la sentencia, se regula la acción de los funcionarios de ejecución (...). La idea del acto administrativo - idea que es de capital importancia - se manifiesta ya tácitamente por estar la administración subordinada a la ley, la administración lo mismo que la justicia. Antes de la Revolución, este acto era

---

<sup>11</sup>SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1975, pp. 223 y ss.

completamente desconocido (...). El acto administrativo representa para la administración el correlativo necesario de las sentencias de los tribunales; él es indispensable a fin de que la organización administrativa tenga igual valor desde el punto de vista jurídico. Por ello es que insistimos desde el principio, con gran energía, sobre el carácter equivalente del acto administrativo con relación a la sentencia (...). Desde entonces en las leyes, en la jurisprudencia y en la doctrina del derecho administrativo, no se trata más que del acto administrativo, el cual tiene la misma importancia que el concepto de ley para la formación de esa rama del derecho, aunque haya aparecido con mucho menos ruido y esplendor"<sup>12</sup>.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta también que la teoría del acto administrativo "se ha construido para delimitar el objeto de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, facilitando de esta manera el control judicial de la actividad administrativa jurídicamente relevante"<sup>13</sup>.

En este contexto, es lógico que el interés por el procedimiento administrativo haya sido limitado, enfocado desde la perspectiva del acto administrativo, como un elemento más del mismo, y, como consecuencia lógica de esta supeditación al acto, desde la del control del

---

<sup>12</sup> MAYER, O., *Derecho Administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1949, pp. 74 y ss., traducción española de la versión original francesa de este autor *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1903.

En las Constituciones españolas del Siglo XIX puede advertirse esa imagen de la Administración, integrada en el poder ejecutivo, como mera ejecución de la ley. Así, por ejemplo, arts. 16 ("La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey") y 170 ("La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey...") de la Constitución de 1812. Para un análisis histórico de los textos constitucionales y su tratamiento de la función administrativa, vid. MARTIN RETORTILLO, Sebastián, "Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español", en la obra del mismo autor *Administración y Constitución*, IEAL, Madrid, 1981, pp. 47 y ss.

<sup>13</sup> PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, Vol.I, Marcial Pons, Madrid, 7ª ed. 1995, pág. 92. En idéntico sentido, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *La nulidad...*, op.cit., pág. 233, "en los ordenamientos montados sobre el patrón francés, el acto administrativo es considerado como un simple elemento objetivo del sistema contencioso, un puro artificio pragmático utilizado para la delimitación competencial de un ámbito jurisdiccional especializado".

mismo en sede jurisdiccional. Como destaca DE OTTO, en el Derecho Administrativo europeo, a diferencia del Derecho público anglosajón, "la organización y el procedimiento administrativo ocupan un segundo lugar en el que apenas si se tratan cuestiones como la participación de los ciudadanos en la Administración. Ese panorama no es hijo del capricho ni de una toma de postura ideológica, sino fruto del hecho de que en la tradición continental europea la garantía de la libertad no ha estado tanto en la génesis de la norma o del acto cuanto en la reacción frente a él mediante la tutela jurisdiccional<sup>14</sup>". En la misma línea, GARCIA DE ENTERRIA ha señalado con expresivas palabras que, a diferencia del Derecho angloamericano, "el derecho Administrativo europeo viene a ser, como se decía en nuestra época clásica, el pecador arrepentido que había fundado un hospicio para acoger a los pobres que él mismo había despojado previamente, parece preferible que ese despojo previo no se produzca, aunque la generosidad posterior tenga luego menos ocasión de lucirse"<sup>15</sup>.

En la concepción del Derecho Administrativo del siglo XIX, el principio de legalidad representa el doble papel de instrumento de control político parlamentario y de instrumento de canalización del control jurisdiccional, el cual sólo se activa cuando están en juego derechos reconocidos en las leyes. Desde el punto de vista liberal de la época, se traza una línea de separación entre Estado y sociedad civil, con objeto de librarse de la tutela existente hasta el momento por parte del Príncipe absoluto, construyéndose así una esfera individual ante la que debe pararse el poder político. La limitación de la acción estatal mediante la ley, producto de un parlamento exclusivamente burgués, propio de los estados de la época que

---

<sup>14</sup> DE OTTO, Ignacio, en su recensión al libro de Raul BOCANEGRA *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, publicada en *REDC*, núm. 6, septiembre-diciembre 1982, pág. 327.

<sup>15</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., "Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)", *RAP*, 1978, pp. 256 y 257.



GIANNINI ha caracterizado como de "clase única"<sup>16</sup>, comporta una reducción de los fines estatales. Éstos pasan a ceñirse al ámbito de la seguridad, renunciando al fomento o bienestar, y son controlados ahora por los tribunales. Bajo estos postulados, como ha notado NIETO, se llegó a "cambiar la óptica completa del ejercicio del poder, reduciéndolo a la mera ejecución de las leyes y no a la persecución de los intereses generales de acuerdo con las leyes", aspecto éste último que para la mentalidad de la época se lograba mejor indirectamente, mediante la persecución egoísta de los intereses privados de los individuos<sup>17</sup>.

Partiendo de estas premisas, que si bien corresponden a una etapa inicial continúan dejando su impronta en la actualidad, se comprende que doctrina y jurisprudencia hayan dejado en un segundo plano la perspectiva procedimental, pues como indica MALARET, "en la concepción tradicional de la Administración como ejecutora de la Ley el centro de atención del sistema de Derecho Público lo constituye el acto administrativo, en tanto en cuanto la construcción dogmática de esta institución estará vinculada al proceso de control jurisdiccional de la Administración"<sup>18</sup>.

Este abandono de las cuestiones procedimentales se ha dado en igual medida en países de nuestro entorno jurídico. Así en Italia, CASSESSE ha subrayado el énfasis puesto en la ciencia jurídica por el estudio de la decisión final, en contraste con el menor interés suscitado por el procedimiento de su elaboración, siendo en su opinión dos los motivos que provocan

---

<sup>16</sup>GIANNINI, Massimo Severo, *El poder público. Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

<sup>17</sup>Las palabras textuales son de Alejandro NIETO en *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986, pág. 167.

<sup>18</sup>MALARET, Elisenda, "Administración Pública...", op.cit., pág. 302. También llama la atención sobre la atención preferente otorgada tradicionalmente al acto administrativo ALLEGRETTI, U., *Amministrazione Pubblica e Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996, pág. 31.

este fenómeno. De un lado, la influencia del Derecho Privado, donde la trascendencia de los modos de formación de la voluntad es escasamente relevante. De otro, la atención predominante por lo que este autor llama el "perfil jurisdiccional de la Administración pública", es decir la preocupación exclusiva por los aspectos de su actividad relevantes desde el punto de vista de su examen judicial, y, por tanto, el interés por la resolución objeto de impugnación<sup>19</sup>.

Por su parte, BULLINGER ha puesto de relieve como la Parte General del Derecho Administrativo tradicional ha concentrado sus esfuerzos en Alemania en la vinculación del contenido de las decisiones a los principios del Estado de Derecho, mediante construcciones tales como la reserva de ley para la intervención en la libertad y la propiedad y las reglas jurisprudenciales y doctrinales sobre el ejercicio de la discrecionalidad. Sin embargo, los procedimientos mediante los que esas reglas y principios tenían aplicación tenían una importancia secundaria. En este sentido, el procedimiento administrativo no se consideraba por la doctrina alemana más relevante del siglo pasado - así, Otto MAYER - como una materia sometida a reserva de ley ni siquiera cuando a través del mismo se articulaban intervenciones sobre la esfera de libertad de los ciudadanos. El procedimiento se configura de hecho como una potestad doméstica del monarca y su Administración, con una relevancia puramente *ad intra*, cuya regulación podía efectuarse mediante reglamentaciones administrativas internas<sup>20</sup>. Esta concepción se mantiene hasta la segunda guerra mundial, a partir de la que el procedimiento adquiere relevancia como garantía de las situaciones jurídicas de los particulares y no es hasta mucho más recientemente que la doctrina ha

---

<sup>19</sup>CASSESE, S., *Las bases del Derecho Administrativo*, MAP, 1995, pág. 250.

<sup>20</sup>En relación a esta perspectiva inicial de la eficacia exclusivamente interna del procedimiento, vid. también las consideraciones de NIETO, Alejandro, "El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemana", *RAP*, 32, mayo-agosto 1960, pp. 75 y ss.

adquirido conciencia de las conexiones entre procedimiento y eficiencia de la acción administrativa<sup>21</sup>.

También en Francia, G. ISAAC ha destacado la poca atención prestada por la doctrina administrativa al procedimiento administrativo no contencioso<sup>22</sup>, cuyo papel ha sido tradicionalmente subestimado. Los orígenes de esta situación son establecidos por el autor durante el siglo pasado, en el que en el país vecino se centro toda la atención en la protección judicial, ámbito en el que se consiguieron considerables avances, siendo olvidadas las garantías administrativas previas. De esta forma, y bajo lo que el autor denomina el monopolio teórico del proceso judicial<sup>23</sup>, que implica que las aproximaciones doctrinales al concepto se efectúen sólo por medio del juez administrativo y a través de su prisma, el procedimiento ha carecido en Francia de sustantividad propia, considerado como sucesión de actos trámite, solamente relevantes en cuanto formando parte de la decisión final impugnabile y considerados de forma aislada, sin ligazón entre ellos<sup>24</sup>.

Estas notas, como vemos comunes en varios países de nuestro entorno, también se detectan en España. Su análisis merece algún detenimiento, a fin de poder entender, a través de un sintético repaso histórico, sin pretensión de realizar aportaciones originales, cuál ha sido el tratamiento recibido por el procedimiento administrativo en nuestro país. Así, en

---

<sup>21</sup>BULLINGER, Martin, "Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)", REDA, núm. 69, 1991, pp. 7 y 8, y "La Administración, al ritmo de la economía y la sociedad", DA, núm. 234, abril-junio 1993, pp. 90 a 92.

<sup>22</sup> Denominación que el autor nos informa es fruto de un trabajo del mismo título publicado en 1956 por el profesor AUBY. Vid al respecto, ISAAC, G., *La procédure administrative non contentieuse*, Librairie generales de droit et jurisprudence, Paris, 1968, pág. 8.

<sup>23</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 15 habla de una auténtica fascinación de la doctrina francesa por el punto de vista del control judicial de la Administración, lo que explica el desinterés tradicional por esta materia.

<sup>24</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pp. 48 y ss.



nuestro sistema jurídico, es posible distinguir tres etapas, a través de las que el procedimiento pasa de ser un puro elemento interno del actuar administrativo (1) a constituir un elemento del acto administrativo definitivo con finalidades prácticamente exclusivas de defensa de los interesados, lo que curiosamente ha conducido a una relativización acusada del papel del procedimiento administrativo, en teoría fácilmente sustituible en sede contencioso-administrativa (2). Finalmente se propondrá la necesaria potenciación del procedimiento como medio fundamental para el logro de decisiones discrecionales acertadas, aspecto que si bien puede hallarse plasmado en diversas formulaciones todavía no ha sido interiorizado plenamente ni por la doctrina ni por la jurisprudencia mayoritarias españolas (3).

Debe advertirse que, obviamente, estas tres etapas no son lineales y no constituyen otros tantos períodos cronológicos susceptibles de ser perfectamente delimitados. Se trata de diferentes perspectivas que coexisten históricamente, pero que son más o menos predominantes dependiendo de momentos históricos determinados. La división aquí realizada en tres etapas, aparentemente diferenciadas, se realiza a efectos puramente didácticos y expositivos.



## 1.- El procedimiento administrativo como actuar interno de la Administración.

Las primeras regulaciones sobre el procedimiento administrativo se contenían en regulaciones dispersas contenidas en los *reglamentos orgánicos* de los distintos ministerios, en los que, junto a normas relativas a organización y distribución de competencias, se contenían preceptos dedicados al procedimiento administrativo. Un ejemplo en este sentido lo constituye el Reglamento del Ministerio de Gobernación, aprobado por Decreto de 30 de noviembre de 1870, en el que se contienen fundamentalmente instrucciones sobre el modo de instruir los expedientes, a modo de guía interna para los funcionarios encargados de su tramitación<sup>25</sup>.

En esta línea de consideración del procedimiento administrativo como un elemento propio de la actividad *ad intra* administrativa, que conducía derechamente a que su regulación se hiciera por reglamento y no por ley, el siguiente hito destacable lo constituye el Real Decreto de 14 de septiembre de 1872, el cual puede ser considerado como la primera regulación general del procedimiento administrativo en España. La exposición de motivos de esta norma retrata viva y sintéticamente la situación de esta institución en la época, pues se señala que "dos condiciones han venido formando hasta ahora el carácter fundamental de la tramitación administrativa: la arbitrariedad y la reserva", añadiéndose que:

---

<sup>25</sup>Así, en el preámbulo de este Decreto puede detectarse esta perspectiva del procedimiento administrativo como actividad interna de las dependencias en que se organiza la Administración de la época: "La manera de instruir y resolver los expedientes en las oficinas generales del Estado ha sido objeto de continuas reclamaciones y de severas censuras, dirigidas ya contra la reserva en que se guardan los procedimientos administrativos, ya contra las dilaciones causadas por largos trámites y pesados rodeos. Tiempo es de reconocerlo: la buena gestión de los negocios públicos no exige recate tan extraordinario ni tan prolijas formalidades. Lejos de eso, la publicidad de las operaciones y la prontitud de los acuerdos son condiciones igualmente beneficiosas para los particulares, cuyos intereses se hallan así mejor garantizados, y para el Gobierno, cuya moralidad no queda a merced de infundadas sospechas o malévolas suposiciones".

"contra los principios que en la tramitación judicial dominan, creíase que la Administración no podía sujetarse a las reglas de ninguna especie en sus procedimientos, y tenía hasta por peligrosa la intervención de los interesados, a quienes bajo el especioso pretexto del secreto administrativo, no se permitía jamás tomar otro conocimiento de los expedientes que el que podían adquirir por los traslados de las providencias, casi siempre diminutas e infundamentadas. De esta suerte, y merced a tan inquisitorial sistema, hacía odioso el nombre de la Administración pública, y se abría la puerta a grandes e inevitables abusos que la desnaturalizaban y corrompían".

Puede advertirse ya en esta regulación la alusión al proceso judicial, aunque el propio preámbulo matiza este paralelismo, al advertir de las diferencias que necesariamente deben existir en el procedimiento administrativo<sup>26</sup>. Para intentar reaccionar contra la situación descrita en su exposición de motivos, este Decreto dispuso que todos los Ministerios en un plazo de dos meses deberían "formar e imprimir" sus reglamentos interiores generales, así como reglamentos específicos para cada tipo de servicios en particular. Sigue prevaleciendo en esta norma, sin embargo, el carácter *puramente interno* del procedimiento administrativo, dado que esas regulaciones, de rango reglamentario, no debían ser promulgados ni publicados, por lo que constituían una guía con efectos en el ámbito interior de cada

---

<sup>26</sup> "no se trata de asimilar totalmente el procedimiento administrativo al judicial. Ni su naturaleza lo consiente, ni aun cuando así fuese habría posibilidad de introducir de golpe una reforma que exigiría la reorganización completa del personal de la Administración (...). Por otra parte, el carácter de la Administración Pública, basado principalmente en la equidad, no se acomoda a esa ritualidad solemne de los Tribunales en que todos los actos tienen su tiempo y lugar señalados de antemano; pero sí es conveniente y aun indispensable no destruir totalmente el poder discrecional de las Autoridades Administrativas, cabe exigir que su ejercicio no degenera en arbitrario y caprichoso, y vaya siempre fundado en razones y motivos que alejen toda sospecha de favoritismo o parcialidad".

Ministerio.

En definitiva, en esta primera fase reguladora se aprecia la consideración del procedimiento como una institución con efectos puramente *ad intra*, la cual se ordena mediante reglamentos propios de cada uno de los ministerios, dándose lugar a una situación de confusión y disparidad de criterios entre las distintas dependencias administrativas, como fue destacado por la doctrina<sup>27</sup>. Esta concepción continuará perdurando durante muchos años, aunque, como vamos a ver enseguida, poco a poco va complementándose con una toma de consciencia de la relevancia del procedimiento como garantía de los derechos e intereses de los interesados.

---

<sup>27</sup> Luis MOUTON Y OCAMPO destaca en la voz "Procedimiento Administrativo" de la *Enciclopedia Jurídica Española*, Ed. Francisco Seix, Barcelona, pág. 889, que "Durante mucho tiempo, la Administración activa no tuvo trámites señalados y especiales para la subsanación de las reclamaciones que había de resolver, y aunque se dictaron en distintas épocas algunas prescripciones sobre tramitación de cuestiones determinadas en que aquélla intervenía, faltaban reglas uniformes y precisas aplicables a cualquier reclamación administrativa, y en cada dependencia ministerial se procuraba suplir la falta de una legislación general con multitud de órdenes y disposiciones singulares que entorpecían más que facilitaban la marcha ordenada de los asuntos administrativos en que surgía discusión o disparidad de criterios entre el Estado, administrativamente considerado, y el particular". Por su parte CABALLERO Y MONTES en su obra *Lo contencioso-administrativo*, Tomo I, Zaragoza, 1902, pág. 75, indica que "El procedimiento administrativo fiel imagen del caos, colocaba a los reclamantes en la alternativa de acogerse a recursos de alzada improcedentes (...) sin norma a que ajustar los actos, sin orientación conocida en materia tan de detalle como la procesal, sin garantías en cuanto a la regular marcha y desenvolvimiento del procedimiento, ni a los particulares, ni a la justicia ni a la Administración podía satisfacer semejante confusión...".



## **2.-El procedimiento como instrumento de defensa de los interesados frente a la actuación administrativa. Su equiparación con el proceso judicial.**

Esta idea inicial del procedimiento como actuar interno de la Administración va complementándose paulatinamente con una toma de consciencia de la funcionalidad del procedimiento como garantía de los ciudadanos. En esta dirección, la Ley de 31 de diciembre de 1881, sobre Bases para el Procedimiento en las Reclamaciones económico-administrativas hace patente esta evolución en el ámbito de las materias tributaria y financiera<sup>28</sup>. Sin embargo, hay que tener presente que tal como pone de relieve BASSOLS, "precisamente en atención a la naturaleza de los actos administrativos tributarios - máxima expresión de la acción unilateral de las potestades administrativas imperativas - lo decisivo sería el acto y su ejecución, no el procedimiento de producción de aquél. De ello se derivaría que toda la terapéutica procedimental de la Ley se proyectara en la vía de recurso o reclamación contra los actos definitivos, tanto por parte de los contribuyentes, como por la Administración central por la vía de la lesividad"<sup>29</sup>. Puede advertirse como la concepción garantista del procedimiento se pone en relación respecto a *la reacción frente a actos ya adoptados, no por lo que se refiere al previo momento de elaboración de la decisión final*.

La evolución advertida se consolida con la Ley de Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889, la denominada Ley Azcárate. En la exposición de motivos de esta

---

<sup>28</sup>En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley puede leerse en referencia a las garantías de los ciudadanos que "En la Ley de Procedimiento, en la Ley adjetiva, encuentran la garantía necesaria de que será una verdad aquel ejercicio que las leyes substantivas les reconocen, pues de otro modo el derecho sin su ejercicio deja de ser tal derecho en la vida de la realidad".

<sup>29</sup> BASSOLS COMA, Martín, "La significación de la legislación de procedimiento administrativo en el Derecho Administrativo español", en PENDAS GARCIA, Benigno (Dir.), *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona, 1993, pág. 45.

Ley, pueden hallarse los motivos que impulsaron al legislador a regular el procedimiento administrativo<sup>30</sup>, poniéndose de relieve que ante la imposibilidad de "formular en una ley un solo procedimiento para el desempeño de todas sus dependencias", se opta por "fijar los principios dentro de los cuales deba cada Ministerio formar los reglamentos en que aquél se desenvuelva y desarrolle". A tal fin, la Ley estableció 17 bases en su artículo 2 - entre las que se contenían el trámite de audiencia a los interesados<sup>31</sup> - y ordeno en el art. 1 que "en el término de seis meses, á contar desde que se promulgue esta ley en la *Gaceta*, cada Ministerio hará y publicará un *reglamento de procedimiento administrativo* para todas las dependencias centrales, provinciales y locales del mismo, ó uno por cada dependencia ó grupo de ellas, si por razón de la diversa índole de su función fuera más conveniente".

La Ley de 1889, primera de estas características dentro del panorama europeo, no introdujo excesivas innovaciones técnicas respecto a las regulaciones ya existentes, a juzgar por lo que se indicó en los preámbulos de los primeros reglamentos ministeriales dictados

---

<sup>30</sup>Así, se indica que "Tiene el Poder legislativo su procedimiento señalado en la Constitución y en los Reglamentos de las Cámaras; lo tiene el Poder Judicial en las leyes de enjuiciamiento civil y criminal; pero el Poder Ejecutivo bien puede decirse que carece de él, pues no merece tal nombre el heterogéneo, incompleto y vicioso que si por excepción establecen las leyes y reglamentos con relación á determinadas ramas de la Administración, es por lo general fruto de precedentes y obra de la rutina, sin fijeza, sin garantía y sin sanción.

Los males que semejante estado de cosas origina son bien notorios. Pendiente la tramitación de los expedientes del libre arbitrio de los funcionarios, aquéllos marchan con veriginosa rapidez, ó se estancan, y su terminación se facilita ó se dificulta, segun cuadre á las miras de los patronos con que cuentan los interesados, pues no cabe duda que el gravísimo mal del *caciquismo*, por todos reconocido, aunque por nadie perseguido, tiene como fuentes principales la falta de una ley de empleados y la falta de un procedimiento administrativo(...). Y si estos males serían en todo caso graves son más trascendentales tratándose de una administración como la nuestra, centralizada, absorbente y burocrática, y que acompaña al ciudadano desde la cuna al sepulcro, al parecer para ampararlo y protegerlo, pero en realidad no pocas veces para molestarlo, vejarlo y estorbar el libre ejercicio de su actividad por virtud de esos vicios y deficiencias".

<sup>31</sup>Base décima del art. 2: "Instruidos y preparados los expedientes para su resolución, se comunicará á los interesados para que dentro del plazo que se señale, y sin que pueda bajar éste de diez días ni exceder de treinta, aleguen y presenten los documentos ó justificaciones conducentes á sus pretensiones".



a su amparo<sup>32</sup>. Fue promulgada sólo un año después de la Ley de 13 de septiembre de 1888 de la Jurisdicción contencioso-administrativa, conocida como Ley Santamaría de Paredes, que instauró el denominado sistema armónico para el control de la actividad administrativa<sup>33</sup>.

Consideramos, con BASSOLS COMA, que esta coincidencia temporal no supone la existencia de conexiones técnicas entre ambas leyes, puesto que todo el debate mantenido a lo largo del siglo XIX giraba en torno a la llamada "vía gubernativa", es decir a la reacción contra el acto administrativo ya emitido, en tanto que "la fase anterior a la decisión administrativa constituía, al menos desde el punto de vista legislativo, el procedimiento administrativo que atendía al obrar de la Administración que se consideraba, por esencia acción y, en consecuencia, el procedimiento era concebido como una serie de trámites más

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, el Real Decreto de 23 de abril de 1890, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Fomento, aplicable también al procedimiento administrativo del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, indica en su exposición de motivos que "que fuera de la parte completamente nueva de la citada Ley, que se refiere a la notificación de los expedientes, todos los demás preceptos que contienen eran ya disposiciones que regían por Decretos o Reales Ordenes en el Ministerio de Fomento, en las cuales se ha tenido siempre en cuenta el doble carácter de toda resolución, que así importa a la Administración del Estado, como a los particulares, ya que no siempre pueden marchar de común acuerdo los intereses de aquella y de éstos, y con frecuencia están en pugna los individuales con el general, al cual debe atender principalmente la Administración siempre que no se lesione ningún derecho". En palabras de BASSOLS COMA, "La significación...", op.cit., pág. 50, "la proposición de Ley tenía, más que una preocupación o intencionalidad técnico-jurídica, una motivación política o de política legislativa".

<sup>33</sup>Sobre los antecedentes, tramitación y contenido de la Ley de 1888, vid. el trabajo de MARTIN REBOLLO, Lorenzo, El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888, IEAL, Madrid, 1975. Sobre los orígenes del contencioso en España, vid. los clásicos trabajos de GALLEGO ANABITARTE, A., *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, IEA, 1971, NIETO, Alejandro, "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", *RAP*, núm. 50, 1966, y "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo", *RAP*, núm. 57, 1968, así como los de PARADA, J.R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *RAP*, núm. 55, 1968, y "Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", *RAP*, núm. 59, 1969. Una visión panorámica de la justicia administrativa desde sus orígenes a la Constitución de 1978 puede consultarse en DEL SAZ, Silvia, "Origen, desarrollo y plenitud de la justicia administrativa", en MARTIN RETORTILLO, Luis (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano. (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Madrid, Civitas, 1993, pp. 1249 y ss.



o menos concatenados y relevantes", por lo que la Ley de 1889 estaba "desconexionada en sus premisas doctrinales del contencioso-administrativo"<sup>34</sup>.

A partir de la promulgación de la Ley de 1889, como es sabido, empezaron a proliferar los reglamentos ministeriales, desde los primeros publicados en 1890 hasta los últimos promulgados en 1954, correspondientes a los Ministerios de Trabajo e Industria<sup>35</sup>. Es bajo el signo de esta norma, por tanto, cuando se fragua la concepción del procedimiento administrativo como institución con relevancia *ad extra*, que excede del puro ámbito administrativo, y se va consolidando lenta pero paulatinamente la concepción garantista, defensiva de los trámites procedimentales. Debe señalarse, sin embargo, que, tal como

---

<sup>34</sup>BASSOLS COMA, Martín, voz "Procedimiento administrativo", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix Barral*, Francisco Seix, Barcelona, 1993, pág.597. MOUTON Y OCAMPO en "Procedimiento...", op.cit., pone de relieve que "En el Derecho positivo español, el procedimiento administrativo se ha llamado *gubernativo*, y así dentro de la legislación anterior á la vigente dicho procedimiento gubernativo constituyó una primera parte del contencioso-administrativo. Tal denominación sostenida por los que atribuyen á la misma Administración la facultad única de resolver el conflicto de derecho que surge entre aquélla y el particular y que envuelve el recurso contencioso, dejó de tener importancia notoria y legalidad efectiva desde que la primitiva ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de Septiembre de 1888 preceptuó que el recurso de este nombre se substanciará y resolviera ante Tribunales especiales con absoluta independencia de la Administración y de los funcionarios dependientes de la misma, teniendo en cuenta sin duda que el recurso contencioso-administrativo es por su naturaleza un conflicto de derecho entre el Poder ejecutivo y el particular perjudicado en sus derechos peculiares por el Estado en sus diversas manifestaciones directivas, y no un acto de administrar propiamente dicho". Por su parte, el propio SANTAMARIA DE PAREDES, en su *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 4ª ed. 1898, pág. 753, indica que "Para nosotros el verdadero procedimiento *administrativo* es el que hemos definido, hasta el momento de surgir el recurso contencioso. Dentro de la legislación anterior á la vigente y para los que atribuyen á la misma Administración la facultad de resolver el conflicto de derecho que envuelve este recurso, el procedimiento contencioso-administrativo es una segunda parte del administrativo, llamándose entonces la primera procedimiento *gubernativo*. Pero según la nueva ley de 13 de septiembre 1888, el recurso contencioso-administrativo, se substancia y resuelve ante Tribunales especiales con independencia de la Administración, siendo por naturaleza, no un acto de administrar sino un conflicto de derecho entre el Poder ejecutivo del Estado y el particular. Por lo cual, puede hoy reservarse la denominación de procedimiento *administrativo* para expresar lo que viene llamándose *vía gubernativa*; con tanto más motivo, cuanto que aquella denominación es la empleada por la ley de 19 de octubre de 1899...".

<sup>35</sup>Un comentario al del Ministerio de Industria, promulgado en 1954, puede encontrarse en GARCIA-TREVIJANO FOS, José Antonio, "Reglamento de procedimiento del Ministerio de Industria", en *RAP*, núm. 15, 1954, pp. 261 y ss.

acertadamente ha subrayado BASSOLS, a pesar de contar con una norma pionera en la materia, ni la doctrina ni la jurisprudencia estuvieron a la altura necesaria para profundizar en el tratamiento del procedimiento administrativo como institución autónoma desligada del acto administrativo y de la perspectiva patológica del control judicial de la decisión final<sup>36</sup>.

Por lo que se refiere a la doctrina, un análisis de las principales obras del período anterior y posterior a la Ley Azcárate de 1889 nos muestra un panorama no muy halagüeño. Así, por ejemplo, COLMEIRO en 1876 dedica escasas líneas al procedimiento, en las que late una concepción del mismo como simple actuar interno de la administración sin relevancia *ad extra*. Entre las consideraciones que realiza este autor sobre el procedimiento administrativo puede leerse, por ejemplo, lo siguiente:

"Los actos de imperium, las cosas de pura gracia y, en fin, todo lo que emana del *poder discrecional o prudente arbitrio de la Administración*, no exigen por regla general trámites rigurosos so pena de nulidad. La autoridad se informa, examina y decreta, tres períodos de instrucción breve y sencilla que lleva el nombre de vía gubernativa..."<sup>37</sup>.

Por su parte, POSADA dedica en 1897 - es decir, ya ocho años después de la entrada en vigor de la Ley Azcárate de 1889 - escasas páginas de su *Tratado de Derecho Administrativo* al procedimiento administrativo, y en las mismas no se contiene ninguna reflexión de calado sobre el papel del procedimiento administrativo, al que se considera como

---

<sup>36</sup>BASSOLS COMA, Martín, "La significación...", op.cit., pp. 58 y ss.

<sup>37</sup>COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, tomo II, 1876, pp. 355-356. Los subrayados son nuestros.

"los trámites, términos y fórmulas que en todo *expediente* administrativo deben seguirse y guardarse, cuando la Administración obra". Puede, eso sí, apreciarse una leve consideración del papel del procedimiento como garantía defensiva de los particulares, cuando se indica que "lo constituyen las garantías formales en que estriba el acomodamiento de la conducta de los representantes de la Administración", si bien no existe ningún desarrollo de esta idea<sup>38</sup>. En la misma línea de carencia de profundidad en el análisis, SANTAMARIA DE PAREDES señala en su *Curso de Derecho Administrativo* que:

"La Administración dicta sus resoluciones en la forma que exige la naturaleza de cada función y la necesidad del caso. A veces resuelve de *plano*, sin necesidad de trámites previos de información, porque no lo requieren el asunto o no lo permite la premura del tiempo, dando su orden de palabra ó por escrito. Pero cuando el negocio exige estudio, puede chocar con intereses particulares ó dar lugar á ulterior revisión ó recurso, resuelve mediante trámites que constan por escrito en el *expediente* que al efecto instruye y que se desenvuelven dentro de períodos análogos á los del procedimiento judicial (demanda, discusión, prueba y sentencia)"<sup>39</sup>.

Sirvan estas muestras para constatar *el abandono doctrinal del procedimiento administrativo* que se va a prolongar hasta mediado nuestro siglo, momento en el que, como

---

<sup>38</sup>POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1897, pág. 494.

<sup>39</sup>SANTAMARIA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Establecimiento topográfico de Ricardo Fé, 5ª ed., 1898. Idénticas ideas y palabras pueden hallarse 13 años más tarde en la 7ª edición de su *Curso* de 1911.



veremos, se revitaliza el estudio del mismo desde la perspectiva de su función garantista<sup>40</sup>. De todas maneras, en el medio ambiente jurídico de la época, este descuido no es sorprendente: siendo la función de la Administración la ejecución automática de los preceptos legales, el procedimiento administrativo carece de otra virtualidad que la de facilitar el cumplimiento "de la norma que la ley establece, y ello requiere, por parte de la autoridad, el *deber* de amoldarse á las formalidades determinadas á tal fin, y en el particular, el *derecho* de que sean obedecidos dichos requisitos, sirviendo de este modo de garantía de la recta aplicación por la Administración de los preceptos legales que regulen el ejercicio de la función"<sup>41</sup>.

En cuanto a la *jurisprudencia*, ésta no contribuyó a dar un tratamiento autónomo al procedimiento administrativo<sup>42</sup>, sino que, simplemente, utilizó las infracciones administrativas de las normas procedimentales como artimaña procesal, ciertamente ingeniosa, para poder acceder al control de las decisiones discrecionales, que, de otro modo,

---

<sup>40</sup> Como hace notar BASSOLS COMA, Martín, "La significación...", op.cit., pág. 59, "Obsesionada la doctrina por los debates en torno al contencioso-administrativo, se centró exclusivamente en las vías administrativas previas para acceder a los tribunales, contenciosos u ordinarios; de ahí la arraigada tradición de los recursos administrativos en nuestro país, olvidando el tratamiento de las fases anteriores".

<sup>41</sup> UBIERNA, *Procedimientos Administrativos*, Madrid, 1914, citado por MOUTON Y OCAMPO, Luis, "Procedimiento...", op.cit., pág. 885. Como señala NIETO, Alejandro, *Estudios...*, op.cit., pág. 174, desde una perspectiva genérica, "las Constituciones del siglo XIX no se preocupan de definir el contenido propio de la actividad administrativa o, por mejor decir, obsesionados por la ideología liberal, se limitan a hacer declaraciones dogmáticas, que son rigurosamente inexactas: con la salvedad - muy significativa por cierto -del orden público, parece que el único objetivo de la Administración es "ejecutar las leyes"".

<sup>42</sup>Es más, en alguna temprana decisión, como la del Consejo de Estado de 21 de diciembre de 1859, citada por NIETO en *Estudios...*, op.cit., pág. 219, más bien parece recogerse la idea del procedimiento como puro actuar interno administrativo sin trascendencia *ad extra*, puesto que en la misma se afirma que "cualesquiera que sean los defectos que se atribuyan al expediente, la jurisdicción contenciosa no tiene para qué entrar en su calificación, ni examinar las dispensas que haya podido otorgar la Administración activa, cuando con ellas no se lastima el derecho de un tercero".

hubieran quedado totalmente exentas de escrutinio judicial. Con esta finalidad es con la que surge y se consolida la doctrina de los *vicios de orden público*. Como ha explicado con detalle Tomás-Ramón FERNANDEZ<sup>43</sup>, esta creación jurisprudencial junto con la de la doctrina del orden de examen de las cuestiones dio lugar a un control judicial prioritario de las denominadas cuestiones de orden público (competencia y procedimiento), anteponiendo el pronunciamiento sobre los vicios referidos a estos temas a la cuestión de la admisibilidad o no del recurso, así como al examen del fondo de la decisión impugnada. Este autor expone como con anterioridad a la Ley de SANTAMARIA DE PAREDES de 1888 surgió la doctrina de los vicios de orden público como contrapeso a la imposibilidad de control de las decisiones discrecionales o de puro mando, es decir, no contenciosas. La doctrina española con anterioridad a 1845 ya distinguía dos clases distintas de actividad administrativa. La discrecional o de pura administración o puro imperio, que no afecta a derechos preexistentes, y que no es controlable, y la actividad que sí atañe a derechos de los particulares y es susceptible de control<sup>44</sup>. Si bien en 1845 se instaura en España el recurso contencioso-administrativo, el sistema español paulatinamente va distanciándose del francés. Mientras éste último crea un recurso independiente por exceso de poder en el que van produciéndose sucesivamente diversas aperturas (desde la incompetencia se añaden luego procedimiento, fin y violación de la ley) que muestran su eficacia en el control de la discrecionalidad, en España

---

<sup>43</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970, pp. 35 y ss.

<sup>44</sup> Como indica FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pp. 56 y 57, "Desde el primer momento, pues, *discrecional* se opone a *contencioso*, oposición que se formula igualmente en Francia en esa época en términos análogos, sin perjuicio de otros matices(...). Este es, pues, el concepto clave: la *pura administración*, lo que atañe al poder de mando, lo que no es susceptible de contienda, porque de serlo la actividad administrativa quedaría paralizada. *La pura administración* es, esencialmente, lo *no contencioso*, y ello porque entraña ejercicio de autoridad, porque procede de la Administración en cuanto poder, porque se trata de una actividad que consiste en organizar el interés general a título de poder público". (Los subrayados proceden del original).



no se sigue esa vía, sino que nuestra jurisprudencia trata de controlar el poder discrecional echando mano de otros materiales que darán lugar a una obra distinta, precisamente la doctrina de los vicios de orden público<sup>45</sup>. En el período que va desde 1845 a 1888, esta tendencia se confirma, convirtiéndose nuestro sistema de control en un contencioso de derechos, pero mediante leyes sectoriales (minas, montes...) se abre la puerta a la posibilidad, en estos casos tasados, de impugnación de los actos de la Administración que no respeten el procedimiento, alejándose cada vez más el modelo español del francés<sup>46</sup>.

Con la promulgación de la Ley de Santamaría de Paredes en 1888, se produce un cambio doctrinal del concepto de lo discrecional, que pasa entonces a referirse a cuestiones en que la Administración no está sujeta a reglas en cuanto al modo de proceder. Dado que sólo lo reglado genera derechos, y ahora entre lo reglado se incluyen las limitaciones formales de la potestad de mando - que por sí sola no permite la existencia de derechos -, se produce una construcción que permite salvar los problemas: se pasa a reconocer que los límites (reglados) formales generan un *derecho al trámite*. Se cierra así un proceso lógico, que permite a las formas adquirir una importancia fundamental, en cuanto única técnica de

---

<sup>45</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pág. 64, "De este modo queda instalado en el seno de nuestro recurso contencioso - de plena jurisdicción en el marco de las Leyes de 1845 - un rudimentario sistema de control de los actos exentos sobre las bases de la incompetencia y el vicio de forma, considerados ambos como de orden público, y de pronunciamiento preferente para poder remontar el obstáculo de la incompetencia jurisdiccional para enjuiciar la actividad discrecional o de puro mando, no contenciosa, en definitiva de la Administración. La doctrina de los vicios de orden público va a jugar, pues, dentro de nuestro sistema contencioso el papel de sucedáneo del inexistente recurso objetivo de anulación, del recurso por exceso de poder".

<sup>46</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pág. 71, "Mientras que en Francia el recurso por exceso de poder evoluciona independientemente, superando el estadio primitivo del control de la legalidad externa para afrontar y resolver empíricamente el de la legalidad interna de los actos discrecionales, su sucedáneo español, la doctrina de los vicios de orden público, sólo servirá para poner de manifiesto la posibilidad y la necesidad, al mismo tiempo, de una censura externa de los actos de puro mando y para estimular la extensión casuística por vía legislativa de un recurso contencioso tributario de las formas legales, que desembocará en la configuración revisora de la jurisdicción de forma general e indiscriminada".



lucha contra la discrecionalidad<sup>47</sup>. Las nuevas ideas son acogidas en la Ley de 1888. En el artículo primero se requiere que las resoluciones recurridas lo sean "en ejercicio de sus facultades regladas", que es lo que acontece, según el segundo artículo, cuando la Administración deba "acomodar sus actos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de otro precepto administrativo". Sin embargo, la coherencia del sistema se altera cuando en artículos sucesivos se excluyen del control aquellos actos que por su *naturaleza* o por la *materia* sobre la que versan sean discrecionales, con lo que se consagra un concepto sustantivo de los discrecional, con independencia de que exista o no un procedimiento administrativo para su emanación<sup>48</sup>. Es así como se intenta consolidar una administración activa inmune al control judicial, el cual, sin embargo, va a prescindir de esa prohibición legal referida a las cuestiones discrecionales por naturaleza y va a penetrar en su análisis por medio del instrumento de la doctrina de los vicios de orden público. Durante la vigencia de la Ley Santamaría de Paredes de 1888 y de la Ley Azcárate de 1889, la jurisprudencia utiliza las cuestiones procedimentales como ariete para romper la inmunidad que rodeaba a la discrecionalidad, consolidando su consideración como cuestiones de orden público y análisis judicial preferente, a fin de lograr salvar la causa de inadmisibilidad basada en la incompetencia de la jurisdicción por razón de la materia. Sin embargo, en la doctrina

---

<sup>47</sup> La evolución descrita queda magníficamente sintetizada en las palabras pronunciadas por SANTAMARIA DE PAREDES en el Congreso en defensa del proyecto de la futura ley de lo contencioso, que se encuentran recogidas en el apéndice a la cuarta edición de 1894 de su *Curso*, ya citado : "Se entenderá que la Administración obra dentro de sus facultades regladas cuando debe acomodarse en sus actos a condiciones señaladas por una ley o un reglamento u otro precepto administrativo anterior; se entenderá lesionado el derecho del particular cuando precisamente esta ley o reglamento haya fijado ciertas condiciones para el ejercicio de la potestad administrativa y la autoridad haya faltado a ellas en perjuicio del particular que haga la reclamación".

<sup>48</sup> Art. 4 de la Ley de 1888: "No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen se refieran a la potestad discrecional". Esta exclusión es precisada por los arts. 4 y 6 del Reglamento, que establecen unos listados de gran amplitud.

jurisprudencial expuesta, *no existe ninguna consideración profunda en torno al papel del procedimiento en relación con la decisión final discrecional*. El procedimiento se usa como simple instrumento *procesal* para poder conocer del *acto* discrecional, en principio excluido de control. Acto y proceso, pues, acompañan y ahogan a la institución procedimental, reducida y deformada bajo su peso.

En definitiva, bajo el dilatado imperio de las leyes de lo contencioso de 1888 y del procedimiento administrativo de 1889 se forma una imagen doctrinal y jurisprudencial del procedimiento administrativo "reducido a una pura visión mecanicista, a través de la cual se reflejaba la realidad sociológica del funcionamiento de la Administración y su burocracia", asimilándose en nuestra literatura científica y en la opinión popular el procedimiento "a: formalismo, expediente y expedienteo, burocracia, retraso, etc."<sup>49</sup>, visión que en parte se mantiene vigente en la actualidad, pasando a formar parte de nuestro acervo cultural, tan alejado en este punto de la visión anglosajona en general, y norteamericana en particular, de los temas procedimentales<sup>50</sup>.

Este panorama, ciertamente desalentador, experimenta una notable mejoría a partir de la década de los cuarenta, momento en el que empiezan a circular ideas renovadoras en relación con el procedimiento administrativo. En esta revitalización tienen un papel destacado, como es sabido, las influencias suscitadas por la obra de MERKL, traducida al castellano en 1935. Con su *Tratado General de Derecho Administrativo*<sup>51</sup>, obra fuertemente

---

<sup>49</sup> BASSOLS COMA, Martín, "La significación...", op.cit., pág.61.

<sup>50</sup> Como ha sido notado por GARCIA DE ENTERRIA en "Algunas reflexiones sobre el Derecho Administrativo norteamericano, *RAP*, 85, 1978, pp. 241 y ss. y más recientemente en *Democracia...*, op.cit., pág. 174, nota 21.

<sup>51</sup>La edición que he manejado es de 1980, de Editora Nacional, México. Las referencias que se efectúan a continuación lo son de las páginas de esta obra.

influida por el pensamiento Kelseniano en la que se dedica el capítulo 15 al procedimiento administrativo, MERKL produjo un doble efecto. Por un lado, acertó a destacar la necesidad del procedimiento administrativo, el cual no es sino "un caso particular del procedimiento jurídico general", puesto que "el "proceso" por su propia naturaleza, puede darse en todas las funciones estatales"<sup>52</sup>. En consecuencia, "si nos mantenemos dentro de la división tripartita de las funciones jurídicas en legislación, justicia y administración, resultan tres grandes tipos de procedimientos y tres complejos de derecho procesal. El *derecho procesal legislativo*, que constituye la parte principal del derecho constitucional, representa la suma de las reglas de producción de las leyes y de otros actos estatales de rango superior o idéntico que las leyes; *derecho procesal judicial* abarca la suma de las reglas de producción de los actos judiciales y, por último, el *derecho procesal administrativo* la suma de las reglas de producción de los actos administrativos"<sup>53</sup>. Este planteamiento contiene la virtud de mostrar el peso específico del procedimiento administrativo por sí mismo, al margen de la lente jurisdiccional del mismo, encajándolo en una teoría general de procedimientos relativos a funciones estatales.

Sin embargo, y esta es la segunda perspectiva que queremos destacar en este momento, el procedimiento administrativo se explica por MERKL desde su concepción global de la Administración, *entendida por este autor como pura ejecución de normas*, que se identifica en este sentido con el poder judicial. Este autor parte, como es conocido, de una

---

<sup>52</sup> MERKL, A., *Teoría...*, op.cit., pág. 279.

<sup>53</sup> MERKL, A., *Teoría...*, op.cit., pág. 281 y 282. Más adelante, en la pág. 286, el autor señala que "Completamente al margen del derecho administrativo procesal normal nos encontramos con las disposiciones procesales referentes a los Reglamentos. Estas disposiciones se hallan tan rudimentariamente elaboradas, que suelen ser descuidadas por la teoría procesal administrativa. No se imagina encontrar un derecho procesal en los Reglamentos, como tampoco en las leyes, porque supone que semejante derecho constituye una peculiaridad de los actos individuales".



identificación entre las funciones judiciales y administrativas<sup>54</sup>, puesto que ambas son "concretización de una norma legal abstracta"<sup>55</sup>, siendo el único criterio de distinción válido entre Administración y poder judicial el punto de vista orgánico, *no* el funcional. En consecuencia, "es derecho procesal la norma de aplicación del derecho legal dentro de la justicia y de la administración, como ramas de aplicación de la ley, la norma de aplicación de actos ejecutivos generales (ordenanzas) en actos ejecutivos individuales (resoluciones, disposiciones, sentencias), la norma de aplicación de actos ejecutivos individuales en otros actos ejecutivos individuales"<sup>56</sup>. Por ello es lógico que el derecho administrativo procesal haya surgido en consideración al derecho procesal judicial. Sin embargo, el propio autor no acierta a extraer las últimas consecuencias de su planteamiento, a saber, la identidad entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, sino que, un tanto incoherentemente con sus planteamientos, sostiene que "ciertos límites se oponen a esta progresiva equiparación de ambos derechos procesales y, en general, de la administración y la justicia", ya que si la exigencia de una equiparación absoluta entre administración y justicia, incluidos procedimientos de actuación, "no es sino una consecuencia de ese ideal mal comprendido del Estado de derecho, que suele identificarse con un Estado judicial puro", la necesidad de diferenciar procedimientos "deriva de una representación exacta de la diferencia en cuanto a su naturaleza y fin de la justicia y de la administración, diferencia que procede del derecho y que el derecho debe respetar en todos sus aspectos"<sup>57</sup>. En el esquema teórico descrito no

---

<sup>54</sup>MERKL, A., *Teoría...*, op.cit., pp. 32 a 62.

<sup>55</sup> MERKL, A., op.cit., pág. 190.

<sup>56</sup> MERKL, A., op.cit., pág. 281.

<sup>57</sup> MERKL, A., op.cit., pp. 283 y ss. En la explicación del porqué no pueden equipararse los procedimientos de actuación de las Administración pública y los órganos judiciales parece ponerse de manifiesto la incoherencia aludida respecto a sus posicionamientos mantenidos en capítulos anteriores, en los que se sostenía la identidad funcional: "La administración no puede adoptar

tiene cabida la discrecionalidad administrativa - según el autor de idéntica naturaleza que la judicial<sup>58</sup> -, por lo que el procedimiento administrativo tiene como único fin "el empeño de proporcionar a los hombres que obtienen su derecho en cada caso particular a través de las autoridades administrativas, las mismas garantías de juricidad o, lo que es lo mismo, la misma aplicación justa del derecho administrativo material, o, en fórmula más breve aunque menos exacta, la misma seguridad de las relaciones jurídicas que ofrece el derecho procesal judicial a todos aquellos a quienes se les declara o establece el derecho - por la vía judicial - , es decir, en el juicio, fundamentalmente. La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el *contenido* se adapta a la norma"<sup>59</sup>.

Se ha expuesto con cierto grado de detalle la construcción de MERKL, dado que la misma ha tenido una incidencia considerable sobre la doctrina administrativista de numerosos países europeos, entre ellos España<sup>60</sup>. Pueden apreciarse en ella diversos rasgos que veremos se mantienen en la concepción mayoritaria del procedimiento en nuestro país, como

---

sencillamente el ordenamiento orgánico y funcional de la justicia, a no ser que el dualismo constitucional de ambas formas de ejecución pretenda ser superado por la vía de la legislación ordinaria. La diferencia entre justicia y administración no puede reducirse al extremo de la mera necesidad conceptual de su diferencia jurídica orgánica, porque no tendría sentido conservar esa diferencia mínima cuando las funciones de estos conjuntos orgánicos tan profundamente separados jurídico-orgánicamente se identificaran por completo o casi por completo." (pp. 284 y 285). Como puede apreciarse, el autor debe hacer auténticas piruetas conceptuales para evitar el resultado de su equiparación entre función judicial y administrativa, usando el procedimiento junto con la organización para justificar una distinción que se pretende mantener, negando, sin embargo, la esencia de la misma, al persistir en el concepto liberal de Administración como pura ejecución de leyes.

<sup>58</sup>MERKL, A., op.cit., pp. 185 y ss.

<sup>59</sup>MERKL, A., op.cit., pág. 283.

<sup>60</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 101, habla una "explotación" doctrinal de la teoría de MERKL, en la mayor parte de los países europeos, con exclusión, según este autor de los derechos alemán, francés y anglosajón, reticentes por diversos motivos ante la doctrina normativista que la sustenta.

por ejemplo el entendimiento de la Administración como simple ejecutora de la ley, la perspectiva exclusivamente garantista de las formas o la práctica equiparación entre la función del procedimiento administrativo y del proceso judicial<sup>61</sup>.

Como dijimos unas líneas más arriba, la atonía doctrinal existente en nuestro país en relación al procedimiento administrativo se rompe en la década de los años cuarenta de este siglo, con la aparición de diversos trabajos en los que se acierta a plasmar la función del procedimiento como garantía para los ciudadanos. Uno de ellos lleva la firma de ROYO VILANOVA y el explícito título de "El procedimiento administrativo como garantía jurídica"<sup>62</sup>. En este estudio se pone de relieve el descuido tradicional de la doctrina en relación con el procedimiento administrativo, al que ya hemos hecho alusión, a patía que el autor considera es fruto de la consideración del proceso como algo propio del ámbito judicial<sup>63</sup>. A lo largo del trabajo, el autor afirma las diferencias entre las funciones judicial y administrativa, basadas en que "la Administración, a diferencia de la Justicia, no actúa directamente para la aplicación de la ley; a la Administración lo que le interesa, en primer lugar y de modo directo, es la consecución de fines prácticos, la prestación de servicios públicos", lo que conduce a la necesaria distinción entre los procedimientos seguidos en sede administrativa y judicial<sup>64</sup>. Sin embargo, de esta sugerente contraposición no se obtiene sino un sólo resultado final, por lo demás en absoluto desdeñable: el procedimiento administrativo

---

<sup>61</sup> Puede encontrarse un ejemplo de temprana influencia del pensamiento de MERKL en VILLAR y ROMERO, José María, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 11 y ss., donde se niega que exista diferencia entre las funciones judicial y administrativa y, en consecuencia, entre la esencia del proceso judicial y la del procedimiento administrativo.

<sup>62</sup> Se publicó en el número 48 de la Revista de Estudios Políticos, correspondiente a los meses de noviembre a diciembre de 1949, pp. 55 y ss.

<sup>63</sup> ROYO VILANOVA, S., "El procedimiento...", op.cit., pág. 55.

<sup>64</sup> ROYO VILANOVA, S., op.cit., pág. 57.



sirve para otorgar garantías a los administrados, aunque las más significativas provengan, en definitiva, del control judicial, puesto que "el procedimiento administrativo no nos lleva al aula magna de la justicia administrativa, sino sólo a su vestíbulo", según expresión contenida en la parte final del estudio, con lo que vuelve a manifestarse el acostumbrado prisma jurisdiccional en el tratamiento del procedimiento. La novedad consiste en la explicitación de la funcionalidad garantista de éste, superando así la vieja perspectiva *ad intra*. La misma inquietud late en otro trabajo coetáneo de GARCIA TREVIJANO, publicado cinco años más tarde a propósito de la publicación de uno de los últimos reglamentos de desarrollo de la Ley Azcárate de 1889, en donde se constata igualmente la poca atención prestada tradicionalmente al procedimiento administrativo<sup>65</sup>, y se afirma que "el procedimiento administrativo es una de las garantías jurídicas del ciudadano", reaccionando así contra puntos de vista ya sólidamente instalados en nuestra cultura jurídica<sup>66</sup>.

Es en estos años decisivos para nuestro Derecho Administrativo cuando surge otro enfoque que va a tener gran influencia en lo sucesivo. Nos referimos a la consideración del procedimiento administrativo como el *elemento formal* del *acto* administrativo, junto a la exteriorización y a la motivación del mismo. GARRIDO FALLA tempranamente abordará este punto de vista, al englobar dentro del elemento formal de los actos administrativos tanto el procedimiento como la forma de declaración de la voluntad administrativa, contraponiendo

---

<sup>65</sup> GARCIA TREVIJANO, José Antonio, "Reglamento...", op.cit., pág. 261, "La doctrina administrativista ha sido injusta con el tema del procedimiento administrativo. Le ha sucedido lo mismo que respecto a la organización administrativa, siendo así que procedimiento y organización son dos pilares fundamentales del Derecho Administrativo. Venía considerándose, sin embargo, como formando parte de la rutina administrativa; se creía que el procedimiento no ofrecía importancia para el administrado, que únicamente tenía interés en el acto final del mismo, que restringía o ampliaba su esfera de derechos".

<sup>66</sup> GARCIA TREVIJANO, José Antonio, op.cit. pág. 261.

este elemento formal del acto al contenido del mismo<sup>67</sup>. Este planteamiento tendrá aceptación generalizada entre la doctrina y la jurisprudencia, perviviendo hasta nuestros días<sup>68</sup>. La cuestión de la consideración del procedimiento como un elemento más del acto administrativo pudiera parecer *prima facie* baladí<sup>69</sup>, pero creemos que no lo es tanto. En realidad, esta construcción doctrinal supone el punto culminante de la evolución descrita con cierto detalle, en la que el procedimiento había carecido de una sustantividad propia. A partir de ese momento, explícitamente ya, el acto monopoliza la atención, desplazando definitivamente al procedimiento - mera pieza, puro elemento accesorio "formal" -, el cual queda desconectado así del fondo, de la sustancia de las decisiones administrativas, también de las discrecionales.

En este contexto y con los antecedentes expuestos, en 1956 entró en vigor la LJCA, mientras que dos años más tarde, en 1958, se aprobó la Ley de procedimiento Administrativo

---

<sup>67</sup> GARRIDO FALLA, F., voz "Elementos del acto administrativo", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. VIII, Seix, Barcelona, 1956, pág. 200, donde se cita a LUCIFREDI y su obra de 1941 *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali* como referencia para esta construcción, que se puede encontrar ya recogida en la primera edición de su *Tratado*, vol.I, 1958, pág. 464, el mismo año en que se promulga la LPA.

<sup>68</sup> Así, esta es la manera habitual de presentar los elementos de los actos administrativos en los manuales de la asignatura Derecho Administrativo, incluyendo el procedimiento en el elemento formal junto a la motivación y la manifestación exterior del acto. Vid. por ejemplo COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 6ª ed., 1995, pág. 333, ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 1994, pp. 184 y ss., GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol.I, Tecnos, Madrid, 12ª ed., 1994, pp. 472 y ss., GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol.I, Civitas, Madrid, 6ª ed., 1993, pp. 535 y ss., PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, vol.I, Marcial Pons, 7ª ed. 1995, pp. 138 y ss.

<sup>69</sup> En este sentido, ENTRENA CUESTA, R., *Curso...*, op.cit., pág. 184, donde tras inscribirse en la corriente doctrinal que considera el procedimiento como uno de los componentes del concepto amplio del elemento formal de los actos, junto al medio de exteriorización, indica que "En realidad, volvemos a encontrarnos con una cuestión de carácter sistemático y terminológico, y por tanto, escasamente trascendente".



que venía a sustituir a la longeva - 69 años de vigencia - Ley Azcárate<sup>70</sup>. Bajo la LJCA y la LPA la doctrina y la jurisprudencia han ido entretejiendo un *corpus* dogmático, heredero en parte, como no podía ser de otro modo, de los condicionantes que sobre el procedimiento administrativo hemos visto pesaban ya desde el siglo pasado. Sin entrar en el detalle, lo que nos haría perder la visión global que creemos es esencial en este momento, y sin renunciar a precisar a lo largo del trabajo algunas de las afirmaciones ahora vertidas, existen diversos aspectos consolidados bajo la égida de la LPA que marcan al procedimiento administrativo, el cual, por otro lado, no ha sido objeto de grandes innovaciones en la LRJPAC.

Doctrina y jurisprudencia mayoritaria han afianzado la *colonización* del procedimiento administrativo por el concepto de acto administrativo. Se ha consolidado, como se dijo, la consideración del procedimiento como mero apéndice del acto definitivo - elemento formal-, a la vez que el propio procedimiento no es, en esencia, otra cosa que un conglomerado de actos ordenados temporalmente, que se articulan en torno a la resolución, la cual es la que les otorga una mínima coherencia, en el sentido de que todos esos actos-trámite están dirigidos a ella<sup>71</sup>. En este contexto, el procedimiento - es decir, la forma del acto - es un

---

<sup>70</sup> Interesantes referencias sobre el proceso de elaboración de la LPA pueden encontrarse en el trabajo de BASSOLS COMA, Martín, "La significación...", op.cit., pp. 72 y ss. Pueden consultarse, asimismo, las referencias ofrecidas por Laureano LOPEZ RODÓ, uno de los impulsores de la Ley, en sus *Memorias*, publicadas por Plaza y Janés, especialmente en las pp. 152 y ss. de su cuarta edición de 1990.

<sup>71</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 536 y 537: "De este modo, el procedimiento administrativo aparece como una ordenación unitaria de una pluralidad de operaciones expresadas en actos diversos realizados heterogéneamente (por la función, por la naturaleza) por varios sujetos u órganos, operaciones y actos que, no obstante su relativa autonomía, se articulan en orden a la producción de un acto decisorio final. Aparece, pues, en el procedimiento una distinción fundamental entre decisión final o resolución (art. 89 LPC) y actos procedimentales, los cuales adoptan una posición instrumental respecto de aquélla. Unos y otros son actos administrativos, aunque con función y régimen diversos, y los actos procedimentales o de trámite gozan, no obstante estar ordenados a la producción final de la resolución, de singularidad y de la relativa autonomía (producen efectos procedimentales propios, tienen sus reglas propias de validez, incluso, en ocasiones, subprocedimientos específicos para su producción, tienen causa propia, pueden ser anulados independientemente, etc.) (...). El procedimiento administrativo (...) es más bien



mero instrumento auxiliar al servicio del acto definitivo, el auténticamente relevante, en la medida que susceptible de impugnación ante la jurisdicción contenciosa.

La finalidad garantista de los interesados es, ya de forma generalizada, aceptada como una función propia del procedimiento administrativo, y así es destacada por toda la doctrina. Visión del procedimiento como *defensa* de derechos e intereses frente a la actuación administrativa, garantía que se añade a las ofrecidas por los recursos administrativos y la tutela de la jurisdicción contencioso-administrativa, configurándose así un triple círculo garantizador<sup>72</sup>. Sin embargo, en realidad, tal papel garantizador se entiende subsidiario y dependiente de la protección judicial, confirmándose así la lectura del procedimiento, como mero elemento formal del acto administrativo, desde y para el proceso judicial.

Un síntesis de lo expuesto puede hallarse en la postura sostenida por el profesor Tomás-Ramón FERNANDEZ. Tras exponer, como hemos visto en su momento, la génesis y la funcionalidad de la construcción jurisprudencial de los vicios de orden público, este autor argumenta el cambio radical de escenario producido tras la entrada en vigor de la LJCA en 1956. Desde su consideración a través de la categoría del acto administrativo<sup>73</sup>, del que constituye el aspecto formal, este autor teje toda una concepción del sentido último y funcionalidad del procedimiento administrativo desde la perspectiva patológica que presenta el tratamiento de los vicios formales<sup>74</sup>. Este análisis en "negativo" del procedimiento arroja

---

un complejo de actos, todos ellos instrumentales o auxiliares del acto final resolutorio o conclusivo, sin mengua de su sustantividad jurídica independiente".

<sup>72</sup> En tal sentido, GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 432.

<sup>73</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pág. 107, "El procedimiento es un conjunto o una cadena de actos cuya valoración ha de hacerse desde la teoría de los actos administrativos".

<sup>74</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pp. 131 y ss.

el siguiente saldo: el procedimiento carece de relieve propio, siendo puro instrumento al servicio de la resolución final, la cual, ahora sí, es ya susceptible de total control en su fondo por el juez contencioso, derrumbado todo el sistema de inmunidades creado al amparo de la Ley SANTAMARIA DE PAREDES. La función de la "forma" es defensiva, y sólo desde esa perspectiva cobra limitada relevancia. Decimos limitada y decimos bien, puesto que aunque el procedimiento no cumpla su función defensiva, ésta puede ser compensada *a posteriori* en sede judicial, última y, en realidad, auténtica garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos. Esta es la síntesis que en "positivo" puede extraerse, a través de la lectura del estudio de los vicios formales realizado por el autor mencionado. Lógicamente, esta tesis conduce derechamente a declarar el "modestísimo lugar que el vicio de forma ocupa en nuestro Derecho Administrativo"<sup>75</sup>. Pero sin entrar, por el momento, en esta cuestión, queremos destacar ahora que esta concepción puramente defensiva del procedimiento desde su modesto lugar como elemento accesorio del acto administrativo parece olvidar por completo la existencia de potestades discrecionales de la Administración. En ningún momento se alude a ellas, ni se realiza ninguna diferenciación del papel del procedimiento cuando de las mismas se trata.

Por otro lado, late en la misma una visión judicialista del procedimiento administrativo, perspectiva que no es aislada y que conduce a su tratamiento como fase previa, como mero prólogo del proceso contencioso-administrativo al acto definitivo<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pág. 132.

<sup>76</sup> En este sentido pueden encontrarse formulaciones del siguiente tenor:

"La existencia de un acto administrativo, de una decisión de la Administración, como requisito para poder deducir una pretensión procesal frente a la Administración, *permite configurar el procedimiento administrativo como un presupuesto procesal*, desde el momento que el que ha de demandar a la Administración ante el tribunal ha de acudir antes a la propia Administración a fin que se pronuncie sobre su pretensión a través del correspondiente acto, que dejará

Paradójicamente, como ha sido notado, esta visión desde las lentes del acto y del proceso ha conducido a que ni siquiera en la función propia que le es reconocida tenga el procedimiento relevancia, puesto que su inobservancia no trae consigo ninguna consecuencia al actuar en el marco descrito los principios de economía procesal y/o conservación, que, como cláusulas de cierre, hacen certificar a numerosa jurisprudencia la inanidad del procedimiento administrativo<sup>77</sup>. Se produce así, pese a las declaraciones formales de distinción entre ambos, una confusión entre la funcionalidad del procedimiento administrativo y la del proceso contencioso, que permite a éste último enmendar las irregularidades de aquél.

---

abierta la posibilidad de la impugnación procesal".

GONZALEZ PEREZ, J., *El procedimiento administrativo*, Abella, Madrid, 1964, pp. 60 y 61. (El subrayado es nuestro).

<sup>77</sup> En este sentido, entre otras muchas, la STS de 25 de octubre de 1988 (Ar. 8229). Una crítica a esta jurisprudencia que desvaloriza la función garantista del procedimiento en BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, 1994, pp. 135 y ss. No faltan, sin embargo, sentencias que se separan del criterio descrito, como por ejemplo la STS de 12 de febrero de 1990, Ar. 774, citada por la autora mencionada, en la que puede leerse que:

"Entre el procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo no existe un "continuum" en el que la indefensión producida en un momento pueda subsanarse en otro, sino que el primero es cualitativamente diferente del segundo, y sus respectivos contenidos no pueden extrapolarse de uno a otro.

Terminado el procedimiento administrativo, "ex post" del mismo, y ya fuera de él, no pueden subsanarse los vicios producidos "ex ante" de la resolución que le puso término, siendo el análisis de esos posibles vicios por la Jurisdicción uno de los posibles motivos del recurso contencioso-administrativo en el que se impugne la invalidez del acto producido sin las garantías jurídicas exigibles.

La resolución administrativa debe dictarse, respetando el sistema de garantías establecido en las normas rectoras del procedimiento, sistema de garantías cuyo designio final es la defensa del administrado frente a la Administración. Si este sistema no se respeta, el acto administrativo resulta viciado. La defensa posible ante la Jurisdicción no elimina la realidad y significación jurídica de la indefensión producida frente a la Administración, so pena de confundir los papeles de ésta y aquélla."



### 3.-El procedimiento como institución jurídica que coadyuva al acierto de las decisiones discrecionales.

Junto a la visión del procedimiento como mero actuar interno de la Administración y como mecanismo defensivo de los interesados, la finalidad de garantía del acierto en el ejercicio de la discrecionalidad había sido intuita ya por la doctrina y la jurisprudencia del siglo pasado y primera mitad del presente. Así, en la doctrina española del siglo pasado, SANTAMARÍA DE PAREDES intuye este papel del procedimiento, cuando afirma que los trámites procedimentales preparan las resoluciones a fin de que éstas sean "acertadas y justas", aunque no se puede hallar ningún desarrollo de esta breve mención<sup>78</sup>. LAFERRIÈRE, por su parte, fue más explícito, cuando puso de relieve la importancia del procedimiento como garantía de la oportunidad de las decisiones, al evitar su seguimiento la adopción de alternativas precipitadas o mal estudiadas<sup>79</sup>. En la jurisprudencia, en la misma línea, pueden hallarse tempranos pronunciamientos. Así, la sentencia de 12 de noviembre de 1900 se declaraba que la estricta observancia del procedimiento era en todas las jurisdicciones y grados *la más racional garantía de buena administración*, y todo descuido o incorrección en esta materia, si prevaleciera, conduciría a error, produciría

---

<sup>78</sup> SANTAMARIA DE PAREDES, Vicente, *Curso...*, op.cit., pág. 752. Ya con anterioridad a este pronunciamiento, en el preámbulo del Decreto de 30 de noviembre de 1870, por el que se aprobaba el Reglamento del Ministerio de la Gobernación, se podía leer que el procedimiento administrativo debía establecer condiciones que "sirvan a los interesados como prenda de acierto en el despacho de sus respectivos expedientes".

<sup>79</sup> LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tomo II, 2ª ed., 1896, pág. 520: "Les formalités ne doivent jamais être considérées comme des procédures de pure forme, comme un appareil extérieur destiné à donner plus de solennité à l'acte; dans la pensée de la loi, elles sont des garanties offertes aux intéressés, au public, à l'Administration elle-même contre les décisions hâtives ou insuffisamment étudiées...".

injusticia y redundaría en desprestigio de los poderes públicos. En la sentencia de 21 de diciembre de 1935 se recuerda que el cumplimiento del procedimiento administrativo es obligatorio en todo caso pues "constituye una doble garantía para la Administración, *que puede reunir todos los medios de ilustración que permitan un mejor acierto en sus resoluciones*, y para los particulares, al objeto de que puedan aportar elementos de hecho y las invocaciones legales que a su derecho interesen". También la sentencia de 23 de febrero de 1941 afirma que:

"la jurisdicción contencioso-administrativa es siempre competente para conocer los vicios o defectos sustanciales de procedimiento, cuando éste se deba ajustar a la ley o reglamento, como garantía del derecho o del acierto en la resolución, aunque ésta, en su fondo, sea de facultad discrecional y esté por por ello en este punto excluida de la vía contenciosa"<sup>80</sup>.

Sin embargo, esta vía de profundización en el papel del procedimiento administrativo no había alcanzado ningún desarrollo doctrinal o jurisprudencial a mediados del presente siglo, como fue puesto de relieve por SERRANO GUIRADO, quien destacaba en 1951 como hasta la fecha, "las prevenciones rituarías, el procedimiento preceptivo para la Administración, se cotizaban más como garantía de los individuos que como garantía de orden en la Administración, de justicia y de acierto en sus resoluciones", a pesar de la metamorfosis sufrida por la actividad administrativa desde el siglo anterior<sup>81</sup>. Este autor

---

<sup>80</sup> Citada por FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina...*, op.cit., pág. 85.

<sup>81</sup> SERRANO GUIRADO, E., "El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo", *RAP*, núm. 4, 1951, pág. 130, donde se subraya el cambio en la actividad de la Administración con respecto a épocas pasadas pues antes "la Administración tenía a su cargo poco más que una misión

postulaba que sin abandonar la consideración del procedimiento como garantía - que, como vimos, se trata de una concepción fruto de una larga evolución histórica - "en la hora presente debe preocupar también a los poderes públicos la otra faceta a que corresponde el procedimiento, es decir, el interés público concretado en la legalidad y en el *acierto* de las resoluciones administrativas"<sup>82</sup>.

Esta tercera aproximación al sentido y finalidad del procedimiento administrativo, la última y menos desarrollada desde un punto de vista histórico, se ha consolidado bajo la vigencia de la LPA y de la LJCA. Efectivamente, en la actualidad es posible encontrar en la doctrina, de forma breve eso sí, y en la jurisprudencia referencias al papel del procedimiento como garantía de un uso acertado de la discrecionalidad<sup>83</sup>, mención de la que, sin embargo, consideramos no se ha extraído todas las consecuencias jurídicas posibles.

Los motivos de esta falta de desarrollo deben buscarse en los condicionantes históricos que han marcado al procedimiento administrativo. Entre ellos destacan la consideración del

---

policíaca, de carácter negativo; un deber de mantener el orden público, puramente material y externo. No se podía concebir una Administración interfiriendo, de grado o a la fuerza, las esferas individuales; una Administración dotada de amplias atribuciones como privativas de la sociedad; una Administración asumiendo como propias grandes empresas económicas; en fin, una Administración con amplios poderes de policía, cuyos objetivos habrían de dilatarse en consideración a otros valores más que los comprendidos en el concepto de orden público arraigado en la pasada centuria".

<sup>82</sup> SERRANO GUIRADO, E., "El trámite...", op.cit., pág. 130.

<sup>83</sup> Así, en la doctrina, por ejemplo, GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 433 y 435: "el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo(...). (...) la garantía procedimental opera, incluso, en el ámbito de la simple oportunidad, aspecto éste que escapa al control judicial, que es y no puede dejar de ser un control de Derecho". En el mismo sentido, PARADA, Ramón, *Derecho...*, op.cit., pág. 223, "el procedimiento administrativo en la mayor parte de los casos no es tanto únicamente un problema de la correcta aplicación del Derecho y de resolución de conflictos jurídicos cuando también de un cauce necesario de la buena gestión de los intereses públicos...". En la jurisprudencia, vid. por todas la STS de 24 de abril de 1985 (Ar. 2873), en la que se refiere a la función del procedimiento como "garantía jurídica, tanto para la mejor defensa de los derechos e intereses de los administrados, como para el mejor acierto en las decisiones de la Administración".



mismo como elemento formal del acto<sup>84</sup>, lo que conduce a la negación de su independencia conceptual<sup>85</sup>. Consideramos que el procedimiento administrativo debe ser considerado independientemente, sin que pueda seguirse disminuyendo su trascendencia considerándolo mero apéndice del acto administrativo<sup>86</sup>. En este sentido, debe subrayarse el necesario tratamiento del procedimiento como una *institución jurídica*<sup>87</sup> con perfiles propios

---

<sup>84</sup> Vid. en este sentido MONTORO PUERTO, M., *Teoría de la forma de los actos jurídicos en Derecho Público*, Marfil, Alcoy, 1976, pág. 66.

<sup>85</sup> Es cierto que la doctrina española actual suele dedicar un tratamiento específico al procedimiento, como instituto jurídico independiente del acto, pero, a la vez, en una especie de contrasentido, sigue considerándosele elemento formal del acto administrativo, el cual, en definitiva condiciona toda la consideración del procedimiento, como veremos en su momento al tratar de las infracciones de las normas procedimentales, meros vicios formales según la tesis dominante. Sobre el doble tratamiento del procedimiento como elemento del acto administrativo y como concepto autónomo, vid. por todos GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., vol. I, pp. 535 y ss., y vol. II, pp. 432 y ss.

<sup>86</sup> En este sentido recientemente, MALARET, E., "Les transformations du systeme administratif espagnol", en MIAILLE, M. (Dir), *La régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'Études et de Recherches sur la Théorie de l'État*, Éditions L'Harmattan, Paris, 1993, pág.258.

<sup>87</sup> No en el sentido dado al término por HARIOU y por SANTI ROMANO, sino en el de realidad jurídica estructurada, o en las palabras de GARCIA DE ENTERRIA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 65, como institución peculiarizada "por una idea organizativa en servicio a la cual se especifica una técnica determinada con una interioridad. Esa idea organizadora, que es la que ordena el sentido orgánico del conjunto, al ser a la vez una corporeización de contenidos valorativos, una pretensión de regulación social sobre un ámbito determinado de relaciones y la clave funcional de todo un mecanismo técnico en que la institución consiste, se eleva a la categoría de un verdadero principio general, que no sólo tiene un valor normativo propio, sino que además es también el que ordena y mide el alcance de los demás elementos normativos presentes en el seno de la propia institución". Sobre las diferencias y semejanzas, basadas en el elemento organizativo, del institucionalismo de HARIOU y ROMANO, así como la distinción respecto a las instituciones en el sentido tradicional de la romanística y de la Ciencia de las Pandectas, vid. las interesantes consideraciones de MARTIN-RETORTILLO, Sebastián, "La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo", *RAP*, núm. 39, 1962. En relación a la aplicación de la categoría de institución al procedimiento administrativo, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 432, si bien esta calificación se contradice luego con el tratamiento del procedimiento como elemento formal del acto y la trascendencia que se otorga a los vicios formales.

merecedores de consideración en sí mismos, como ha sido expuesto recientemente<sup>88</sup>.

Institución jurídica que debe ser estudiada como tal, en su conjunto, poniendo de relieve las interconexiones entre los distintos elementos de la misma, superando la visión del procedimiento como simple sucesión de actos-trámite, inconexos y dispersos.

Institución jurídica que debe, a su vez, ser distinguida del proceso contencioso-administrativo. Consideramos que la visión del procedimiento como antesala del proceso judicial al acto debe ser descartada. Contra esta arraigada concepción se ha pronunciado GONZALEZ NAVARRO : "Evidentemente, si se contempla el procedimiento administrativo en el momento de iniciarse el contencioso-administrativo, se nos ofrece como un antecedente de éste o si se quiere como un presupuesto procesal. Pero eso no significa que la esencia del procedimiento administrativo sea la de un mero presupuesto procesal, es decir, que el procedimiento administrativo venga desde su nacimiento condicionado a un contencioso ulterior. "Procesalistas hay - se ha dicho - empeñados en contemplar toda la actividad administrativa como una simple preparación de la actividad jurisdiccional. Así recuerdan a aquel filósofo de Voltaire empeñado también en considerar que la razón de existir y la función de la nariz es la de soportar los lentes"<sup>89</sup>. Equiparación que, por lo que se refiere a lo que ahora interesa, debe ser tajantemente rechazada cuando del ejercicio de potestades

---

<sup>88</sup> Vid. en tal sentido, MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pp. 311 y ss, y BELADIEZ ROJO, Margarita, *Validez...*, op.cit., pp., 115 y ss, donde se critican las posturas, ya aludidas, que niegan toda relevancia propia al procedimiento administrativo.

<sup>89</sup> GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, Tomo II, EUNSA, Pamplona, 1988, pág. 169, indicándose a continuación que "Decir que el procedimiento administrativo es el presupuesto del contencioso-administrativo es algo así como decir que el contrato de arrendamiento es presupuesto del juicio de deshaucio. Ciertamente lo es... contemplado en este momento. Pero el contrato de arrendamiento no surge para esa finalidad. Si se produce el deshaucio es que el contrato ha entrado en el mundo de lo patológico. Y entonces hay que recurrir el remedio de la intervención judicial(...). Por otra parte, admitir la tesis que ve en el procedimiento administrativo un presupuesto procesal del recurso contencioso administrativo envuelve el grave peligro de desvirtuar la esencia misma de aquél haciéndole aparecer como un camino que inexorablemente desemboca en la jurisdicción contencioso-administrativa".



discrecionales se trata, puesto que el procedimiento "opera, incluso, en el ámbito de la simple oportunidad, aspecto éste que escapa al control judicial, que es y no puede dejar de ser un control de Derecho"<sup>90</sup>. Distinta naturaleza de la esencia de procedimiento y proceso - como ha sido puesto de relieve por la STC 76/1990, de 26 de abril<sup>91</sup> - que implica la diferentes posibilidades de los mismos respecto a su contribución a la calidad de las decisiones discrecionales, ya que "la disciplina del procedimiento è una disciplina in positivo, che vale a regolare la correttezza dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini: essa ha con ciò un valore generale, per tutta la collectività e pel quel sistema giuridico", dado que el procedimiento "mira ad assicurare, invece, è un certo modo di agire della pubblica amministrazione", en tanto el proceso se revela como una "misura soprattutto negativa"<sup>92</sup>.

Procedimiento y proceso como realidades distintas, pues, pero complementarias, al llegar el procedimiento donde no puede hacerlo el proceso: a orientar positivamente el núcleo de la discrecionalidad, a coadyuvar a la obtención de decisiones de calidad, además de decisiones que no vulneran el ordenamiento jurídico<sup>93</sup>.

Así, la importancia y funcionalidad del procedimiento, junto con los aspectos organizativos, crece cuando se trata de supuestos "en los que algunos de los elementos no está enteramente regulado por la Ley - discrecionalidad en sentido propio -", o "cuando el proceso de aplicación de la misma (la Ley) presenta especial complejidad en cuanto a la

---

<sup>90</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 435.

<sup>91</sup> Como es sabido, en su FJ 8 A, a propósito de la separación entre las funciones inspección y liquidación tributarias, donde se señala que "por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los Jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales".

<sup>92</sup> PALICI DI SUNI PRAT, Elisabetta, *I diritti al procedimento*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 75 y ss.

<sup>93</sup> En este sentido de complementariedad entre procedimiento y proceso, vid. GIANNINI, M.S., *Diritto Amministrativo*, vol.II, Giuffrè, Milán, 1993, 3ªed., pág. 94.



determinación precisa del supuesto de hecho - discrecionalidad técnica y conceptos jurídicos indeterminados -", puesto que "cuanto más indeterminada aparezca la idea de interés público mayor es la responsabilidad técnico-política de la Administración y más completo y razonado debe ser el fundamento de su decisión"<sup>94</sup>. Es precisamente el procedimiento, no el proceso, el que puede permitir avanzando en el control de las decisiones discrecionales, entrando en una nueva dimensión<sup>95</sup>, en un nuevo peldaño que debe permitir garantizar no sólo actos y normas que no infrinjan ninguna norma o principio general del Derecho, sino decisiones oportunas y aceptables socialmente, significando en este sentido el procedimiento "una acción constante sobre la conducta administrativa, entretejiendo en ella un hilo sutil que le da el colorido de juricidad imprescindible para la vida de un hombre civilizado", tal como NIETO propusiera<sup>96</sup>.

Es, pues, en el ámbito de la discrecionalidad, donde falla la visión mecanicista de la Administración como pura ejecutora de la Ley, cuando el procedimiento adquiere su máxima relevancia como institución jurídica, relevancia además contemplada, como demostraremos, al más alto nivel normativo. Hasta el momento, los intentos doctrinales de conexión entre Constitución y procedimiento se han concentrado prevalentemente - si bien no debe olvidarse la atención dispensada también al art. 105 CE - en el art. 24 de la Norma Fundamental<sup>97</sup>, aunque tal construcción no ha sido recogida por el TC, como es sabido, excepto en el caso

---

<sup>94</sup> MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pp. 305 y ss.

<sup>95</sup> A una tercera dimensión en la evolución del Estado se refiere PALICI DI SUNI PRAT, E., *I diritti...*, op.cit., pág. 108, en la que la preocupación se dirigirá a la eficacia en la toma de decisiones discrecionales, no sólo a su legalidad.

<sup>96</sup> NIETO, Alejandro, "El procedimiento...", op.cit., pág. 84.

<sup>97</sup> En este sentido, FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Los principios constitucionales del procedimiento administrativo", en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol.I, Madrid, 1988, pp. 114 y ss.

de procedimientos administrativos sancionadores<sup>98</sup>. Sin embargo, no existe hasta el momento una *conexión sistemática* del procedimiento de elaboración de decisiones discrecionales con el marco constitucional, tarea que consideramos inexcusable<sup>99</sup>. Sólo tras la misma se estará en condiciones de desarrollar la idea del procedimiento como garantía de acierto, completando así la función puramente defensiva tradicional que como hemos visto ha dominado desde la segunda mitad de siglo<sup>100</sup>.

Como ha notado TORCHIA, la atención tradicionalmente se ha concentrado sobre los

---

<sup>98</sup> Así, por ejemplo, la STC 175/1987, de 4 de noviembre, FJ 3, sostiene que "Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por los que no puede ser alegado el art. 24.1 de la Constitución frente a actuaciones de la Administración", doctrina matizada en la STC 42/1989, de 16 de febrero, donde se indica que "las garantías del artículo 24 de la Constitución, referidas a la tutela judicial efectiva, no pueden trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, salvo que éstas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones propiamente penales". Esta postura del TC, sin embargo, no es seguida por numerosa jurisprudencia del TS que explícitamente acepta que en el procedimiento administrativo pueda producirse una vulneración del art. 24.1 CE, por ejemplo por omisión del trámite de audiencia como señala la STS de 6 de octubre de 1993 (Ar. 7444). Sobre esta cuestión, en referencia específica al trámite de audiencia, vid. GAMERO CASADO, Eduardo, "Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva", *REDA*, 85, pp. 99 y ss, donde se pone de manifiesto la falta de sintonía entre la jurisprudencia del TC y la del TS. Por lo que se refiere a la indefensión causada por ausencia de motivación, vid. FERNANDO PABLO, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 157 y ss, en las que se critica la doctrina del TC, sosteniéndose que la ausencia de motivación o la motivación defectuosa pueden suponer una vulneración del art. 24.1 CE aún cuando no se trate de procedimientos sancionadores, puesto que en tales casos se priva al juez de elementos de conocimiento y a la parte recurrente se le dificulta la efectividad de su derecho a una tutela judicial efectiva, a la vez que le causa indefensión al carecer de elementos de discusión en el proceso.

<sup>99</sup> MALARET, E., "Los principios...", op.cit., pág. 311, se refiere al procedimiento con la expresión "institución jurídica constitucionalmente relevante", que consideramos singularmente acertada, en cuanto acierta a plasmar lo que se intenta exponer en el texto.

<sup>100</sup> Enlazando con lo expuesto y desde una perspectiva más genérica, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, pp. 29 y ss., ha puesto de relieve como el desarrollo del Derecho Administrativo español durante la época franquista supuso que las condiciones políticas contribuyeran a concentrar los esfuerzos en el papel de éste como barrera garantista al ejercicio del poder, relegando al olvido "la articulación y sistematización técnicas de la organización y el funcionamiento de la misma (la Administración) para el mejor cumplimiento por ésta de sus fines propios, la satisfacción del interés general y la más eficaz prestación de los servicios públicos".



límites y garantías del poder público, para tutela de la libertad y los derechos, más que sobre la funcionalidad y eficiencia de la acción administrativa, aunque no debe olvidarse que "queste ultime sono, però, per opinione ormai diffusa, condizioni fondamentali e cruciali per la soddisfazione piena ed effettiva delle libertà e dei diritti", por lo que debe profundizarse en el establecimiento de "i principi riferiti alla "qualità" della decisione stessa: ad esempio, alla sua tempestività, al suo essere commisurata ai mezzi e alle necessità, alla sua efficacia"<sup>101</sup>.

En definitiva, se trata de entender la institución procedimental como un elemento basilar del sistema y de la lógica del Derecho, entendido no como elemento formal de las decisiones administrativas, sino como historia de la transformación del poder discrecional en acto o norma, historia que, en definitiva, supone la manifestación de la función administrativa, entendida como servicio a los intereses generales (art. 103.1 CE). La decisión final es el resultado del desarrollo de la función, en la conocida construcción de BENVENUTI, en la que el procedimiento administrativo ayuda a asegurar el acierto del resultado, garantizando también los derechos e intereses de los ciudadanos y completando "i limiti della tutela giurisdizionale che è necessariamente *ex post* e interviene quando un atto ha autoritariamente, e il più delle volte, immutabilmente fissata una relazione di fatto con una disposizione alla quale l'interessato ha soggiaciuto, non collaborato"<sup>102</sup>. Como ha acertado a destacar ALLEGRETTI, "se la democrazia è (...) esercizio de la sovranità da parte del popolo, in vista di fini sociali che sono di servizio della persona e della comunità insieme e

---

<sup>101</sup> TORCHIA, Luisa, "Le norme costituzionali sull'attività", en AA.VV., *La Pubblica Amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma. Atti del XXXIX° Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1995, pp. 65, 74 y 75.

<sup>102</sup> BENVENUTI, Feliciano, "Funzione amministrativa, procedimento, processo", *RTDP*, 1952, pp. 118 y ss. Las palabras citadas corresponden a la pág. 144.



perciò di una trasformazione in senso egualitario e solidaristico delle condizone sociali (ed infine in una dimensione di solidarietà internazionale), e se l'amministrazione è, tra la sua definizione la proiezione verso i fini sociali, percepiti come doverosi", entonces se impone la idea de la Administración como "*attività di realizzazione di compiti, o come attività per un fine, che dà la idea di funzione*"<sup>103</sup>. Idea conectada directamente al procedimiento necesario para su desarrollo, pues "a la realtà della "attività nel suo farsi": liberata dalle strettoie del potere e dell'atto, ed estesa alle attività diverse da quelle tradizionali di intervento autoritario puntuale, essa dà a l'agire dell'amministrazione un essenziale carattere di "processualità"<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> ALLEGRETTI, U., *Amministrazione...*, op.cit., pág. 106. (Los subrayados proceden del original).

<sup>104</sup> ALLEGRETTI, U., *Amministrazione...*, op.cit., pág. 118.

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

#### 1. Discrecionalidad, elección valorativa e intereses generales.

Para comprender la función del procedimiento administrativo como institución orientadora del ejercicio de la discrecionalidad, es preciso, de forma preliminar realizar algunas consideraciones sobre ésta, a fin de intentar aprehender su naturaleza y esencia última, que, como veremos, se sustenta en criterios extrajurídicos.

Recientemente ha sido notado por la doctrina como no es posible hablar de un tipo único de discrecionalidad, sino que deben ser diferenciadas distintas clases, teniendo en cuenta el tipo de potestad que es ejercida, así como la finalidad perseguida con la mismas. En la doctrina alemana, por ejemplo, BULLINGER ha trazado una clasificación tomando como base las finalidades típicas de la ley que justifican la concesión de discrecionalidad, variando en cada caso su función<sup>105</sup>. Así, este autor se refiere a un primer tipo como *discrecionalidad táctica*, "cuando la ley concede a la Administración un espacio de decisión propio para que pueda realizar flexiblemente y de la manera más efectiva posible, una finalidad legal "estratégica" adaptándose a las cambiantes circunstancias reales del caso individual", como sucedería en los supuestos de actuación policial o de sostenimiento de la moneda por la autoridad monetaria nacional. Junto a ésta, el citado autor se refiere a la *discrecionalidad de dispensa*, en que la ley autoriza a que en el caso concreto se dispense de sus disposiciones, existiendo un ámbito libre para adaptar la ley a circunstancias especiales

---

<sup>105</sup> Al respecto, vid. BULLINGER, M., "La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial", *La Ley*, año VIII, núm. 1831, de 30 de diciembre de 1987, pp. 906 y ss.

del caso específico, bien sea mediante la descripción legal de los presupuestos que dan lugar a su no aplicación, bien sea mediante una autorización genérica para la no aplicación de la ley en supuestos especiales a determinar por la Administración. Un tercer supuesto lo constituye la discrecionalidad entendida como *ámbito libre para evaluaciones técnicas*, como espacio libre para el desarrollo de un conocimiento técnico especial de la autoridad administrativa competente. Distinto de ésta sería la discrecionalidad existente en ámbitos donde se despliegan proyectos o actos configuradores que concretan la ley. Tal sería el supuesto de la *discrecionalidad de planificación*, la cual "significa necesariamente una autorización para reunir en un programa de acción determinado, los fines e intereses relevantes según la ley mediante una ponderación configuradora", o de decisiones no planificadoras pero que suponen tener en cuenta equilibradamente múltiples puntos de vista o intereses<sup>106</sup>. Finalmente, la *discrecionalidad de gestión o de management*, que existe cuando se trata de perseguir finalidades de modo empresarial por la Administración, caso en que debe disponerse de un amplio espacio libre para poder actuar eficientemente<sup>107</sup>.

Tal clasificación, como todas, se mueve dentro de unos parámetros evidentes de relatividad, pero tiene la virtud de poner de relieve un hecho olvidado tradicionalmente en el tratamiento de la discrecionalidad: no puede hablarse de *la* discrecionalidad, sino de distintos tipos de discrecionalidad, dependiendo de la estructura de la norma y de la finalidad

---

<sup>106</sup> BULLINGER, M., "La discrecionalidad...", op.cit., pág. 909, pone como ejemplo "cuando el Banco Federal fija el tipo de descuento o determina las reservas mínimas que debe mantener un instituto de crédito en el Banco Federal", supuesto en que "¡ La ley sólo determina el "fin" de sostener la moneda y "apoyar la política económica general del Gobierno Federal!". En este caso y en otros similares, los "Programas finales" legales de este tipo sólo pueden ser entendidos como autorización a una concreción discrecional *similar a la planificación*".

<sup>107</sup> BULLINGER, M., "La discrecionalidad...", op.cit., pág. 910, pone como ejemplo de esta discrecionalidad de *management* los supuestos en que la autoridad monetaria nacional "fija el tipo de descuento o las reservas mínimas de los bancos, para influir en la circulación monetaria y la concesión de créditos".



perseguida con su atribución. En esta línea, en la doctrina española, recientemente SANCHEZ MORON, partiendo de la negación de la visión tradicional unívoca de la discrecionalidad<sup>108</sup>, ha establecido, de forma indiciaria, una serie de supuestos-tipo, en parte inspirados en la anterior clasificación aludida de BULLINGER<sup>109</sup>. En la dirección expuesta de rotura de la concepción monopolística de lo discrecional, también se ha hablado de una *escala de la discrecionalidad*, que, a imagen y semejanza por ejemplo de la escala de la demanialidad, expresa la idea de que la discrecionalidad "pese a la práctica unanimidad doctrinal en su caracterización, se presenta en la realidad de la praxis administrativa y judicial bajo diversas formas modalidades y gradaciones"<sup>110</sup>. De un lado, teniendo presente que toda clasificación, como se advirtió, corre el riesgo de ser tachada de insuficiente o excesivamente amplia, parecen irse consolidando una serie de matizaciones en relación con los ámbitos discrecionales, en razón de sus conexiones con el ejercicio de potestades distintas<sup>111</sup>.

Así, la discrecionalidad derivada de las potestades reglamentaria<sup>112</sup> y de

---

<sup>108</sup> SANCHEZ MORON, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 121, "Tal univocidad no resulta ya operativa, puesto que la discrecionalidad administrativa cumple una pluralidad de funciones en el Estado social y democrático de derecho y se expresa en actos de muy distinta naturaleza, a los que es muy difícil aplicar, sin forzar en exceso, un mismo régimen jurídico".

<sup>109</sup> SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 122 y ss., en las que se distingue entre *discrecionalidad reglamentaria*, *discrecionalidad de planificación*, *discrecionalidad técnica*, *discrecionalidad táctica*, *discrecionalidad de gestión*, *discrecionalidad de iniciativa* y *discrecionalidad política strictu sensu*.

<sup>110</sup> BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 32 y 196. La cita corresponde a esta última página.

<sup>111</sup> Vid. también el reciente trabajo de DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 83 y ss.

<sup>112</sup> Y aún en relación con la discrecionalidad reglamentaria, nos parece preciso distinguir distintos grados y matices, teniendo presente, por ejemplo, la relación con la Ley y el titular de la potestad. Vid. al respecto las reflexiones que se contienen más adelante en el texto, donde se alude a la conexión de la potestad reglamentaria con la función de gobierno cuando es éste el titular de la misma.



planeamiento<sup>113</sup>, pese a la no identidad entre estas potestades<sup>114</sup>, presenta unas notas comunes, referidas a su mayor amplitud y caracterización no idéntica en relación a la discrecionalidad plasmada en meros actos administrativos<sup>115</sup>. Incluso en referencia a esta última, se maneja de forma diferenciada el concepto de *discrecionalidad técnica*, de perfiles algo confusos<sup>116</sup>. En ocasiones bajo esta expresión se incluyen realidades jurídicas

---

<sup>113</sup> Tampoco la discrecionalidad plasmada en los planes es homogénea, por cuanto, a su vez, los planes pueden ser de muy distinto tipo, contenido y finalidad. La diversidad de realidades jurídicas ocultas bajo el término planificación administrativa ha sido destacado por la doctrina; en este sentido, vid. PARADA VAZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, vol I, Madrid, Marcial Pons, 1993, 5ª ed, pág. 381, y MARTIN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Madrid, La Ley, 1988, pág.333. A pesar de esa diferenciación necesaria entre los supuestos de planificación, es cierto que, como pone de relieve SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 123, lo característico de esta clase de discrecionalidad es "que ha de tener en cuenta y ponderar una pluralidad de intereses y factores de diversa naturaleza. En los casos más significativos (planes urbanísticos y de ordenación territorial, hidrológicos, de ordenación de recursos naturales, de desarrollo regional, económicos, etc.) nos hallamos ante las típicas "situaciones complejas" (por usar la terminología del derecho comunitario europeo), para cuya ordenación es forzoso reconocer la la autoridad competente un amplio margen de discrecionalidad, que no es sólo técnica sino también política)".

En referencia específica a la discrecionalidad existente en el planeamiento urbanístico, vid. PONCE SOLÉ, Julio, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 82 y ss., en las que se aborda las conexiones de la misma con la orientación política imprimida por el Municipio, como titular de la competencia de ordenación urbanística, a través de los órganos encargados de la aprobación del planeamiento.

<sup>114</sup> Diferencia puesta de relieve en nuestro Derecho positivo, por cuanto el art. 4.1 LBRL contempla en dos apartados distintos la potestad reglamentaria y la de programación o planificación. En este sentido EMBID IRUJO, A., "Potestad reglamentaria", *RVAP*, 29, 1991, pág. 81, destaca que ambas potestades se diferencian sustancialmente en cuanto a su objetivo - configuración de la actuación de la administración y condicionamiento de la actividad de los particulares en el caso de la de planeamiento, en tanto que la reglamentaria va encaminada siempre a la creación de Derecho - y el procedimiento administrativo de formación de Planes y Reglamentos, por lo que, según este autor, "que se hable de naturaleza reglamentaria o normativa de los Planes no autoriza, en modo alguno, a configurar los mismos como un ejercicio más de la potestad reglamentaria".

<sup>115</sup> En este sentido, SANTAMARIA PASTOR, J.A. y PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CERA, S.A., 1989, pág. 130, destacan la necesidad de distinguir tipos de discrecionalidad cualitativamente distintos, según se trate de potestades que dan lugar a normas, como la reglamentaria o la planificadora, o simplemente "aplicativas o de mera ejecución".

<sup>116</sup> Alude a esta confusión en torno al concepto en la doctrina italiana, país de donde procede la noción, MARZUOLI, Carlo, *Potere Amministrativo e valutazione technique*, Milán, Giuffrè, 1985, pág. 5. También recientemente han puesto de relieve las vacilaciones existentes sobre el concepto de discrecionalidad técnica SANTIAGO TAWIL, Guido, *Administración y Justicia*, Buenos Aires, De



heterogéneas, no susceptibles de un mismo tratamiento<sup>117</sup>. Así, se entiende que existe discrecionalidad técnica cuando el ordenamiento jurídico recurre a conceptos dotados de una importante carga técnica<sup>118</sup>, en el sentido de requerir para su aprehensión el manejo de conocimientos propios de ciencias extrajurídicas, permitiendo éstas fijar en relación a ese concepto una única solución aplicable, lo que excluye la necesidad, y la posibilidad, de una valoración administrativa<sup>119</sup>. No existe aquí discrecionalidad en realidad y sí simple

---

Palma, 1993, pp. 434 y ss., y DIEZ SANCHEZ, Juan José, "La discrecionalidad técnica y la comisión de reclamaciones de las universidades", *REDA*, 79, 1993, pág. 518. En este sentido, no faltan opiniones que detectan la existencia de una contradicción lógica en la propia expresión "discrecionalidad técnica", como pone de relieve MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, 1985, pág. 336.

<sup>117</sup> E incluso supuestos que no deberían encontrar su encaje, a nuestro parecer en esta categoría. Es el caso de la discrecionalidad existente en el planeamiento urbanístico, la cual es calificada por numerosas sentencias - por ejemplo, SSTS de 27 de abril de 1983 (Ar. 2279) y 30 de junio de 1989 (Ar.4936), esta última con cita de jurisprudencia en idéntico sentido - como "discrecionalidad técnica". Como he puesto de relieve en otro lugar, *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 83, el calificativo de técnica no es apropiado para la discrecionalidad existente en la ordenación urbanística, donde el elemento técnico no tiene cabida de forma única ni prioritaria, debido a la necesidad de ponderar un gran número de intereses de muy diversa índole, teniendo presente criterios de varias clases, entre los que se cuentan los políticos. En este sentido, el TS en su sentencia de 19 de octubre de 1993 (Ar. 7367) ha puntualizado que "la condición técnica y jurídica de la formación o modificación del planeamiento, por incidir en ella la discrecionalidad, no convierte sin más a los Ayuntamientos en meros sancionadores de los proyectado por los profesionales técnicos, sino en órganos decisorios cuyas determinaciones, si únicamente afectan a intereses locales, no pueden ser variadas por los órganos autonómicos en el momento de la aprobación definitiva...". Critica también la calificación de la discrecionalidad urbanística como técnica SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 124, nota 29, donde sostiene que "en realidad en ese complejo proceso planificador se tienen en cuenta criterios y valoraciones técnicas, pero también una ponderación de intereses de muy diverso tipo, públicos, colectivos y privados y todo ello en el marco de una opción esencialmente política que consiste en la definición del modelo urbanístico deseado".

<sup>118</sup> Con lo que se produce una conexión entre esta noción y los conceptos jurídicos indeterminados, a los que se aludirá más adelante. Sobre la relación entre éstos y la discrecionalidad técnica, vid. SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 118 y 129.

<sup>119</sup> COSCULLUELA MUNTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, 4ª ed., pág. 159, indica como ejemplo en relación con estos supuestos incluidos en la noción de discrecionalidad técnica "la precisión de que un vehículo debe tener plenas garantías de seguridad para poder circular. Estos conceptos no implican posibilidad de valoración por parte de la Administración. En nuestro ejemplo, el vehículo tiene o no condiciones de seguridad en base a unas normas técnicas y no a valoraciones subjetivas de la Administración Pública. La discrecionalidad técnica obliga a adoptar una única solución correcta en cada caso, en función de las normas técnicas que, por lo general, proporcionan otras ciencias no jurídicas".



constatación técnica, ya que en estos supuestos en ordenamiento no exige la interposición de una valoración administrativa para tomar la decisión en el caso concreto<sup>120</sup>. Un supuesto distinto se produce en los casos en que el ordenamiento emplaza a la Administración a fin de que ésta adopte una decisión en relación con la que es preciso acudir a ciencias extrajurídicas para obtener criterios de decisión, aunque, sin embargo, estos criterios científicos no bastan por sí solos, siendo necesario, en base a los mismos, realizar una valoración subjetiva de elementos fácticos, ponderación, como decimos, encargada a la Administración por la norma. En estos casos estaríamos, propiamente, ante la denominada discrecionalidad técnica, por cuanto "no hay una única solución a la que pueda llegarse por un proceso de deducción técnico. Debe adoptarse una decisión técnica, pero sobre la cual pueden existir posiciones diversas, alcanzándose la solución final a través de la valoración de diversos elementos de difícil apreciación"<sup>121</sup>, por lo que "quando la valutazione tecnico-discrezionale non impiega regole che portino a risultati certi, ma a risultati opinabili, la connessione tra tale valutazione e la decisione che viene adottata diviene più stretta e si avvicina ai casi in cui si faccia uso della comune discrezionalità", dado que el recurso a las

---

<sup>120</sup> En este sentido, TORNOS, J., "Discrecionalidad e intervención administrativa económica", en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y GONZALEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 403, señala que en estos casos, "no existiría propiamente discrecionalidad, sino más bien lo contrario. El concepto técnico admitirá en principio una única solución, pues no es susceptible de valoración. El concepto técnico debe ser precisado en cuanto a su contenido, pero no permite diversas soluciones. Por tanto, la decisión adoptada por la Administración en aplicación del concepto técnico sería fiscalizable a través del recurso a los peritajes o pruebas necesarias en cada caso concreto". En la doctrina italiana, BARONE, voz "Discrezionalità" en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, pág. 9, destaca que cuando "il ricorso alle regole di discipline specialistiche consente di pervenire a risultati certi", entonces "si parla di accertamento tecnico, più che di discrezionalità tecnica".

<sup>121</sup> TORNOS, J., "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 404.

disciplinas no jurídicas "non porti a risultati certi"<sup>122</sup>. En este sentido, un ejemplo lo constituyen los juicios valorativos de los tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> BARONE, "Discrezionalità", op.cit., pág. 9.

DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 130 y ss., y *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 61 y ss., acepta la existencia de un ámbito discrecional no sustituible por los tribunales de justicia cuando se trata de supuestos en los que la Administración "acude a la técnica y ésta no identifica un único modelo de acción, sino varios que son igualmente eficaces para la consecución del fin público en cuestión", caso en que "la Administración habrá de seleccionar uno de ellos atendiendo a lo que considere más conveniente para el interés público". También cuando la Administración realiza elecciones "sobre la base de hipótesis científicas que no han podido ser objeto de corroboración, bien por estar la ciencia en un estadio poco avanzado o bien por tratarse de actividades de prognosis". Sin embargo, acepta la posibilidad judicial de sustitución de la valoración administrativa cuando se trata "de la actividad de aplicación de conceptos jurídicos que remiten a criterios técnicos", aludiendo a supuestos como "jardín de interés histórico-artístico" o "sustancia tóxica".

Estamos de acuerdo con esta autora en que, sea cual sea el tipo de concepto jurídico indeterminado implicado, el control judicial debe existir en todo caso. Ahora bien, cuando se trata de determinados conceptos jurídicos que apelan a criterios técnicos pero que contienen una carga valorativa, bien porque esos criterios no son unívocos bien porque la ciencia no otorga respuestas concluyentes, entendemos que la valoración administrativa, si no es manifiestamente irracional, debe ser respetada al efectuarse el control judicial. No alcanzamos a ver la diferencia que efectúa esta autora entre ciertos conceptos jurídicos indeterminados (como los aquí mencionados) y los casos, ya mencionados, en que sí acepta la existencia de lo que ella denomina "discrecionalidad fuerte", cuando los supuestos se nos antojan idénticos.

La ausencia de esta distinción entre conceptos jurídicos indeterminados que apelan a criterios técnicos conlleva la lógica discrepancia entre los postulados de esta autora y los míos propios en el ámbito urbanístico. Vid. en este sentido, DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 446 y ss., y PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad urbanística...*, op.cit., pp. 157 y ss. En nuestra opinión, cuando en el ámbito urbanístico existen conceptos jurídicos indeterminados que apelan a criterios técnicos no unívocos (por ejemplo, valor histórico-artístico de un inmueble, en aquellos casos en que acudiendo a distintas concepciones puedan sostenerse diversas conclusiones), la distinción constitucional de funciones impide que el juez sustituya su discutible valoración, aún obtenida mediante pruebas periciales, por la discutible, pero no antijurídica, valoración administrativa. Cuestión distinta es, obviamente, los supuestos en que la decisión administrativa cae claramente en la zona de certeza negativa (por poner un ejemplo extremadamente simplificado, la Administración trata de declarar el valor histórico-artístico de una barraca ruinoso de cartón y hojalata construida hace dos meses).

<sup>123</sup> Otro ejemplo en este sentido lo constituyen, a nuestro parecer, aquéllas decisiones administrativas en el ámbito sanitario que, aún basándose en estimaciones científicas, suponen el ejercicio de una valoración y la adopción de una responsabilidad al decidir, por cuanto los criterios científicos no determinan soluciones unívocas ni sirven, por sí mismos, para tomar en consideración los riesgos potenciales derivados de ciertas actividades o productos. El ejemplo de la crisis suscitada a raíz del caso de las denominadas "vacas locas", referido a la toxicidad de la carne de vacuno para



Por otro lado, la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados presenta, en algunos supuestos, algunos matices y determinadas inflexiones que parecen aproximar en cierta medida ambas categorías. Así, en principio, la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados aparece clara, por cuanto, a diferencia de la primera, el concepto jurídico indeterminado "no admite más que una solución" puesto que la indeterminación de su enunciado "no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso", puesto que no supone la necesidad de ninguna valoración por parte de la Administración<sup>124</sup>. Esta línea de distinción, netamente marcada, está siendo, sin embargo, objeto de matización generalizada en la doctrina y jurisprudencia en relación a un tipo

---

la salud humana demuestra la necesidad de que las autoridades sanitarias deban decidir manejando las dudas que la comunidad científica puede no ser capaz de disipar en un momento determinado. En esta línea debe ser interpretado el art. 2 de la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de Salud Pública de 14 de abril de 1986, el cual indica que "las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad".

Aparte de las obras ya citadas, puede consultarse sobre el concepto de discrecionalidad técnica los trabajos de COCA VITA, E., "Legalidad Constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica", *RAP*, 100-102, 1983, pp. 1039 y ss, y "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales", *RAP*, 108, 1985, pp. 205 y ss., FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrariedad...*, op.cit. pp. 39 y ss. y ALEGRE AVILA, Juan Manuel, "Discrecionalidad técnica y control judicial: la revisión jurisdiccional de los juicios técnicos de los tribunales y comisiones de selección para el acceso a la función pública", *RVAP*, 42, 1995, pp. 267 y ss., donde puede hallarse citada la jurisprudencia más relevante al respecto, con un estudio específico de la importanten STS de 8 de junio de 1994.

<sup>124</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, vol. I, pp. 443 y ss. Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, vid. en la doctrina española, aparte de otras obras que se aludirán más adelante, el fundamental trabajo de GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 3ª ed. 1983, pp. 32 y ss, así como el estudio de SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, y el libro ya aludido de MOZO SEOANE, A., *La Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 229 a 381.



específico de conceptos jurídicos indeterminados, los conceptos *valorativos*<sup>125</sup>. Los mismos autores antes aludidos introducen una precisión al aludir al denominado "margen de apreciación" en favor de la Administración, aunque sin reconocer, en ningún supuesto, la necesidad de una valoración administrativa de la situación fáctica incluso en ese "margen de apreciación"<sup>126</sup>.

Esta postura ha sido matizada recientemente por el propio GARCIA DE ENTERRIA, quien ha destacado la necesidad de "establecer, con todo, una distinción, según que los conceptos jurídicos indeterminados sean conceptos de experiencia o conceptos de valor", puesto que los segundos "implican juicios de valor, que pueden ser técnicos ("impacto ambiental") o políticos ("interés público", "utilidad pública"), proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción en favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y criterios políticos que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el juez"<sup>127</sup>, dado que "en el caso de los "conceptos de valor" que, en aplicación de la Ley, usa la Administración, ese "ámbito de apreciación", utilizado por la Administración inicialmente en su resolución ejecutoria, se beneficia de una presunción de objetividad, no

---

<sup>125</sup> Sobre la distinción entre conceptos de experiencia y valorativos, vid. MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad...*, op.cit., pp. 381 y ss., quien reconoce la existencia de una valoración administrativa en el caso de los segundos.

<sup>126</sup> Por cuanto se trata de "un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos; supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda", aunque de hecho ni siquiera eso, puesto que según estos autores el juez al enjuiciar el caso "reduce la "zona de incertidumbre" y reconduce el caso concreto a una de las dos zonas de certeza, la positiva o la negativa, que es exactamente lo mismo que hace frente a todo problema interpretativo, porque la existencia de incertidumbre, de imprecisiones o de dudas, es consustancial en todo litigio". GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 447 y 448.

<sup>127</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia...*, op.cit., pág. 129.

muy distinta de la que corresponde al ejercicio de una genuina potestad discrecional"<sup>128</sup>. La aproximación entre ambas categorías cuando de conceptos valorativos se trata ha sido puesta de relieve por diversos autores, señalándose que la determinación de los mismos "comporta de ordinario una valoración de los hechos a la luz del concepto legal correspondiente y en atención al interés público a tutelar en cada caso, no se puede dudar de que está atribuida a la Administración. Y si esta puede llegar a varias soluciones distintas jurídicamente aceptables, es que está ejerciendo una potestad discrecional. De hecho, como en el ejercicio de toda potestad discrecional, la Administración está llamada en estos casos a completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo. Lo que ocurre es que el grado de discrecionalidad será en estos supuestos menor que en otros, dado que el proceso administrativo de valoración se halla condicionado y restringido por el concepto indeterminado"<sup>129</sup>, lo que ha conducido a poner de relieve la relativización entre lo discrecional y este tipo de conceptos, dentro de la "escala de la discrecionalidad" antes aludida, caracterizada por la ausencia de criterios objetivos que permitan discernir el único sentido en que legalmente puede aplicarse la norma<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E., "Una nota...", op.cit., pág. 84.

En la misma línea, vid. DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 124 y ss., quien distingue entre los conceptos jurídicos indeterminados los que ella llama conceptos indeterminados jurídico-políticos (por ejemplo "utilidad pública" o "interés social"). En el caso de estos conceptos, esta autora afirma la existencia de discrecionalidad administrativa, no sustituible por los tribunales de justicia.

<sup>129</sup> SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 119 y 120.

<sup>130</sup> BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 38 y ss. En esta línea, IGARTUA SALAVERRIA, J., "Conceptos indeterminados y hechos del Derecho", *RVAP*, 36, 1993, pp. 263 y ss., discute la tesis dominante en la doctrina española que implica la posibilidad de eliminar judicialmente el margen de apreciación de los conceptos, poniendo de relieve que "ante casos que no se inscriben claramente en lo que el núcleo abarca(...)no queda otro remedio que recurrir a directivas interpretativas, gobernadas en última instancia por ideologías o teorías normativas distintas que casi nunca conducen a los mismos resultados". En la doctrina alemana BULLINGER, M., "La discrecionalidad...", op.cit., pp. 905 y ss., pone de relieve como también "en los supuestos de hecho de una disposición legal es posible que, conforme a su sentido, el legislador conceda discrecionalidad



La jurisprudencia del TS, ante la necesidad de enfrentarse a supuestos concretos, se ha visto obligada a matizar la doctrina clásica de la unidad de solución justa de los conceptos jurídicos indeterminados en el caso de diversos conceptos valorativos, reconociendo en su apreciación la existencia de "un tanto de discrecionalidad o subjetivismo" en la zona de incertidumbre<sup>131</sup>, que puede obligar a la Administración a valorar los intereses en presencia en el supuesto concreto<sup>132</sup>.

---

para que la decisión directriz legal sea concretada por un programa administrativo y realizada en cada caso mediante dicha concreción", autorizando entonces los conceptos jurídicos indeterminados a una configuración creativa. Por otro lado, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, desde una perspectiva genérica, HART en su obra *El concepto del Derecho*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 155 y ss., había puesto de relieve lo que el denomina la "textura abierta" de las normas, que conduce al uso de conceptos normativos vagos, los cuales, en el supuesto de los casos difíciles en los que no es posible apreciar con claridad si concurren o no en la realidad los elementos que caracterizan el concepto, dan lugar a "que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto" (pág. 164).

<sup>131</sup> Es el caso de diversas sentencias que se refieren a los conceptos contenidos en el antiguo art. 73 de la Ley del Suelo de 1976, recogidos con posterioridad en el art. 138 del Texto Refundido estatal de 1992 (así, "belleza natural" o "carácter artístico" de los edificios), como por ejemplo las SSTs de 31 de diciembre de 1988 (Ar. 10293), 18 de junio de 1993 (Ar.4884) o 17 de octubre de 1995 (Ar. 7512).

En referencia concreta al papel de la belleza en los ámbitos del urbanismo y del medio ambiente, así como a la dificultad de su apreciación en cada caso singular, vid. el interesante artículo de MORAND-DEVILLER, J., "La ville, le paysage et le beau", *Archives de philosophie du droit*, núm. 40, 1996, pp. 180 y ss.

<sup>132</sup> En relación con los conceptos de utilidad pública o interés social en el ámbito de las autorizaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, diversas sentencias del TS han puesto de relieve la necesaria valoración que la Administración debe efectuar para su concreción en cada caso. Así por ejemplo, la STS de 24 de junio de 1992 (Ar.5527), relativa a la autorización de una piscifactoría, indica - en los considerandos de la sentencia apelada, aceptados por el TS - que en el caso se encuentran diversos intereses implicados - en concreto interés medioambiental (art. 45 CE) e intereses sociales y económicos (art. 35 y 38 CE) -, sin que el ordenamiento otorgue preferencia a ninguno, por lo que corresponde a la Administración "evaluar la intensidad de la presencia de estos intereses". En la de 7 de abril de 1992 (Ar. 3399) se señala que "claramente se establece que en la decisión o resolución definitiva "habrá de valorarse la utilidad pública o el interés social" de la edificación o instalación. En este caso concreto que nos ocupa, la Administración podrá valorar la compatibilidad de la instalación del cementerio con la finalidad de especial protección del suelo en que se pretende su asentamiento; si implica o no transformación de su asentamiento; si lesiona o no el valor específico que se quiera proteger; si debe ocupar determinado espacio; si es estrictamente municipal en vista de las necesidades del municipio en que se incardina o su ámbito es más amplio, etc; es decir, estamos en presencia de una actividad discrecional conformada por el art. 103.1 de la Constitución y sometida

Si bien es necesario tener presente en todo momento todas estas matizaciones, parece preciso, a los efectos del presente estudio, encontrar unas notas comunes que permitan fijar un mínimo común denominador de esa "escala de la discrecionalidad" formada por los supuestos vistos, a fin de entender en que forma el procedimiento puede coadyuvar a la orientación positiva de las valoraciones que deben efectuarse en los casos antes citados. Así, como ha sido puesto de relieve, diversas notas predominan en el tratamiento de esta figura<sup>133</sup>.

La noción de *interés general* se presenta asociado a la idea de discrecionalidad, pues, como establece la Exposición de motivos de la LJCA, ésta "surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público". En la doctrina española, SAINZ MORENO ha subrayado esta conexión entre discrecionalidad e interés general, indicando que "la esencia, pues, de toda actividad discrecional lo constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación", pudiendo ésta decidir que la Administración "realice o bien una valoración o bien una medición del interés público" mediante la atribución de potestades discrecionales<sup>134</sup>. Más recientemente, e insistiendo en la misma idea, BELTRAN DE FELIPE ha intentado una conexión entre discrecionalidad e interés general aludido en el art. 103.1 CE, encontrando a través de esta vía un fundamento constitucional para la

---

a control jurisdiccional para que se actúe dentro de los límites de la racionalidad y de la contemplación del interés público. Como acertadamente dice la parte apelante, una cosa es el resultado de la valoración y otra los criterios de valoración. En la actividad reglada se constata; en la discrecional se valora".

<sup>133</sup> BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 27 y ss.

<sup>134</sup> SAINZ MORENO, F., "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", *REDA*, núm. 8, 1976, pp. 74 y 75. También en su obra *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pp. 326 y ss.



discrecionalidad <sup>135</sup>.

La idea de *elección valorativa entre alternativas en base a criterios no jurídicos* también está presente en la mayoría de acercamientos a la figura de la discrecionalidad. Así, VEDEL y DEVOLVÉ señalan que existirá potestad discrecional de la Administración cuando "la loi ou les règlements lui laissent la liberté d'agir dans un sens ou dans l'autre", en cuyo caso "sa décision ne peut être jugée que du point de vue de l'opportunité : elle sera opportune ou inopportune, c'est-à-dire hereuse ou malhereuse, mais elle ne sera pas illégale puisque précisément l'Administration était libre d'agir dans un sens ou dans l'autre"<sup>136</sup>. En la misma línea y en el ámbito del Derecho Comunitario, el apéndice de la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros número (80) 2, adoptada el 11 de marzo de 1980, referida al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, define el término "poder discrecional" como "le pouvoir qui confère à une autorité administrative une certaine latitude d'appréciation quant à la décision à prendre, lui permettant de choisir entre plusieurs solutions juridiquement fondées celle qui lui paraît la plus opportune"<sup>137</sup>. Por su parte, DAVIS, en su clásica obra sobre la discrecionalidad en

---

<sup>135</sup> BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 163 y ss, señalándose en la pág. 177 que "*la discrecionalidad sería la expresión práctica u operativa de la posición constitucional de la Administración pública tal y como se deriva del artículo 103.1*" (La cursiva procede del original).

<sup>136</sup> VEDEL, G. y DEVOLVÉ, P., *Droit Administratif*, I, PUF, 11ªed., 1990, pág. 524. La misma concepción de la discrecionalidad como elección en CHAPUS, R., *Droit Administratif général*, vol I, 8ªed., 1994, pp. 894. En la doctrina británica, vid. por ejemplo, CRAIG, P.P., *Administrative Law*, London, Sweet&Maxwell, 1994, 3ªed, pág. 384, donde la discrecionalidad se caracteriza como "existing where there is power to make choices between courses of action, or where, even though the end is specified, a choice exists as to how that end should be reached". Vid también los trabajos de BELL, John, "Discretionary decision making: a jurisprudential view", y FIELDMAN, M.S., "Social Limits to discretion: an organizational perspective", ambos incluidos en HAWKINS, Keith (Ed.), *The uses of discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 89 y ss., y 163 y ss.

<sup>137</sup> En la versión inglesa, poder discrecional "means a power which leaves an administrative authority some degree of latitude as regards the decision to be taken, enabling it to choose from among several legally admissible decisions the one which it finds to be the most appropriate".

Estados Unidos, señala que "a public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction"<sup>138</sup>.

En España, GARCIA DE ENTERRIA y Tomás-Ramón FERNANDEZ destacan esta nota al definir la discrecionalidad como "esencialmente una libertad de *elección* entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en *criterios extrajurídicos* (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración", cabiendo, por tanto, en el ejercicio de una potestad discrecional "una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho"<sup>139</sup>. Sin perjuicio de precisar más adelante esa *indiferencia* para el Derecho de la decisión discrecional, a nuestro entender auténtico nudo gordiano de la cuestión, puede apreciarse como en la definición transcrita se alude a las dos notas citadas.

En la misma línea, recientemente DESDENTADO DAROCA se ha referido a la existencia de un supraconcepto de discrecionalidad, perteneciente a la Teoría General del Derecho, definido como "la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos". Partiendo de este supraconcepto, la autora citada define la discrecionalidad administrativa como "elecciones entre diferentes cursos de acción posibles, caracterizándose esa elección por basarse en una valoración

---

<sup>138</sup> DAVIS, K.C., *Discretionary Justice. A preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1969, pág. 4.

<sup>139</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 456. (Los subrayados son nuestros).



política"<sup>140</sup>.

Las notas de elección entre alternativas en base a criterios extrajurídicos se hallan también en la jurisprudencia del TS, donde se define la discrecionalidad como "potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo"<sup>141</sup>.

Las tres notas vistas (intereses generales, elección entre alternativas, uso de criterios extrajurídicos) han sido objeto de una construcción moderna de la discrecionalidad de la mano de GIANNINI, el cual ha acertado a conjugarlas de forma conjunta<sup>142</sup>. El análisis de la morfología de la discrecionalidad muestra como ésta comporta siempre una elección entre diversas soluciones posibles, de las cuales se elige la más oportuna para el caso concreto. Sin embargo, decir que la discrecionalidad supone una elección no completa el análisis, puesto que esa elección de la Administración pública está siempre vinculada al servicio del interés general que en cada caso concreto deba ser perseguido. La elección en cada caso debe ser la más oportuna en orden al interés general perseguido. Sin embargo, en el mundo real, el interés general a perseguir (el *interés primario*) no existe nunca de forma aislada, sino que se encuentra inserto en una trama de intereses variados, sean éstos otros intereses generales o bien intereses privados (los *intereses secundarios*). Cuanto más amplia es la elección, un ejemplo claro en este sentido lo supone la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, más

---

<sup>140</sup> Vid. DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pág. 68 y pág. 76.

<sup>141</sup> STS de 1 de junio de 1987.

<sup>142</sup> En lo que sigue se hace referencia a GIANNINI, M.S., *Diritto Amministrativo*. vol.I, Milán, Giuffrè, 1970, pp. 477 y ss.

crece el número de los intereses involucrados. La elección final en que consiste la decisión discrecional es el resultado de una ponderación comparativa entre variados intereses secundarios en orden a conseguir el interés general establecido por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la discrecionalidad consiste en esa ponderación y en la elección que se deriva de la misma, elección que es realizada en base a un *criterio*, el cual no está prefijado la mayor parte de las veces en el ordenamiento, de naturaleza extrajurídica. La aplicación de este criterio metajurídico en la ponderación de intereses es lo que conduce a un juicio valorativo que conduce a la elección final, en la que predominará el interés primario, los secundarios o bien se producirá una composición entre los diversos intereses<sup>143</sup>.

El servicio a los intereses generales orienta, pues, como no podía ser de otra manera, el ejercicio de las potestades discrecionales, igual que lo hace respecto de las regladas. El art. 103.1 CE plasma esta idea al establecer que al desarrollar su actividad la Administración Pública debe servir a los intereses generales. Sin embargo, el concepto de intereses generales presenta dificultades que lo convierten en inaprensible al mezclarse en torno al mismo consideraciones ideológicas junto a las estrictamente jurídicas, como ha sido destacado por

---

<sup>143</sup> GIANNINI, M.S., *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 3ª ed., 1993, pág. 182, señala que "Non vi sono norme scritte che fissino criteri generale di scelta; vige però il principio de la recessività dell'interesse primario(...). Esso significa che se gli interessi secondari sono in fatti prevalente rispetto all'interesse primario, questo recede, in tutto o in parte. Detto in modo più disteso, la ponderazione degli interessi può portare a giudizi valutativi di almeno tre tipi: 1) l'interesse primario è ritenuto meritevole di tutela, e gli interessi secondari o sono neutri rispetto ad esso o addirittura rafforzano le ragioni di tutela di esso: l'interesse primario è così dominante, e la scelta va orientata nel senso dell'adozione del provvedimento; 2) gli interessi secondari, o tutti o alcuni solo di essi, risultano invece più meritevoli di tutela dell'interesse primario: questo è recessivo, e la scelta va orientata nel senso del provvedimento negativo; 3) l'interesse primario risulta meritevole di tutela, ma anche taluni interessi secondari risultano tali; vi è una parziale recessività dell'interesse primario, e la scelta va orientata nel senso che il provvedimento va adottato, ma con clausole speciali, limitative o ampliative, per tutelare anche gli interessi secondari; in questa terza evenienza, che è la più frequente, si addivene perciò ad una composizione degli interessi acquisti al procedimento".



NIETO<sup>144</sup>. Desde el punto de vista de estas últimas, debe ser notado en primer lugar la pluralidad terminológica existente<sup>145</sup>. En este sentido, debe ser destacada la heterogeneidad de los intereses generales, trasunto inevitable del principio de autonomía que articula las relaciones entre los distintos niveles (estatal, autonómico, local) de poder en España (art. 2 y art. 137 CE), lo que conduce a que en un mismo territorio puedan coexistir diversas visiones del interés general, asociadas a la distribución competencial entre estos círculos concéntricos de poder. Como ha sido puesto de relieve por ORTEGA, "la iniciativa normativa de que gozan los entes con autonomía política supone una ruptura del monopolio normativo de declaración del interés público que antes realizaba únicamente el Parlamento estatal"<sup>146</sup>, con lo que es más adecuado en la actualidad hablar de intereses generales en plural, como expresión adecuada al pluralismo político reconocido como valor en el art. 1.1

---

<sup>144</sup> NIETO, Alejandro, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Dir.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol.III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2189 y ss.

<sup>145</sup> Ante la cuestión de si el interés general es lo mismo que el interés público, NIETO, "La Administración...", op.cit., pág. 2192, señala que se trata de una pregunta "que, por lo demás, no tiene respuesta genérica, sea científica o normativa, dado que la solución depende de cada coyuntura histórica. En unos momentos, habrá equivalencia y en otros distonía. Para unos autores la equivalencia es total (se trata, por tanto de términos rigurosamente sinónimos), mientras que para otros se trata de conceptos tan separados que su distinción implica la clave interpretativa de todo el sistema político. Ejemplos hay para todos los gustos y ya hemos vistos anteriormente cómo los constituyentes españoles terminaron identificando intereses generales e intereses públicos, pero separando cuidadosamente unos y otros de los intereses colectivos", aunque más adelante, en la pág. 2205, indica que de ordinario suele denominarse interés público cuando se entiende que éste es trascendente, es decir independiente de los particulares, mientras se usa la expresión interés general cuando se quiere expresar que éste está conectado a los intereses privados. Nosotros, por las razones que se explicarán en el texto, utilizaremos esta última denominación en plural. Un uso indistinto de las expresiones "interés general", "utilidad pública" o "interés público", entendiéndolas como equivalentes en TRUCHET, D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Librairie Generale de droit et jurisprudence, Paris, 1977, pp. 277 y ss.

<sup>146</sup> ORTEGA, Luis, "El reto dogmático del principio de eficacia", *RAP* núm. 133, 1994, pág. 9, indicándose más adelante en la pág. 10, en una imagen altamente sugestiva que "lo que debe destacarse de esta fragmentación del poder público es la atenuación del instrumento clásico de actuación de las organizaciones administrativas: la orden jerárquica. A esta estructura de poder público fragmentado no se la representa ya, como ha destacado RUFFOLO, con la imagen de la pirámide, sino la del archipiélago".

CE y al carácter descentralizado de nuestro estado<sup>147</sup>.

Junto a este dato, deben ser subrayadas sus relaciones de conexión con los intereses privados. La respuesta histórica a esta cuestión ha sido cambiante, como ha señalado NIETO<sup>148</sup>, y en la evolución se han sucedido momentos de identificación entre intereses generales y privados, como sucedió en el absolutismo, hasta la negación de las conexiones entre ambos, como teorizó PLATON al referirse al interés de la comunidad como algo distinto y superior al de los individuos o fueron entendidas las relaciones entre Estado y sociedad en el liberalismo del Siglo XIX<sup>149</sup>. Este debate histórico entre inmanencia o trascendencia de los intereses generales respecto de los privados debe zanjarse hoy en día a favor de la primera opción, de acuerdo con la definición constitucional que se efectúa del Estado, al caracterizarlo como *democrático* (art. 1.1 CE), propugnando como valor superior el *pluralismo político*, en el que la soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE)<sup>150</sup>. Éste carece de sustantividad propia, puesto que no es otra cosa que la institucionalización de la sociedad o comunidad política, del pueblo, de las personas. Es por ello que el Preámbulo de la Constitución señala el deseo de

---

<sup>147</sup> En relación con el carácter heterogéneo de los intereses generales, vid. PAREJO, A. et al., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1992, pp.305 y ss, y GIANNINI, M.S., *Derecho Administrativo*, MAP, Madrid, 1991, pp. 129 y ss.

<sup>148</sup> NIETO, A., "La Administración...", op.cit., pp. 2198 y ss.

<sup>149</sup> ALLEGRETTI, U., *Amministrazione...*, op.cit., pág. 4, se refiere a "l'idea dell'interesse pubblico come interesse proprio della persona statale, esterno e contrapposto quello dei cittadini, come contrapposta e "sovrana" rispetto ad essi è la persona dello stato e il suo potere" como una característica propia del estado liberal italiano.

<sup>150</sup> En relación a la naturaleza y eficacia jurídica de los valores constitucionales, puede consultarse, entre otros, PAREJO ALFONSO, Luciano, "Constitución y valores del Ordenamiento", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Dir.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pp. 30 y ss, quien indica en la pág. 105 la imbricación indisoluble y dialéctica entre sociedad y Estado, articulada por el principio democrático".



la Nación Española de establecer "la justicia, la libertad y la seguridad y *promover el bien de cuantos la integran*".

En consecuencia, el servicio a los intereses generales por la Administración Pública *debe efectuarse de acuerdo con el criterio de servicio a los ciudadanos* (art. 3.2 LRJPAC)<sup>151</sup>. Esta postura fue la adoptada ya por NIETO tempranamente, antes incluso de la promulgación del texto constitucional, al señalar que "lo más urgente es, por una parte, romper el monopolio interpretativo de lo que es interés público, en cuya definición deben participar de alguna manera hábil los ciudadanos y, por otro lado, romper con la idea de que el interés público es independiente de los intereses individuales y colectivos: por así decirlo, el interés público (y los mecanismo montados para su realización) está al servicio de los ciudadanos, y no a la inversa. Mientras se considere que éstos son meros destinatarios del mismo, obligados sólo a tolerarlo (cuando no a padecerlo), será ilusorio pensar que puedan identificarse con el mismo"<sup>152</sup>, y es también la postura sustentada por diversos autores<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", en LEGUINA VILLA, Jesús y SANCHEZ MORON, Miguel, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993, pág. 40, señala, al comentar el art. 3.2 LRJPAC que ese criterio de servicio a los ciudadanos conecta con el art. 103.1 CE, puesto que "explicita el carácter instrumental de toda Administración Pública implícito en la noción constitucional de servicio al interés general".

<sup>152</sup> NIETO, A., "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", *RAP*, núm. 76, 1975, pág.

<sup>153</sup> Así, DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, "Los fines de interés público como "causa" y como "límite" de la competencia, y como "medio" y "medida" de control jurídicos", *RAP*, nº 85, enero-abril 1978, pág. 161, y "Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas", *RAP*, núm. 100-102, 1983, pp. 851, en la que se indica que "no habrá intereses que no sean reconducibles a las exigencias existenciales de alguien. Y ese "alguien", cuando el interés se declara público, lo será necesariamente una comunidad en cuanto integración solidaria de individuos sometidos a unas comunes necesidades o aspiraciones, en función de las que surgirán, entre ellos, vínculos de interdependencia y de condicionamientos recíprocos", SAINZ MORENO, Fernando, "Reducción...", op.cit., pág. 75, y PAREJO ALFONSO, Luciano, "El planeamiento urbanístico como tarea comunitaria", *RDU*, nº 40, octubre-noviembre-diciembre 1974, pág. 27. Este último autor, en referencia al ámbito urbanístico indica que "el planeamiento urbanístico es, pues, una tarea y una responsabilidad de la comunidad, en las que la Administración asume la representación y gestión de

Asimismo, esta es la perspectiva adoptada por la LOFAGE, según nos indica su Exposición de Motivos - en la que puede leerse que "hoy la Administración Pública ya no es dueña de los intereses públicos, sino que debe definirlos a través de una acción combinada con las instituciones sociales y teniendo muy en cuenta los legítimos derechos e intereses de los ciudadanos de acuerdo con el principio constitucional de participación" - y establecen sus arts. 3.2 f) y 4. En el primero se señala que la Administración General del Estado debe actuar de acuerdo con el principio de "servicio efectivo a los ciudadanos", declaración que debe ser destacada y que confirma lo que se ha venido exponiendo hasta el momento. Por su parte, el art. 4 LOFAGE desarrolla este principio, estableciendo diversos deberes de la Administración<sup>154</sup>.

---

los intereses de aquélla, debiendo tener ocasión y obligación de compulsar la voluntad y los deseos de los ciudadanos a fin de adoptar, en definitiva, la ordenación que mejor responda a los intereses generales. Desde esta perspectiva no existe contraposición entre un interés general o público representado por la Administración y los intereses de los ciudadanos o particulares. Las distintas técnicas al servicio del urbanismo operan como meros instrumentos de búsqueda de los deseos de la colectividad y ofrecimiento a la misma de las distintas opciones óptimas de ordenación".

<sup>154</sup> De acuerdo con el principio de servicio a los ciudadanos, el art. 4 señala que:

"1. La actuación de la Administración General del Estado debe asegurar a los ciudadanos:

- a) La efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración.
- b) La continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

2. La Administración General del Estado desarrollará su actividad y organizará las dependencias administrativas y, en particular, las oficinas periféricas, de manera que los ciudadanos:

- a) Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.
- b) Puedan presentar reclamaciones sin el carácter de los recursos administrativos, sobre el funcionamiento de las dependencias administrativas.



De igual modo, es esta concepción la que puede hallarse también en la jurisprudencia actual del TS, el cual ha sostenido en su STS de 24 de noviembre de 1981 (Ar. 5299) que "en la interpretación del concepto de interés público, en el sentido de interés preponderante, la doctrina no ha tenido más remedio que tener que remontarse sobre las antiguas fórmulas simplistas, que presuponían un concepto claro, opuesto al del interés privado; en la actualidad, lo público y lo privado se entremezclan, a veces se confunden, y, cada vez en mayor número de casos, en vez de oponerse, entran en fase de franca colaboración". Asimismo, en la STS de 19 de mayo de 1988 (Ar. 5060) se señala que "en el campo de fuerzas de los intereses particulares, individuales o de grupo, la resultante histórica en cada momento conforma el interés público, que no es por tanto mera suma o yuxtaposición, algo cuantitativo, sino más bien una sublimación cualitativa"<sup>155</sup>. Es por ello que se ha dicho que los intereses generales "no son en definitiva, sino intereses sociales publicados", es decir "intereses sociales, de la colectividad, que el poder público ha asumido como propios, en fase constituyente o como poder constituido, prestándoles sus medios públicos de gestión y tutela"<sup>156</sup>. Esta concepción de los intereses generales como inmanentes de los privados<sup>157</sup>

---

3. Todos los Ministerios mantendrán permanentemente actualizadas y a disposición de los ciudadanos las unidades de información correspondientes, el esquema de su organización y la de los organismos dependientes, y las guías informativas sobre los procedimientos administrativos, servicios y prestaciones aplicables en el ámbito de la competencia del Ministerio y de sus Organismos públicos."

<sup>155</sup> Lo que conduce a afirmar en el campo del planeamiento urbanístico que "en todo ordenamiento del suelo en el que intereses y necesidades públicas confluyen conflictivamente con derechos e intereses económicos de los administrados, se procura encontrar un equilibrio legal y justo entre las partes enfrentadas", según la STS de 29 de octubre de 1982, Ar. 6452.

<sup>156</sup> SANCHEZ MORON, Miguel, voz "interés general", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol.III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3659.

<sup>157</sup> Aunque de lo dicho hasta el momento no debe inferirse que los intereses generales sean la mera suma de los particulares. En este sentido, VEDEL, George, y DEVOLVÉ, Pierre, *Droit...*, op.cit., pp. 512 y ss, indican que es un error tanto considerar que el interés general no tiene nada que ver con los intereses particulares como sostener que la mera suma de éstos constituye aquél. Para

supone, en definitiva, situar al ser humano en el centro del Derecho Público<sup>158</sup>, y considerar a los ciudadanos sujetos que no objetos pasivos en la determinación de los mismos<sup>159</sup>. Este enfoque permitirá, más adelante, resaltar el papel de la *participación de los ciudadanos* en el procedimiento de formación de las decisiones discrecionales, ya que partiendo de la inmanencia de los intereses generales, el conocimiento y toma en consideración de los intereses privados singulares y colectivos envueltos antes de decidir es fundamental para el logro de decisiones acertadas y oportunas<sup>160</sup>.

---

estos autores el interés general no es por esencia distinto al interés de las personas o de los grupos, sino que es un *arbitraje* entre los diversos intereses particulares, el cual puede efectuarse siguiendo criterios cuantitativos - siendo entonces el interés general el de la mayoría - como cualitativos - teniéndose en cuenta, por tanto, otros factores distintos.

<sup>158</sup> DAHL, R.A., *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992, pág. 94, destaca que "Si aceptamos que el ser humano es el centro, comprender el bien general de una colectividad no exige otra cosa que conocer los intereses de las personas. Carece de sustentación afirmar que los gobernantes deben conocer un tipo especial de bien general, el cual sería distinto de la combinación de los intereses de quienes integran la colectividad o son afectados por sus políticas".

<sup>159</sup> En este sentido, partiendo de los valores jurídicos consagrados en el art. 1 de la Constitución, vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, et al, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1992, pp. 31 y ss.

<sup>160</sup> Se intenta así hacer realidad lo expuesto por NIETO, A., "La Administración...", op.cit., pág. 2213, cuando pone de relieve la carga ideológica de cualquier tratamiento de los intereses generales y sostiene que "la conciencia de tal función ideológica puede servir al jurista para instrumentalizarlos en beneficio de alguna ideología confesada de la que no tiene por qué avergonzarse, por ejemplo, la democrática". Sobre las conexiones entre ideología e intereses generales, vid. el interesante trabajo de CHEVALLIER, Jacques, "Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général", en AA.VV., *Variation autour de l'ideologie de l'intérêt général*, vol.I, Presses Universitaires de France, 1978, pp. 11 y ss.



## 2. Cambio de estructura normativa, intereses generales y discrecionalidad.

Teniendo presente lo dicho, procede entonces referirse a la determinación de los intereses generales, cuestión íntimamente conectada a la existencia de discrecionalidad. Como ha sido notado por NIETO, "En el escalón constitucional aparecen meramente aludidos (ellos y sus figuras sinónimas y afines) en una serie de supuestos y con finalidades muy precisas. En el escalón legal, y por remisión, se amplían estos supuestos de aplicación con sus correlativas finalidades; pero sin concretar tampoco su contenido. Concreción que se realiza por la Administración en actos individuales, que pueden estar predeterminados también por un Reglamento interpuesto"<sup>161</sup>. Efectivamente, la CE se limita a citar a los intereses generales en diversos artículos, entre ellos el 103.1. Sin embargo, no los define, debiendo ser entonces la Ley, elaborada por los órganos representativos conforme a procedimientos en los que se garantiza la publicidad del debate entre mayorías y minorías, la que determine cuáles son. En este sentido se ha pronunciado la STC 130/1991, de 6 de junio, al señalar que "en un Estado democrático de Derecho que proclama como valores superiores del ordenamiento la libertad y el pluralismo político, la vía natural de expresión de la idea y del contenido que la sociedad (...) tiene del interés público vigente en cada momento, cuando se trata de la adopción de acuerdos que llevan consigo opciones de naturaleza primaria o prevalentemente política (...), lo constituye la voluntad mayoritaria de los órganos representativos, formada en debate público y a través de los procedimientos jurídicos

---

<sup>161</sup> NIETO, A., "La Administración...", op.cit., pág. 2216.

establecidos". Esta es también la opinión doctrinal<sup>162</sup>. Sin embargo, las Leyes no siempre quieren o pueden determinar con precisión cuáles son los intereses generales aplicables al caso concreto, cuya ejecución automática correspondería al Gobierno o a la Administración mediante el ejercicio de potestades regladas. Como indica NIETO, "bien puede suceder - y tal es lo ordinario - que la Ley tampoco se pronuncie sobre el particular, limitándose a hacer una nueva remisión..."<sup>163</sup>. En estos casos de indeterminación legal de los intereses generales es cuando aparece la discrecionalidad, dejando Gobierno y Administración entonces de ser meros ejecutores de la Ley, en la visión mecanicista propia del Siglo XIX<sup>164</sup>, que hoy en día, cada vez en mayor medida como veremos, aparece como de más difícil sostenimiento, dada la elasticidad que progresivamente han ido adquiriendo las Leyes.

Así, los intereses generales pueden ser definidos no ya en la Ley, sino en reglamentos elaborados por el Gobierno, órgano a quien la Constitución atribuye en el art. 97 la potestad reglamentaria, y que goza también de legitimación democrática para su determinación<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> Así, por ejemplo, SAINZ MORENO, F., "Reducción...", op.cit., pág. 74, "En un Estado democrático y libre sólo al legislador corresponde fijar lo que conviene al interés público(...). En una sociedad libre, el contenido de ese concepto se forma a través de los procedimientos jurídico-democráticos, en un debate público, en el que los partidos políticos cumplen la función de exponer los diferentes aspectos de cada concepción del bien común...",

<sup>163</sup> NIETO, Alejandro, "La Administración...", op.cit., pág. 2215.

<sup>164</sup> Como señalan GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A., "Funciones del Gobierno", en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo VIII, EDERSA, pág. 34, "El imperio de la ley y de la Asamblea que la "hace" ("hacer la ley" es expresión típica del Derecho Público español tradicional) frente a un Monarca (o Presidente, en su caso) encarado de "hacerlas ejecutar", es el modelo dominante en el Derecho Público occidental del siglo XIX (salvo los países germánicos), que se caracterizará gráficamente como "Estado Legislativo". En la teoría, esa visión mecanicista quedará sintetizada por KANT en un puro silogismo (ley-ejecución de la ley-sentencia) (...). Este esquema encajaba muy bien en las aspiraciones de los sectores liberales que luchaban todavía frente a las fuerzas tradicionales encabezadas por el Rey, cuyo papel político se quería sujetar a la voluntad del Parlamento".

<sup>165</sup> En este sentido, SANCHEZ MORON, M., *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España-Espasa Calpe, Madrid, 1991, pág 60, indica que "Los intereses generales se definen por los órganos de dirección política, que tienen legitimación democrática directa, es decir, por el binomio Parlamento-Gobierno...".



Ha sido destacado la conexión existente entre potestad reglamentaria y función de gobierno<sup>166</sup>, señalándose la sustancia estrictamente política de dicha potestad, la cual debe ser ejercida por los órganos directamente representativos de los ciudadanos o aquellos otros cuyo mandato trae causa directa e inmediata de la representación popular<sup>167</sup>. Es la potestad reglamentaria precisamente uno de los instrumentos para el desarrollo por parte de los gobiernos estatal, autonómicos y locales de políticas públicas, entendidas como programas de acción gubernamental en un sector social o geográfico determinado<sup>168</sup>, siendo, en este sentido, la potestad reglamentaria un "óptimo instrumento de desarrollo para garantizar la eficacia de las líneas generales de orientación política"<sup>169</sup>. No es este el momento para profundizar en el principio de legalidad desde la perspectiva de las relaciones Ley-Reglamento, sino simplemente, en el ámbito que nos ocupa, queremos poner de relieve la

---

<sup>166</sup> En este sentido, vid. EMBID IRUJO, A., "Potestad...", op.cit., pág.92. La Memoria de 1992 de la Comissió Jurídica Assessora de Catalunya señala en su pág. 13 que "Se ha de subrayar la estrecha relación que hay en nuestro sistema institucional entre la función de gobierno y la potestad reglamentaria. El Gobierno de la Generalitat ostenta esta potestad reglamentaria como competencia propia y peculiar, en la medida que es un instrumento de la función de gobierno que le corresponde desplegar, con el carácter de innovación, impulso y creación que la caracteriza".

<sup>167</sup> SANTAMARIA PASTOR, J., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CERA, S.A., 1988, pág.754. Lo que no quiere decir que no puedan existir, como matiza este autor, atribuciones legales concretas de potestad reglamentaria a órganos o entes administrativos específicos. Sobre la potestad reglamentaria de los ministros, vid. por ejemplo las pp. 757 y ss. de la obra citada de este autor, EMBID IRUJO, A., "Potestad...", op.cit., pp.93 y ss., y LOPEZ GONZALEZ, José Ignacio, "La potestad reglamentaria de los ministros", *REDA*, 39, 1983, pp. 609 y ss. En relación a la potestad reglamentaria de las denominadas Administraciones *independientes*, vid. por ejemplo los trabajos sobre el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores de FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, "Los poderes normativos del Banco de España" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 13, 1984, ARAGON, M., "Las fuentes de la contratación bancaria. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las circulares del Banco de España", *REDC*, 32, 1992, pp. 47 y ss., y MALARET, E., "La Comisión Nacional del Mercado de Valores (una aproximación a su configuración institucional)", *REDA*, 26, 1992, pp. 557 y ss.

<sup>168</sup> MENY, I., y THOENIG, J.C., *Políticas Públicas*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 99 y ss.

<sup>169</sup> CANOSA USERA, R., "La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional", *REP*, 67, 1990, pág. 145.

profunda imbricación existente entre la discrecionalidad reglamentaria y ausencia de determinación de los intereses generales en la Ley. Discrecionalidad que no es siempre idéntica, sino que depende en su grado del tipo de reglamento de que se trate, en función del juego de las reservas de ley respecto a la determinación del interés general<sup>170</sup> y de la profundidad de la remisión legal al reglamento. La discrecionalidad será máxima cuando el reglamento sea independiente<sup>171</sup>, es decir, cuando, la materia a regular no esté sometida a reserva de ley en la Constitución<sup>172</sup> ni exista ley previa que haya decidido entrar a normarla, congelando así el rango. Distintos son los casos en que existiendo reserva legal se produce una llamada al reglamento para que éste colabore en la regulación de la materia.

---

<sup>170</sup> Cuya funcionalidad es explicada desde el principio democrático y la garantía constitucional del pluralismo político en determinadas materias, en las cuales será necesario que las decisiones sean tomadas en un órgano, el Parlamento, en el que se da el juego mayoría-minoría y donde pueden ser expresados los distintos puntos de vista de la sociedad conforme a un procedimiento, el legislativo, en el que concurren las notas de publicidad y contradicción, permitiéndose así la movilización de la opinión pública. En este sentido, vid. al respecto, DE OTTO, I., *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, Ariel, Madrid, 1987, pág. 153, TORNOS MAS, J., "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", *RAP*, 100-102, 1982, pp. 478 y 479, BAÑO LEON, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 75 y ss.

<sup>171</sup> Sobre su admisibilidad en el ordenamiento jurídico español la doctrina se encuentra dividida, como es conocido. Vid. un resumen de las distintas posturas en BAÑO LEON, J.M., *Los límites...*, op.cit., pp. 163 y ss. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del TS se ha reconocido la existencia del reglamento independiente. Así, entre otras, la STS de 18 de marzo de 1993, Ar. 1772, donde se indica que "hoy no debe haber inconveniente en definir el reglamento independiente como aquél que sea consecuencia de la potestad originaria (o derivada directamente de la Constitución) y que permite, por ello, llenar el vacío legal que en un momento determinado pueda aparecer".

<sup>172</sup> En este punto, como es conocido, existen disparidad de posiciones doctrinales. Para unos autores, existiría una reserva global de Ley en la Constitución que abarcaría a la libertad, propiedad o el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, en tanto que para otros autores no existe tal reserva generalista en la Constitución, sino que habrá que estar a las concretas reservas explicitadas en su texto. Vid. al respecto GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 226 y ss., BAÑO LEON, J.M., *Los límites...*, op.cit., pp. 192 y ss, los cuales se encontrarían en el primer grupo de opiniones, y DE OTTO, I., *Derecho Constitucional...*, op.cit., pp. 155 y ss, y EMBID IRUJO, A., "Potestad Reglamentaria", *RVAP*, núm. 29, 1991, pp. 96 y ss.



En estos supuestos, la discrecionalidad reglamentaria en la determinación de los intereses generales variará en función de la profundidad vertical de la remisión legal, la cual puede ser distinta en cada supuesto concreto<sup>173</sup>, siempre con el límite genérico de la imposibilidad de remisión incondicionada o en blanco, tal como ha sido señalado por el TC<sup>174</sup>. En este sentido, el grado de discrecionalidad de los reglamentos ejecutivos - en los casos de menor profundidad de la remisión -, que se limitan a aplicar la regulación legal, completándola y desarrollándola, es menor, evidentemente, que el de los reglamentos remitidos<sup>175</sup>, tal como ha sido destacado por DE LA CRUZ FERRER, ya que, en definitiva, "la discrecionalidad reglamentaria depende de la profundidad vertical con que la ley regule la materia de que se trate"<sup>176</sup>.

Al margen de las relaciones entre Ley y reglamento en el seno del mismo ordenamiento, estatal o autonómico, quedan, a nuestro entender, las relaciones entre Ley y normas locales respecto a la determinación de los intereses generales, relaciones que deben

---

<sup>173</sup> En relación con el distinto alcance de la remisión legal, intentado fijar criterios positivos y negativos que pueden orientar su intensidad, vid. BAÑO LEON, José María, *Los límites...*, op.cit., pp. 104 y ss.

<sup>174</sup> En la conocida sentencia número 83 del año 1984 : "Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esta potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales, del tipo de la que ahora se cuestiona, en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

<sup>175</sup> En la terminología de TORNOS MAS, J., "La relación...", op.cit., pág. 486, "En algunos casos el Reglamento es verdaderamente ejecutivo, pues la norma legal contiene una regulación básica de la materia que el Reglamento completa, desarrolla, aplica, pero en otros casos la norma legal será una autorización mucho más amplia, de forma que el Reglamento no ejecuta, sino más bien regula, según los criterios del Gobierno, algún aspecto material que le ha sido remitido por la Ley".

<sup>176</sup> DE LA CRUZ FERRER, Juan, "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", *RAP*, núm. 116, 1988, pág. 70.

abordarse desde la perspectiva de las relaciones interordinamentales. Existiendo competencia propia para la regulación de una determinada materia, ésta se ejerce en "régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad" (art. 7.2 LBRL). Esta autonomía garantizada constitucionalmente en la Constitución (art. 137) debe comportar un ámbito privativo de decisión, o en otras palabras, discrecionalidad en la regulación normativa para la determinación de los intereses generales locales<sup>177</sup>, los cuales son precisados por un órgano colegiado, democráticamente elegido y, por tanto, representativo, mediante un procedimiento en el que se suscita un debate entre las fuerzas políticas representadas que exponen sus puntos de vista. En el seno de esta discusión pública se produce el juego contradictorio mayorías-minorías y el conocimiento por la opinión pública de los términos de la controversia<sup>178</sup>. En consecuencia, en aquellas materias en las que exista reserva legal, la discrecionalidad normativa local no surge de la remisión, sino que, por el contrario, la

---

<sup>177</sup> En este sentido, SALAS HERNANDEZ, Javier, "El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la Administración local desde la perspectiva de la descentralización territorial", en MARTIN-RETORTILLO, Sebastián (Dir), *Descentralización administrativa y organización política*, vol.II, Alfaguara, Madrid, 1973, pág. 376, "La autonomía, tal y como la entendemos aquí, aunque referida a las Administraciones locales, hace referencia tanto a la competencia exclusiva de que éstas puedan ser titulares como a la valoración independiente de los intereses públicos que persiguen a través del ejercicio de tal competencia". Vid también sobre la conexión autonomía-libertad de decisión, EMBID IRUJO, A., "Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal", *REDA*, núm. 30, 1981, pp. 437 y ss.

El TC ha puesto al descubierto esta conexión entre autonomía local y discrecionalidad en el ejercicio de competencias locales en su sentencia 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 4, al indicar que "la autonomía municipal consiste, fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política...".

<sup>178</sup> Como indica LOPERENA ROTA, Demetrio, "El Pleno del Ayuntamiento", *DA*, núm. 228, octubre-diciembre 1991, pág. 103: "El pleno en sesión es el órgano constituido, ejerciendo sus potestades ante los vecinos de forma democrática e incluso en el espacio físico (Salón de Plenos) y con un procedimiento reservado en nuestro ámbito cultural a las celebraciones de reconocida transcendencia. Así ocurre también con otros poderes públicos, especialmente el judicial. Por ello, la sesión municipal es el momento preeminente del debate político, además de convertirse en el lugar donde se producen decisiones jurídicamente vinculantes fruto del sumatorio de la voluntad colegiada de los Concejales".



regulación legal deberá respetar esa discrecionalidad, realizando un encuadramiento normativo, mediante el que se indiquen criterios de fondo sobre fines, procedimiento para alcanzarlos y límites, pero dejando al criterio discrecional local la concreta determinación de los intereses generales afectantes a su ámbito, como ha sido puesto de relieve por PAREJO<sup>179</sup>, quien ha destacado también la influencia que la posición de los entes locales tiene sobre la morfología de su discrecionalidad normativa<sup>180</sup>.

Sin embargo, puede suceder, y con frecuencia sucede, que la determinación de los concretos intereses generales no se realice ni por la Constitución, ni por la Ley ni tampoco por ningún reglamento del Gobierno o administrativo. Situación en que "ante la inhibición definitoria de la norma aparece el acto administrativo como decisivo"<sup>181</sup>. Surge así, como vimos, la discrecionalidad administrativa, la cual encaja mal con el papel puramente ejecutor de la ley que tradicionalmente ha sido atribuido a la Administración Pública. Así, CASSESE

---

<sup>179</sup> Vid. al respecto PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar...*, op.cit., pp. 79 y ss, en las que este autor pone de relieve que "La Ley formal no habilita ni dispone (cual sucede en su relación con el Reglamento en sentido estricto) el dictado de la norma local (recuérdese que ésta es expresión de un autogobierno garantizado constitucionalmente); se limita a definir el marco, a fijar los límites o delimitar el espacio propio del ordenamiento local" (pág. 91). Este autor considera que esta concepción es la reflejada en el art. 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, el cual indica que por autonomía local se entiende "el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes".

<sup>180</sup> PAREJO ALFONSO ha puesto de relieve esta cuestión en diferentes trabajos. Puede consultarse entre ellos, por ejemplo, *Administrar...*, op.cit., pág. 93, "La potestad local es discrecional obviamente, pero su discrecionalidad no es sin más la ordinaria de las potestades administrativas de este carácter, es decir, la que opera no tanto sobre el supuesto de hecho, cuanto más bien sobre la consecuencia legal. Se trata de una discrecionalidad semejante en su sustancia (que no en su alcance, indudablemente menor, por razones obvias) y salvando las distancias, a la plenamente política de que goza el Parlamento a la hora de la toma de la decisión formalizada en la Ley".

Un intento de análisis de la naturaleza de la discrecionalidad en el ámbito de la ordenación urbanística municipal teniendo presente el juego de la autonomía municipal garantizada en el art. 140 CE puede encontrarse en PONCE SOLÉ, Julio, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 80 y ss.

<sup>181</sup> NIETO, A., "La Administración...", op.cit., pág. 2217.

ha indicado respecto del principio de legalidad que "la discrecionalidad ha constituido un auténtico aguijón para la cultura jurídica y los jueces. En efecto, quien crea que pueda existir y que exista una actividad administrativa consistente en la transposición mecánica de leyes, por parte de una Administración que actúa como un autómeta, encuentra luego difícil explicar la existencia de las opciones realizadas por la Administración, con su propia voluntad, con los ritmos que ella misma determina, a favor de esto y no de aquello, etc. Habiendo creado un fetiche, luego es difícil explicar la realidad"<sup>182</sup>. A pesar de las afirmaciones doctrinales<sup>183</sup>, lo cierto es que la Administración frecuentemente define y determina los intereses generales en los supuestos concretos en que interviene, ante la indeterminación del ordenamiento jurídico sobre lo que sea de interés general en el caso concreto, pues como ha sido señalado, el realismo conlleva constatar que "la inevitable imprecisión (cuando no abierta indefinición) de las directrices legislativas sobre el mismo hacen que de hecho desempeñe un papel más destacado que el de mera gestora o aplicadora de unos intereses generales que le vendrían dados y precisados de antemano por las leyes"<sup>184</sup>.

Aparece, pues, en primer término la cuestión de la vinculación de la discrecionalidad administrativa a la estructura de las normas referidas a la actividad administrativa, puesto que esa contextura normativa está evolucionando progresivamente hacia una menor densidad en

---

<sup>182</sup> CASSESE, S., *Las bases...*, op.cit., pág. 344.

<sup>183</sup> Por ejemplo, SANTAMARIA PASTOR, A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, CEURA S.A., 1991, pág. 249, "no hay más racionalidad ni interés público que el que es definido normativamente por el titular representativo del poder político (el Parlamento) y actualizado a través de su órgano gestor (el Gobierno); la Administración Pública carece *per se* de legitimidad autónoma para definir ese interés público y decidir la forma de conseguirlo". En el mismo sentido, SAINZ MORENO, F., "Reducción...", op.cit., pág. 75, "no es misión de la Administración descubrir en cada momento y ante cada caso lo que conviene al interés público: su tarea por el contrario es concretar y aplicar la idea de interés público que la ley le expresa".

<sup>184</sup> BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 168. Vid. también DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 95 y ss.



la dirección de la Administración y conduciendo a un aumento de los ámbitos discrecionales, al no predeterminarse los intereses generales en el ordenamiento jurídico, el cual "no da una solución a la hora de determinar el interés social concreto que debe prevalecer en una situación singular"<sup>185</sup>. Como ha señalado TORNOS, "el derecho plantea en la actualidad otro problema que no deriva de la pregunta de qué norma habilita, sino de la pregunta de qué estructura posee la norma habilitante"<sup>186</sup>.

Partiendo de la evidente interconexión entre discrecionalidad y contexto normativo<sup>187</sup>, ha sido puesto de relieve como el advenimiento y desarrollo del Estado social ha comportado un proceso de pérdida de precisión de las normas jurídicas. En la perspectiva clásica de WEBER, frente a una racionalización formal del Derecho, tendente a la vinculación jurídico-formal más precisa y favorable para el cálculo de las probabilidades y

---

<sup>185</sup> ORTEGA, Luis, "El reto...", op.cit., pág. 10. Cuestión distinta, pero conectada a esta es la discusión doctrinal en torno a si siempre debe existir una norma que habilite la actividad administrativa o si, por el contrario, la Administración puede actuar aunque no exista ninguna norma autorizante. Como es sabido, para los partidarios, mayoría en la doctrina, de la primera solución, la conocida como vinculación positiva, siempre debería existir una norma previa habilitante de la actuación, reglada o discrecional, administrativa (GARCIA DE ENTERRIA). En cambio, desde la segunda perspectiva se sostiene que la vinculación de la Administración al ordenamiento es negativa, en el sentido de que en aquéllos ámbitos no sujetos a reserva de ley en que no existe norma previa, ni legal ni reglamentaria, ésta podría actuar, sin necesidad de que específicamente se habilite tal intervención por el ordenamiento, en persecución de fines de interés general (GARRIDO FALLA, NIETO). Vid. una exposición de ambas posiciones en GONZALEZ SALINAS, Jesús, "Notas sobre algunos de los puntos de referencia entre Ley, reglamento y acto administrativo", *RAP*, núm. 121, 1990, pp. 193 y ss, TORNOS MAS, J., "El principio de legalidad en la doctrina jurídica española", *Diritto Pubblico*, núm. 1, 1995, pp. 61 y ss, y SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 103 y ss.

<sup>186</sup> TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad e intervención administrativa económica", en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 393.

<sup>187</sup> En este sentido, DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, 1984, pp. 83 y 84, "El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisiones sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada. Tiene sentido hablar de la discreción de un sargento que está sometido a las órdenes de sus superiores, o de la de un funcionario deportivo o un juez de competición que se rige por un reglamento o por los términos de la competición. La discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea".

la seguridad jurídica, se contraponía una racionalización material del Derecho, conducente a aquello que mejor satisface, desde el punto de vista del contenido, las exigencias prácticas, utilitarias y éticas, de autoridades tales como jefes, déspotas o demagogos, prototipos de la "justicia del cadí", del predominio de postulados materiales - éticos, políticos -, de puntos de vista concretos de equidad no formalizados. En esta dicotomía, la Administración burocrática supone "la forma *más racional* de ejercerse una dominación; y lo es en los sentidos siguientes: en precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y los interesados; intensidad y extensión en el servicio; aplicabilidad formalmente universal a toda suerte de tareas; y susceptibilidad *técnica* de perfección para alcanzar el óptimo en sus resultados"<sup>188</sup>. La racionalidad formal del Derecho da lugar, pues, a una Administración burocrática que es racional en el sentido de aplicación automática de premisas ya dadas, de *inputs* que preconfiguran los *outputs*, mediante la subsunción de los hechos en la norma. Sin embargo, como ha notado OFFE, este modelo ha sufrido una metamorfosis, puesto que de una administración burocrática-legal como la descrita se ha producido el paso al modelo por él denominado de la "política administrativa del Estado social", en que las normas simplemente marcan objetivos, resultados a obtener, siendo la Administración quien decide las premisas de actuación jurídicas, personales y organizativas para el logro de los mismos<sup>189</sup>. El aumento del intervencionismo conduciría a una *informalización* del Derecho, incapaz de predeterminar con precisión decisiones concretas, de dibujar con antelación los intereses generales a servir por la Administración. Es lo que se ha denominado, con una terminología cargada en ocasiones de

---

<sup>188</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pág. 178.

<sup>189</sup> OFFE, Claus, "Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-administrativo", en la obra del mismo autor *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988, pp. 7 a 25.



connotaciones ideológicas, la progresiva *materialización* del Derecho, entendida como "el paso de un derecho que se limitaba configurar marcos formales de actuación a un derecho que decide *sustantivamente* muchas cuestiones, cuya resolución se dejaba anteriormente a los mecanismos sociales"<sup>190</sup>. Ante la imposibilidad de armonizar de antemano los intereses que puedan estar implicados, las normas jurídicas no definen los intereses generales, sino que se limitan a establecer fines a perseguir por la Administración, proliferando cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados valorativos, lo que conlleva la remisión a "criterios de decisión extrajurídicos (morales, políticos, técnicos, económicos" , es decir, una "politización (o moralización, economización o tecnificación - suponiendo que fuera correcto hablar así-) del Derecho"<sup>191</sup>, en definitiva, un aumento de la discrecionalidad administrativa<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> ESTEVEZ ARAUJO, J.A., "La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, pág. 112.

<sup>191</sup> ESTEVEZ ARAUJO, J.A., "Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado Social", en OLIVAS, E. (Dir.), *Problemas de legitimación del Estado Social*, Trotta, 1991, pág. 152. En el mismo sentido, vid. REICH, Norbert, "Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica", en CORCUERA ATIENZA, J., y GARCIA HERRERA, M.A. (Ed.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, 1988, pp. 100 y ss.

<sup>192</sup> Vid. al respecto CHEVALLIER, J. y LOSCHAK, D., "Rationalité Juridique et rationalité managériale dans l'Administration française", *Revue Française d'Administration Publique*, núm. 24, 1982, pp. 704 y ss., en las que se señala como "la règle de droit tend à devenir une *technique opérationnelle* de gestion, qui tire sa légitimité, non plus d'elle même, de sa vertu intrinsèque, mais du fait qu'elle est au service d'autres fins extérieures et supérieures (...). Les lois se présentent davantage comme des textes d'*habilitation*, ouvrant à l'administration des domaines nouveaux d'intervention et étendant le champ de ses compétences, que comme des dispositifs visant à borner et à limiter l'exercice de la puissance administrative; elles constituent, pour l'administration, moins des freins et des entraves que des moyens de développer sa capacité d'action et de renforcer sa liberté d'appréciation: le "peut" tend de plus en plus à se substituer au "doit", ou tout au moins à être le corollaire indissociable. Le législateur se contente dans le plupart des cas de fixer à l'administration certains objectifs généraux, en lui confiant le soin de les préciser en termes de programmes d'action et en lui laissant toute latitude en ce qui concerne les conditions de leur réalisation. L'administration dispose donc d'un très large pouvoir discrétionnaire dans l'application: la loi ne comporte plus en général qu'une contrainte de but; c'est à l'administration de choisir les moyens les plus appropriés pour atteindre les objectifs voulus par le législateur. La validité de ces moyens ne sera dès lors plus appréciée en elle-même, mais par référence exclusive au but légal".

Esta mayor "flexibilidad" de los modelos jurídicos<sup>193</sup>, con la correlativa pérdida de programación de la actividad administrativa y el aumento de la referencia a criterios metajurídicos en la misma no ha tenido, en general, un impacto determinante en el enfoque del Derecho Administrativo propio de la doctrina mayoritaria en España, como ha sido destacado por ESTEVEZ ARAUJO<sup>194</sup>. No faltan, sin embargo, autores atentos al fenómeno de materialización descrito y a sus consecuencias sobre la actuación administrativa y su control judicial. Así, PAREJO ha llamado la atención sobre el cambio en la estructura de las normas ante la dificultad creciente que éstas encuentran para determinar con precisión los intereses generales, mutación que comporta el paso progresivo a una "vinculación estratégica" de la Administración, en donde la concreción de lo que sea de interés general en un caso concreto se remite al nivel administrativo, mediante la atribución explícita de discrecionalidad a la Administración, el uso de conceptos jurídicos con componentes valorativos de gran indeterminación o la fijación de directrices y reglas finales, en las que se establecen objetivos a cumplir<sup>195</sup>. Las razones de este fenómeno deben buscarse en el

---

<sup>193</sup> En este sentido, vid. AÑÓN, María José, "Notas sobre discrecionalidad y legitimación", *DOXA*, núm. 15-16, 1994, vol. II, pág. 909.

<sup>194</sup> ESTEVEZ ARAUJO, J.A., "La crisis...", pp. 114 y ss, donde se pone de relieve la falta de percepción de los cambios aludidos por la doctrina jurídico-administrativa, anclada en el principio de legalidad desde la perspectiva de la reducción de los ámbitos discrecionales de la Administración, como fenómenos residuales que no encajan bien en un esquema en el que la Administración ejecuta la Ley, en un teórico proceso histórico continuado, que, sin embargo, como pone de relieve el citado autor, no se corresponde con la situación real del ordenamiento actual.

<sup>195</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, pág. 23, "La propia "programación" de la actividad administrativa a través de la Ley está sufriendo profundas transformaciones. La Ley no responde hoy ya a la configuración dogmática establecida. No se trata tan solo del surgimiento de nuevos tipos de Leyes, fundamentalmente en razón a la pérdida de las notas clásicas de la generalidad y la abstracción, sino también y muy especialmente de una radical diversificación de los contenidos propios del mandato legal. La Ley está dejando de responder ya, cada vez en mayor medida, al esquema mandato general-deber de obediencia directo del ciudadano; establece con progresiva normalidad simples apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como mandatos de búsqueda y encuentro de la solución en cada caso más idónea y adecuada. Estos cambios en la Ley repercuten, como es natural, en el comportamiento de sus destinatarios y, especialmente, de la Administración. Surgen así para ésta



incremento de la demanda de regulación ante la asunción por el Estado Social de la responsabilidad respecto de las condiciones socioeconómicas, regulación que ha aumentado su complejidad, debido al paralelo aumento de complejidad de las sociedades actuales, dominadas por la heterogeneidad e interacción de los intereses privados y generales. Factores a los que hay que sumar la rapidez de los cambios tecnológicos, con sus secuelas económicas y sociales<sup>196</sup>, lo que provoca que "la legislación administrativa tiende a hacerse más flexible, a veces etérea (aunque esto no es posible en el ámbito de la reserva de ley), más principal o directiva, remitiendo su concreción a reglamentos o planes, o dejando a la Administración la tarea de adoptar la regla aplicable para el caso concreto, previa ponderación de todas las circunstancias y de los intereses en presencia"<sup>197</sup>.

Esta progresiva materialización del Derecho es perceptible en la contextura de las normas jurídicas relativas a la actividad de la Administración. En el ordenamiento coexisten, de un lado, la programación condicional, mediante el establecimiento de reglas de estructura condicional típica de supuesto de hecho y consecuencia jurídica, en las que operaría el esquema del silogismo subsuntivo. Esta es la programación clásica de la Administración, aunque en ocasiones no alcanza tampoco a ser formulada en forma precisa, puesto que se recurre al uso de conceptos jurídicos de gran indeterminación, en conexión, algunas veces,

---

mayores márgenes de acción (incluida, en su caso, la negociación o el acuerdo sobre los términos de aplicación de la ley), una cierta capacidad de opción entre alternativas para la realización de los fines legales y hasta determinadas posibilidades de disposición sobre y desviación de éstos últimos". En el mismo sentido, vid. por el mismo autor *Administrar...*, op.cit., pp. 96 y ss., donde se emplea el término "vinculación estratégica" de la Administración.

<sup>196</sup> En este sentido, BROHM, W., "Administración y Jurisdicción contencioso-administrativa como mecanismos de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho", *DA*, núm. 234, 1993, pp. 116 y 117.

<sup>197</sup> SANCHEZ MORON, M., "Siete...", op.cit., pág. 151.

con elementos técnicos<sup>198</sup>. Como es conocido, también es en este tipo de normas donde se encuentra el concepto clásico de discrecionalidad ligado a la consecuencia jurídica, por ejemplo, mediante el uso del "podrá"<sup>199</sup>. Ahora bien, junto a esta clase de programación de la actividad de la Administración ha surgido otro tipo de programación que plasma el fenómeno de materialización del Derecho antes expuesto. Se trata de las reglas que fijan objetivos y fines y del establecimiento de directrices por el ordenamiento. Siguiendo en este punto a ATIENZA, las reglas finales "señalan un fin a obtener pero, a diferencia de las directrices, se trata de un fin que debe cumplirse de forma plena (no en la mayor medida posible), aunque para ello el destinatario de la norma pueda recurrir a medios diversos (dentro de los que el ordenamiento considera lícitos)"<sup>200</sup>. En cambio, las directrices, es decir, *policies* en terminología de DWORKIN<sup>201</sup> o principios en la de ALEXY<sup>202</sup>,

---

<sup>198</sup> Un buen ejemplo en este sentido lo constituye el utilizado por TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 406, al estudiar el fenómeno en el ámbito de la intervención económica. Se trata del art. 4 del RD 222/1991, de 22 de febrero, en materia de estructuras pesqueras y acuicultura: "Para la evaluación de los proyectos de construcción, se tendrá en cuenta la adaptación de cada proyecto a la situación de los recursos pesqueros en los caladeros a que vaya destinado el nuevo buque, las nuevas tecnologías que se incorporen, la mejora de las condiciones de trabajo y de vida a bordo, la seguridad de las tripulaciones y la rentabilidad de la explotación pesquera".

Como ha sido notado por BROHM, W., "Administración...", "desde un punto de vista teórico, con tales regulaciones legales el legislador experimenta una considerable pérdida de fuerza determinadora, pero en la práctica tal tipo de regulaciones constituyen la única posibilidad de que conserve en su mano cuando menos una cierta capacidad de dirección. Por lo menos es idóneo para marcar el sentido de la evolución".

<sup>199</sup> Aunque como es sabido, la presencia de esta fórmula no supone la existencia siempre de discrecionalidad, sino que deberá tenerse en cuenta cada caso concreto. Vid. por todos MOZO SEOANE, A., "La discrecionalidad...", op.cit., pp. 353 y ss.

<sup>200</sup> ATIENZA, M., "Sobre...", op.cit., pág. 22.

<sup>201</sup> DWORKIN, R., *Los derechos...*, op.cit., pp. 72 y ss., distingue entre estándares de exigencia de justicia, equidad o moralidad (*principles*) y estándares que proponen objetivos a alcanzar (*policies*).

<sup>202</sup> ALEXY, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *DOXA*, núm. 5, 1988, pág. 143, "Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas", y *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pág. 86.



suponen mandatos de optimización para la Administración, en el sentido de que ésta debe procurar cumplir esos objetivos en la mayor medida posible en cada caso, en función de las circunstancias jurídicas y extrajurídicas presentes en el supuesto concreto. Ejemplos de este tipo de programación son las leyes que descargan en los planes administrativos la determinación concreta de los intereses generales, tal como sucede en el caso de los planes de urbanismo<sup>203</sup> o en los planes medioambientales<sup>204</sup>, cuya elaboración exige la composición de una gran cantidad de diversos intereses<sup>205</sup>. Pero no sólo en el ámbito de las leyes de planificación urbanística o medioambiental se produce esta programación finalista. El campo de la intervención económica también muestra este tipo de contextura normativa, como ha sido puesto de relieve por MALARET<sup>206</sup> y TORNOS. Este último autor, acompañando su argumentación con diversos ejemplos sumamente ilustrativos, ha puesto de

---

<sup>203</sup> Vid. art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, donde se recogen las finalidades de la actividad urbanística, indicándose entre las mismas las de "emplazar los centros de producción y residencia del modo conveniente para la mejor distribución de la población" (art. 3.2 b) o "establecer espacios libres para parques y jardines públicos en proporción adecuada a las necesidades colectivas" (art. 3.2 f), directrices que se repiten en la legislación urbanística autonómica. Así, en Cataluña, art. 3 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio.

<sup>204</sup> El art. 4 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, establece una serie de objetivos relativos al planeamiento de los recursos naturales, indicándose que los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales deberán "formular los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadores de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas" (art. 4.3 e), a fin de que sea posible su compatibilidad con la conservación, restauración y mejora de los recursos naturales. Estos criterios "de referencia orientadores en la formulación y ejecución de las diversas políticas sectoriales que inciden en el ámbito territorial" deberán formar parte del contenido de los mencionados planes (art. 4.4 f).

<sup>205</sup> En este sentido, BROHM, W., "Administración...", op.cit., pág. 117, "en el caso de programas finalistas, la determinación a través de la ley es relativamente pequeña; los conflictos sólo surgen aquí en el nivel de la planificación, es decir, en la "ejecución" de las leyes de planificación, y deben ser resueltos en este escalón "concretizador" mediante la composición de los diversos intereses".

<sup>206</sup> MALARET, E., *Régimen Jurídico de la Reconversión Industrial*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 90 y ss.

relieve acertadamente el núcleo de la cuestión, al señalar que "la aplicación de estas normas por la Administración no permite recurrir al silogismo de subsunción del supuesto de hecho en la previsión normativa para alcanzar así la consecuencia jurídica a través del necesario elemento de unión. Ya no se trata de que en la norma existan conceptos jurídicos indeterminados de mayor o menor complejidad en cuanto a su identificación en el caso concreto. El problema es que se ha modificado de modo esencial la estructura normativa"<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad...", op.cit., pág. 407. Los ejemplos utilizados por el autor son los arts. 4.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de Transportes Terrestres ("Los poderes públicos promoverán la adecuada satisfacción de las necesidades de transporte de los ciudadanos, en el conjunto del territorio español, en condiciones idóneas de seguridad, con atención especial a las categorías sociales desfavorecidas y a las personas con capacidad reducida, así como a las zonas y núcleos de población alejados o de difícil acceso"), 5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria ("La Administración del Estado adoptará programas para favorecer la expansión, el desarrollo, la modernización y competitividad de la actividad industrial, mejorar el nivel tecnológico de las empresas y potenciar los servicios y la adecuada financiación a la industria, con especial atención a la empresas de pequeña y mediana dimensión"), y 7.1 y 9 de la Ley 13/1994, del Banco de España, en los que se indica que esta entidad "definirá y ejecutará la política monetaria con la finalidad primordial de lograr la estabilidad de los precios", señalándose que "en función de los objetivos mencionados en el artículo 7, el Banco de España decidirá e instrumentará la política monetaria que considere más adecuada. A tal fin podrá realizar las operaciones financieras que estime convenientes". Como puede apreciarse, los ejemplos citados son harto elocuentes de esta programación finalista mediante directrices. Al margen del ámbito de la intervención económica, véase en el mismo sentido el art. 13 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto.



### III.3 Discrecionalidad, criterios extrajurídicos de elección y pluralidad de soluciones justas. La falsa indiferencia del Derecho respecto del núcleo metajurídico de las decisiones discrecionales.

En los supuestos descritos, los intereses generales no están precisados por la Ley y ante esa falta de determinación surge la discrecionalidad, consistente, como vimos, en una ponderación de intereses que conduce a una elección basada en criterios no jurídicos, o en palabras de MOZO SEOANE "en la posibilidad de elegir *la medida más adecuada para la satisfacción del interés público*: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional", pues "según una formulación clásica, que la decisión administrativa vaya dirigida al interés general será un problema de *legalidad*, pero que sea la más adecuada para satisfacerlo será una cuestión de oportunidad"<sup>208</sup>. Discrecionalidad que se plasmará en la regulación reglamentaria efectuada por el gobierno o en planes, reglamentos o actos de la Administración Pública. En definitiva, se abren "espacios de juego decisional", lo que "la doctrina jurídico-administrativa se esfuerza por categorizar con términos como discrecionalidad administrativa, discrecionalidad planificadora o libertad de configuración en el marco del principio de ponderación, margen de apreciación, margen de prognosis y otros parecidos"<sup>209</sup>.

En todos estos supuestos, y es de la mayor importancia subrayar este dato, *el criterio que rige la elección entre alternativas, el criterio que determina el diferente peso otorgado*

---

<sup>208</sup> MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad...*, op.cit., pág. 411.

<sup>209</sup> BROHM, W., "Administración...", op.cit., pág. 128.

a los diversos intereses envueltos, en definitiva, la esencia de la discrecionalidad, no es de naturaleza jurídica. Como ha sido notado por BARONE, "Avviene così che l'autorità rimanga arbitra del criterio da applicare e in questa possibilità di scelta sta il fulcro, diremo il cuore della valutazione discrezionale e della conseguente possibilità che ha l'autorità di dare al suo atto un contenuto anziché un altro"<sup>210</sup>. La doctrina española reconoce este componente *metajurídico* de la entraña de la discrecionalidad<sup>211</sup>. Así, SAINZ MORENO ha señalado que las decisiones dicrecionales "se justifican sólo por la naturaleza política de la decisión que se toma. Esto no significa que se confundan con los actos políticos de gobierno, que no son, naturalmente, actos administrativos, sino que se advierte en ellos una esencia política por ser manifestación directa del poder público. La potestad reglamentaria, la potestad organizatoria, las potestades directivas de la economía, son discrecionales en la medida en que las opciones entre las que se mueven sólo se resuelven por criterios políticos. Así, por ejemplo, la devaluación de la peseta no es, evidentemente, una decisión tomada en aplicación de un criterio jurídico; tampoco lo es la reorganización de los servicios administrativos ni el sentido que se da a la reglamentación de una Ley dentro de los límites que esa Ley traza"<sup>212</sup>, puesto que "la necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional. Sustancialmente, eso es la política, la cual es ilusorio pretender desplazar del gobierno de la

---

<sup>210</sup> BARONE, G., voz "Discrezionalità" en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, pág. 4.

<sup>211</sup> Esta es la expresión utilizada por MONTORO CHINER, M.J., "La inactividad de la Administración en el proceso de ejecución de leyes. Control judicial frente a fracaso legislativo", *RAP*, núm. 110, 1986, pp. 328 y ss, en las que al referirse a la discrecionalidad se indica que en la misma "no dejan de utilizarse valoraciones y conocimientos metajurídicos", ya que en definitiva la discrecionalidad "tiene que satisfacer pretensiones de constatación metajurídica".

<sup>212</sup> SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pág. 308.



comunidad. Hay por ello potestades que en sí mismas son y no pueden dejar de ser en buena parte discrecionales, por su propia naturaleza; así, la potestad reglamentaria, o la potestad organizativa, o las potestades directivas de la economía o, en general, todas aquellas que implican ejercicio de opciones respecto de soluciones alternativas. Todo esto no es mecanizable en fórmulas fijas y regladas. Es más: la atribución a la Administración de muchas funciones se hace buscando justamente para su gestión la estimación subjetiva de la oportunidad que la técnica de la discrecionalidad permite y sólo por ello<sup>213</sup>". En el mismo sentido, SANCHEZ MORON ha destacado que "la discrecionalidad comporta, como se reconoce por doquier, la necesidad de tomar en cuenta criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (económica, social, organizativa), según los casos. Criterios que han de utilizarse bien para adoptar una iniciativa de gobierno o de gestión, bien para aplicar una directriz legal imprecisa, bien para valorar una situación de hecho para la que la ley dispone una cierta consecuencia, bien para optar entre unas u otras soluciones posibles cuando la tarea de gobernar o de administrar impone tomar una decisión"<sup>214</sup>, pues, en definitiva, "son estos elementos de la decisión los que desde siempre la teoría del derecho ha denominado aspectos de *oportunidad*, diferenciándolos de los de legalidad"<sup>215</sup>. Unanimidad, pues, a la hora de señalar el componente metajurídico ínsito en el núcleo duro de lo discrecional.

Idéntico consenso es apreciable respecto a la existencia de límites jurídicos que enmarcan ese criterio extrajurídico, de fronteras del Derecho que encuadran las valoraciones

---

<sup>213</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 454.

<sup>214</sup> SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 114.

<sup>215</sup> SANCHEZ MORON, M., "Siete...", op.cit., pág. 150. En la misma línea, vid. BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 46 y ss.

metajurídicas que conlleva la discrecionalidad, ya que "los diversos espacios de libertad en ningún caso significan libertad para la arbitrariedad, pues la Administración está sometida en cualquier caso a numerosas vinculaciones, en virtud del fin de la ley, los límites legales y los principios generales de actuación" dado que se trata "no tanto de campos de actuación libres de regulación jurídica cuanto más bien de ámbitos con diferente densidad de regulación jurídica"<sup>216</sup>. En este sentido, se ha destacado, con acierto, la imposibilidad de contraponer legalidad y oportunidad, puesto que la segunda sólo existe en el marco de la primera. En este sentido, se ha señalado que "lo legal - podría decirse - es oportuno y todo lo ilegal inoportuno"<sup>217</sup>, dado que el dilema entre legalidad y oportunidad es un sofisma puro y simple<sup>218</sup>, siendo rechazable "ya que no es correcto dialécticamente contraponer oportunidad y juricidad (o eficacia y derecho). Es decir, la utilización de criterios no jurídicos de decisión no tiene por qué ser antijurídica", sino que la decisión discrecional es una decisión enmarcada, limitada por el Derecho, a pesar de no ser exclusivamente jurídica<sup>219</sup>. Como es sabido, el Derecho rodea al corazón de la discrecionalidad de una serie de límites, los elementos reglados, que encuadran al criterio metajurídico que conducirá a la elección final<sup>220</sup>. Junto a estos límites, y avanzando un paso más hacia el corazón de

---

<sup>216</sup> BROHM, W., "Administración...", op.cit., pág. 128.

<sup>217</sup> FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención : concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, pág. 644.

<sup>218</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Arbitrariedad...", op.cit., pág. 118.

<sup>219</sup> SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 114.

<sup>220</sup> Como repite unánimemente la doctrina, la discrecionalidad de una potestad nunca es total, existiendo siempre elementos reglados como son la efectiva atribución de la misma, la existencia de competencia del órgano decisor, el respeto del procedimiento para la adopción de la decisión, la motivación de la misma, la finalidad de interés general que se persigue y el control de los hechos determinantes que actúan como presupuesto fáctico. Vid. por todos, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, vol.I, op.cit., pág. 450 y ss.



la discrecionalidad, como es sabido, los principios generales del Derecho constituyen también barreras infranqueables en el ejercicio de las valoraciones metajurídicas, que en ningún caso podrán vulnerarlos. Los principios generales se alzan, así, en relación a la discrecionalidad como "la única posibilidad de una garantía individual y social efectiva frente a los formidables poderes de esta naturaleza de la Administración"<sup>221</sup>, pues la decisión discrecional "está también limitada por los principios generales en la determinación de la medida aplicable (o consecuencia jurídica) si la Administración puede optar entre varias"<sup>222</sup>.

En consecuencia, el gobierno y la Administración al efectuar valoraciones discrecionales conforme a criterios metajurídicos deben en tener cuenta los contornos jurídicos, los linderos del poder discrecional, es decir, los elementos reglados y los principios generales del Derecho. Respetados estos confines, "la entraña de la decisión discrecional(...), sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa [y con respeto de los demás límites generales(...)], es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria)", pues la esencia de la discrecionalidad, el criterio extrajurídico, es un "indiferente jurídico"<sup>223</sup>, o como señala NIETO, la discrecionalidad supone una autorización para que la Administración "actúe a su albedrío: se trata de un proceso volitivo y son posibles diversas soluciones, todas correctas", por lo que "la norma, al prever expresamente el arbitrio administrativo, indica que da por buena cualquier solución que adopte la Administración: jurídicamente es indiferente el

---

<sup>221</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho", Civitas, Madrid, 1984.

<sup>222</sup> SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 138.

<sup>223</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 456 y 457.

trazado de una carretera o la designación de un cargo de libre nombramiento"<sup>224</sup>. En las expresivas palabras de DAVIS "when law ends, discretion begins"<sup>225</sup>.

Este punto de vista puede hallarse también en la jurisprudencia del TS. Así, por ejemplo, en la sentencia de 30 de abril de 1990 (Ar.3627), al analizar una calificación urbanística otorgada por un Plan General de Ordenación Urbana, el tribunal sostiene que "es desde luego ese un problema respecto de cuya solución caben opiniones distintas: se trata del *núcleo de oportunidad* que integra la esencia misma de la discrecionalidad, *caracterizada por la posibilidad de elegir entre soluciones jurídicamente indiferentes*" (los subrayados son nuestros).

Creemos, sin embargo, que *no puede predicarse la indiferencia para el Derecho de las valoraciones extrajurídicas, aun cuando éstas no vulneren ningún límite del ordenamiento*. Es cierto que, cuando de valores extrajurídicos se trata, no es posible sostener que siempre y en todo caso existe una única respuesta correcta, identificable por medio del razonamiento jurídico. Sin perjuicio de volver más adelante sobre el tema<sup>226</sup>, cabe decir ahora que esta cuestión ha sido tratada desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, donde diversos autores coinciden en la insuficiencia del razonamiento jurídico para establecer preferencias entre consideraciones metajurídicas. Así, MACCORMICK pone de relieve como la elección entre opciones valorativas no puede ser determinada por la pura racionalidad, sino

---

<sup>224</sup> NIETO, A., "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *RAP*, 44, 1964, pág.155. Sobre la definición de la discrecionalidad en base a la existencia de criterios no jurídicos irrelevantes para el Derecho también en el sistema jurídico norteamericano, vid. CUCHILLO FOIX, M., *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131 y ss.

<sup>225</sup> DAVIS, K.C., *Discretionary Justice. A preliminary inquiry*, University of Illinois Press, 1971, pág. 3.

<sup>226</sup> En relación con los límites intrínsecos de la función judicial y el papel de los principios generales del Derecho como parámetros de control negativo del núcleo metajurídico discrecional, como veremos en su momento.



que entran entonces en juego virtudes como "buen sentido, altura de miras, justicia o humanidad"<sup>227</sup>, lo que en el campo concreto del razonamiento jurídico ocasiona que éste sea insuficiente para tomar decisiones sobre elementos metajurídicos: "en cierto estadio de un argumento jurídico, como en general en la vida práctica, llegamos a opciones últimas, elecciones, por ejemplo, entre justicia y utilidad u oportunidad en relación con otro aspecto del bienestar humano. (...) Bien consideremos que tales elecciones últimas descansan sobre preferencias, o bien sobre intuiciones morales, hemos llegado a aquello que es pre-racional o extra-racional más bien que a una deliberación del propio discurso práctico (racional). Al igual que con la racionalidad práctica general, llegamos a un punto en que son más bien valores o virtudes distintos a la propia racionalidad los que nos proporcionan fundamentos para la elección, los cuales son racionales pero no concluyentes."<sup>228</sup>. En la misma línea de negación de la existencia de una única solución correcta en el supuesto de alternativas basadas en valoraciones extrajurídicas, AARNIO ha notado como en el caso de problemas axiológicos diversas personas pueden tomar decisiones distintas, todas ellas aceptables e igualmente bien fundadas<sup>229</sup>. En estos "casos difíciles", en los que se ven envueltos valores metajurídicos, la argumentación jurídica no sirve para determinar *la* solución, puesto que

---

<sup>227</sup> MACCORMICK, Neil, "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en BETTEGON, J. y DE PARAMO, J.R., Derecho y Moral. Ensayos analíticos, Ariel, Barcelona, 1990, pág. 17.

<sup>228</sup> MACCORMICK, Neil, "Los límites...", op.cit., pág. 22, donde también puede leerse lo que sigue en referencia a las elecciones basadas en criterios metajurídicos: "Podemos justificar nuestras elecciones por referencia a una u otra apreciación de la vida preferible para los seres humanos en comunidades como las nuestras. Podemos decir cuál de estos aspectos de los preferible elegimos para tales propósitos, y podemos dar alguna razón para nuestra elección en términos de nuestra experiencia de la vida y la cualidad que de ella prevalece en nosotros al dar prioridad a uno u otro de los bienes humanos reconocidos. Pero no vemos cómo pueda o cómo deba apelarse a algo más allá de este juicio de la experiencia".

<sup>229</sup> AARNIO, Aulis, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *DOXA*, 8, 1990, pp. 23 y ss.

ésta, en singular, no existe desde el punto de vista de la racionalidad jurídica. En estos supuestos, la racionalidad jurídica llega a la frontera: a partir de este confín, es necesario manejar otros criterios distintos, no jurídicos. Nos movemos entonces en el ámbito de lo *razonable*, no ya de lo racional. Siguiendo en este punto a ATIENZA, ambos conceptos son distintos, ya que lo razonable excede de lo racional, al demandar un plus, algo más. Una decisión jurídica es racional cuando es susceptible de ser justificada racionalmente. Esto ocurre cuando la fundamentación de la misma respeta la lógica deductiva y no tiene errores lógicos (como por ejemplo utilizar premisas contradictorias o establecer premisas no necesarias para la conclusión), respeta los principios de la racionalidad práctica (por ejemplo, coherencia, consistencia...), no elude el uso como premisa de alguna norma vinculante y, esto es lo que más nos interesa en este momento, "no utiliza, como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo) por el ordenamiento jurídico"<sup>230</sup>. Una decisión jurídica razonable es justificable, pero no utilizando argumentos jurídicos, dada la carga metajurídica implicada. Este tipo de decisiones supone la existencia de valores diversos, contrapuestos en ocasiones, no jerarquizados, los cuáles han de ser tomados en consideración antes de decidir sopesándolos en base a criterios extrajurídicos. El sopesamiento de estos valores debe conducir a un equilibrio entre los mismos, equilibrio que no es fácil de lograr ya que los valores e intereses pueden no tener el mismo peso. En consecuencia, la "solución aceptable" no es una: el equilibrio entre intereses y valores puede ser hallado de distintas maneras, todas ellas aceptables y contrapuestas. En estos casos difíciles, existen varias soluciones posibles, incompatibles entre sí, con lo que entonces debe optarse "por la solución más razonable de las posibles, o bien hay que elaborar una decisión razonable si se entiende que no lo es

---

<sup>230</sup> ATIENZA, M., "Sobre lo razonable en el Derecho", *REDC*, núm. 27, 1989, pág. 95.



ninguna de las posibles (utilizando criterios de racionalidad estricta)"<sup>231</sup>; la argumentación jurídica es, entonces, insuficiente para obtener respuestas. Lo más razonable es, pues, una cuestión de grado, determinable en función de parámetros metajurídicos.

Por tanto, desde esta perspectiva, es cierto que el criterio metajurídico (económico, estético, urbanístico, etc.), de ponderación de intereses en la elección discrecional no es unívoco, y que pueden existir diversas soluciones que, al no vulnerar los límites del ordenamiento, sean, desde el punto de vista jurídico, justas, es decir, conformes a Derecho<sup>232</sup>.

*Esto no significa, sin embargo, que los distintos criterios y soluciones posibles jurídicamente sean indiferentes para el Derecho. Como ha notado Tomás-Ramón FERNANDEZ, "La Ley puede y debe conceder a la Administración (...) tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas, pero esa libertad, cualesquiera que sean los terminos que la Ley convenga darla en cada caso, vendrá siempre condicionada, en una u otra medida, por el Derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa"*<sup>233</sup>. Por eso, incluso en la entraña misma de la discrecionalidad, en el criterio metajurídico de elección, el Derecho tiene un papel a desempeñar que, como veremos en su momento, a nuestro entender es un papel de orientación, de encauzamiento y guía de la esencia de la discrecionalidad. Con lo que se está sosteniendo se pretende negar, pues, que la entraña metajurídica que no vulnere el ordenamiento jurídico quede al margen del

---

<sup>231</sup> ATIENZA, M., "Para una razonable definición de "razonable"", *DOXA*, 4, 1987, pág. 194.

<sup>232</sup> A esto se refiere el TS cuando afirma por ejemplo en la STS de 25 de abril de 1986 (Ar. 2967) que "la concreción de lo que sea el "interés general" corresponde en principio a la Administración y ésta debe prosperar mientras no se demuestre que infringe el ordenamiento".

<sup>233</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrariedad...*, op.cit., pág. 119. El subrayado es nuestro.

Derecho, constituyendo una "zone de non-droit"<sup>234</sup>. Tal cosa no puede aceptarse. Tomás-Ramón FERNANDEZ ha acertado a destacar este punto, pues si bien "la Administración puede elegir libremente, cuando la Ley le concede margen para ello, una solución concreta entre las varias legalmente posibles" puesto que "el propio margen creado al efecto por la Ley habilitante del poder discrecional hace que todas las soluciones susceptibles de ser imaginadas dentro de és sean, en principio indiferentes", el autor matiza este planteamiento inicial, coincidente con las definiciones de discrecionalidad al uso, al indicar "pero, ¡cuidado con los adjetivos, porque aquí es frecuente resbalar por pura inadvertencia!, *legalmente* indiferentes, no indiferentes *jurídicamente*, que es cosa muy distinta, como la fórmula dual "Ley y Derecho" subraya expresivamente. *Indiferente jurídicamente* no hay nada *a priori* en un Estado *material* de Derecho, que reconoce un orden de valores preexistente y se ordena a su efectiva realización"<sup>235</sup>. Aquí está el fulcro, el dato básico de la cuestión. La valoración metajurídica de la Administración o el Gobierno en el ejercicio de la discrecionalidad no es indiferente al Derecho, aunque los límites impuestos por éste no sean vulnerados. El interés del Derecho, del Derecho Administrativo y del Público en general, trasciende de la limitación de la decisión discrecional, y abarca, debe abarcar, su configuración, su formación. Al Derecho no puede serle indiferente, antes de que se adopte la decisión, que el trazado de una carretera sea uno u otro - más o menos acertado, más o menos costoso, con mayor o menor impacto en el medio ambiente -, que se reduzcan o incrementen las zonas verdes y los espacios libres en una ciudad, o que emplace aquí o allá

---

<sup>234</sup> La expresión es de LOCHAK, D., "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?", *Pouvoirs*, núm. 46, 1988, pp. 47 y ss., donde el autor alude a distintos ejemplos en los que, en su opinión, existe una ausencia de encuadramiento jurídico de los poderes conferidos al Ejecutivo y/o un rechazo judicial a controlar su ejercicio, entre los que incluye las potestades discrecionales.

<sup>235</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "De nuevo...", op.cit.,pág. 548.



una planta depuradora de residuos. En las expresivas palabras de BRAIBANT, "incluso cuando las autoridades administrativas están autorizadas a hacer lo que quieran, no pueden hacer no importa qué"<sup>236</sup>. Otra cosa muy diferente es que "la solución concretamente elegida por la Administración así apoderada por la Ley en un caso dado podrá resultar *a posteriori* indiferente jurídicamente cuando el juez *no encuentre en el Derecho*, que es su único instrumento posible, una fuente de reproche. Que esto ocurra con frecuencia o, incluso, en la mayoría de los casos es otra cuestión, que en absoluto autoriza a poner el carro delante de los bueyes"<sup>237</sup>, aunque sí, desde nuestro punto de vista, debe incentivar a profundizar, entonces, en otras vías jurídicas, distintas al control judicial, aunque sin olvidar la importancia de éste, para conducir el Derecho a la entraña de las decisiones con componentes metajurídicos. Puede existir, por así decirlo, una impotencia judicial para fiscalizar los elementos extrajurídicos de las decisiones que no vulneran ningún límite, impotencia derivada, como veremos, de los límites intrínsecos a la función judicial y al razonamiento jurídico, *pero no cabe afirmar que el Derecho, en su conjunto, debe permanecer indiferente sobre su oportunidad, sobre el acierto de las mismas, puesto que el Derecho administrativo no puede, no debe, quedar reducido sólo al control judicial de la Administración y del gobierno, aun reconociendo la gran importancia de esta parte del mismo*. Como ha sido notado por PRATS, "la gran tarea jurídica está en definir el aporte del Derecho al buen aprovechamiento de la oportunidad de racionalidad que la discrecionalidad supone"<sup>238</sup>. Se trata de superar la ya apuntada visión tradicional de la discrecionalidad como un peligro,

---

<sup>236</sup> Conclusiones BRAIBANT, "CE", de 13 de noviembre de 1970, *Sieur Lambert*, *AJDA*, 1971, pág. 53.

<sup>237</sup> FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "De nuevo...", *op.cit.*, pág. 584.

<sup>238</sup> PRATS CATALÀ, J., "Derecho y *Management* en las Administraciones Públicas", en BRUGUÉ, Q. y SUBIRATS, J., *Lecturas de Gestión Pública*, MAP, Madrid, 1996, pág.193.

cuyo único interés para el Derecho sería su aislamiento y limitación, para avanzar en la dirección de "considerarla como un elemento fundamental de la teoría administrativa moderna, que también el Derecho puede contribuir a perfilar, como instrumento de mejora de eficacia y fiabilidad de las políticas"<sup>239</sup>.

Es en la tarea de encauzamiento por el Derecho de las elecciones basadas en criterios extrajurídicos, de *estructuración* de la discrecionalidad por utilizar la terminología de DAVIS<sup>240</sup>, donde el procedimiento administrativo, como intentaremos demostrar, debe cumplir una función de primer orden.

---

<sup>239</sup> PRATS SUBIRÀ, J., "Derecho...", op.cit., pág. 187.

<sup>240</sup> DAVIS, K.C., *Discretionary...*, op.cit., pp. 97 y ss., donde, junto a las operaciones de confinamiento y control, este autor expone la necesidad de estructurar la discrecionalidad, con el objeto de alcanzar una mayor justicia en su ejercicio. Precisamente, entre los medios de estructuración de la discrecionalidad, DAVIS incluye los procedimientos administrativos.



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

##### 1. El deber de buena administración y el ejercicio de potestades discrecionales. Análisis de diversos ordenamientos jurídicos europeos y del Derecho Comunitario. La situación en Derecho español.

De lo dicho hasta el momento se deduce, pues, que el criterio metajurídico ínsito en las valoraciones discrecionales que no vulneran el ordenamiento no es indiferente para el Derecho, aunque sí lo sea en sede judicial. Esto que aquí se afirma no es nada nuevo. Como veremos a continuación, es algo que siempre ha sido intuitivo, pero de lo que no se han obtenido hasta el momento concretas consecuencias jurídicas. Sin embargo, antes de nada, conviene precisar qué significado tiene que el Derecho no sea indiferente a la esencia extrajurídica de la discrecionalidad. Se trata de precisar cuál sea ese interés que el Derecho tiene en relación con la entraña de la decisión discrecional.

En las definiciones vistas de la discrecionalidad, la indolencia del Derecho respecto de la discrecionalidad se conectaba con el dato de la entrega, en lo referente al núcleo duro de ésta, de una *libertad estimativa* a la Administración o al Gobierno, de tal modo que, sin vulnerar los límites vistos, la oportunidad permite adoptar cualquier decisión no opuesta al ordenamiento jurídico, en función de un juicio subjetivo. En la entraña de la discrecionalidad, hemos visto se dice, es posible una "libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos" dada la utilización de criterios metajurídicos. Este enfoque de la discrecionalidad parece arrastrar residuos de otras

épocas, en las que ésta aparecía como "originariamente proprio dell' autorità, e ad essa affidato per meglio conseguire i suoi scopi, che non erano considerati come coincidenti con gli interessi dei cittadini"<sup>241</sup>, como un asunto interno, propio de la Administración, que sólo ésta concernía. Con el perfeccionamiento de las técnicas judiciales de control esta visión inicial ha desaparecido, pero parece subsistir respecto a la entraña discrecional, el núcleo duro donde, en palabras ya citadas de GARCIA DE ENTERRIA y Tomás-Ramón FERNANDEZ "el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea (...) es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria)", siempre que se respeten los límites reglados y los principios generales del Derecho. Pero, ¿es esto así?, ¿es libre la Administración o el Gobierno de tomar una decisión desafortunada, inoportuna?, ¿puede en ese núcleo extrajurídico actuarse al albedrío del Gobierno o la Administración, es decir, "según su gusto o voluntad, sin sujeción o condición alguna"<sup>242</sup>?, en definitiva, por utilizar las palabras de TORNOS, "¿es indiferente al derecho que la Administración adopte o no la solución más razonable, debiendo conformarse el ordenamiento administrativo con garantizar que no se adopte una decisión irracional?"<sup>243</sup>.

Como ya hemos adelantado, debemos responder a esta pregunta de forma negativa. La Administración no puede elegir cualquier solución, por mucho que emplee criterios extrajurídicos para ello. El ordenamiento jurídico quiere que la Administración quiera decisiones que no lo vulneren, *pero quiere también que la Administración adopte buenas decisiones discrecionales, que administre bien en definitiva*. Que cuando decide

---

<sup>241</sup> BARONE, G., voz "Discrezionalità", op.cit., pág. 1.

<sup>242</sup> Según la definición del *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, 21ª edición, 1992.

<sup>243</sup> TORNOS MAS, J., "Discrecionalidad...", op.cit. pág. 407.



discrecionalmente lo haga para servir de la mejor manera posible a los intereses generales.

Ya en el siglo pasado diversos autores pusieron de relieve que la Administración no sólo debe actuar de conformidad con el ordenamiento, sino que debe actuar bien, conforme a "reglas de buena Administración", a las que ya se refería POSADA HERRERA<sup>244</sup>. En palabras de HAURIUO, "L'Administration ne doit pas se borner à être correcte et respectueuse de la légalité; elle doit s'efforcer d'être habile"<sup>245</sup>. Más recientemente, ISAAC ha señalado que la Administración cuando toma decisiones discrecionales, "a le devoir de chercher à atteindre la solution la meilleure, la solution la plus acceptable pour les administrés et la plus appropriée à l'intérêt public", puesto que "est toujours obligée de chercher la solution la plus opportune, car c'est la seule opinion qui soit compatible avec l'Etat de Droit. Elle est également la seule logique: il est évident que lorsqu'on reconnaît à un administrateur le choix entre plusieurs mesures, c'est parce qu'on l'estime seul à même de trouver la solution la plus opportune"<sup>246</sup>. En definitiva, el empleo de criterios extrajurídicos para determinar lo que sea de interés general es "une condition de bonne administration pour le pouvoir exécutif"<sup>247</sup>. Existe, pues, un deber de "bonne administration", según el cual "l'administration a le devoir de ne statuer qu'en parfaite connaissance de cause"<sup>248</sup>, lo que exige de la Administración que, cuando elabora sus decisiones, "se mette dans les meilleures conditions possibles pour remplir aux mieux sa

---

<sup>244</sup> POSADA HERRERA, José, *Lecciones de Administración*, vol. I, INAP, 1978, pág. 52, "todo lo que tienda a destruir el principio de la sociedad y a detener la marcha de su progreso, será contrario a las reglas de buena administración".

<sup>245</sup> HAURIUO, *Précis de Droit Administratif*, 2ª ed., 1893, núm. 83.

<sup>246</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pp. 202 y 203.

<sup>247</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, pág. 203, citando palabras de M.GIRAUD.

<sup>248</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 438.

mission et, comme celle-ci comporte, (...), une obligation d'opportunité, elle est contrainte de se mettre à même d'apprécier aux mieux cette opportunité". Este deber implica que "l'administration, s'étant vue confier délibérément le soin d'apprécier l'opportunité, il convient de vérifier qu'elle n'omet pas volontairement de la prendre en considération: c'est tout le problème de l'usage du pouvoir discrétionnaire, auquel l'administration ne saurait être autorisée à renoncer"<sup>249</sup>. En consecuencia, la existencia de un poder discrecional comporta, de forma inescindible, la existencia de obligaciones respecto de su ejercicio. Como ha sido señalado por WALINE, la Administración tiene la obligación jurídica, especialmente intensa cuando de ejercicio de potestades discrecionales se trata, de colocarse, antes de decidir, en las mejores condiciones posibles para apreciar sanamente y con conocimiento de causa qué demandan los intereses generales<sup>250</sup>.

También en nuestra doctrina pueden encontrarse, opiniones, escasas, que destacan el deber de la Administración de utilizar su poder discrecional para elaborar las mejores soluciones posibles, las más acertadas y oportunas. Debe destacarse, en este sentido, a FERNANDEZ FARRERES<sup>251</sup>. Este autor - al margen de que discrepemos de las conclusiones a las que llega en relación con el control judicial, como se expondrá más adelante -, acierta a incidir en el nudo gordiano de la discrecionalidad. Según este autor, la discrecionalidad debe entenderse "no como una libertad de apreciación y decisión de la Administración por razones de oportunidad o, en general por razones extrajurídicas entre una pluralidad de soluciones posibles, sino como *deber* de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución *más adecuada y conforme al interés público* y, en

---

<sup>249</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 204.

<sup>250</sup> Citado por ISAAC, G., *La procédure...*, pág. 447.

<sup>251</sup> FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pp.632 y ss.



consecuencia al ordenamiento jurídico"<sup>252</sup>. El núcleo metajurídico de la discrecionalidad no puede concebirse sólo en base a criterios extrajurídicos de decisión, sino que también el Derecho tiene algo que decir, puesto que "la discrecionalidad no puede amparar cualquier decisión de la Administración, aunque esa decisión, incluso, no sea arbitraria. No arbitrariedad no significa plena adecuación al interés público, lo que a mi juicio, obliga en sede teórica a rectificar el tradicional concepto de discrecionalidad"<sup>253</sup>. Cambio de perspectiva que supone entender y asumir que como se indica recogiendo palabras de SAINZ MORENO, "el poder discrecional, en cambio, no existe para legitimar cualquier decisión que se adopte dentro de las que la norma, en abstracto, admite como posible. Por tanto, *el poder discrecional entraña el deber de examinar cuidadosamente las peculiaridades de cada caso para alcanzar la mejor solución entre las soluciones posibles*"<sup>254</sup>. En consecuencia, debe destacarse que la discrecionalidad "no se atribuye para decidir libremente entre una pluralidad de soluciones posibles y justas, sino para permitir a la Administración la elección de la más adecuada, la mejor de las soluciones posibles", pues "no es la potestad de elegir *libremente entre varias alternativas todas ellas admisibles y conformes a derecho sin más*, una potestad para apreciar *lo que se quiera o lo que se crea oportuno - aunque no se caiga en la arbitrariedad -*, sino una potestad para permitir la elección de la solución más adecuada al caso concreto"<sup>255</sup>. Punto crucial, aspecto capital: el Derecho quiere que la Administración use criterios extrajurídicos para algo; precisamente para que el servicio al interés general sea

---

<sup>252</sup> FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pág. 641.

<sup>253</sup> FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pág. 641.

<sup>254</sup> FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pág. 641, con cita literal en este punto de la recensión de SAINZ MORENO al libro de PAVLOPOULOS, P., *La directive en droit administratif*, LGDJ, Paris, 1978, publicada en *RAP*, 87, 1978, pp. 647 y ss., correspondiendo la cita a la pág. 650. El subrayado es nuestro.

<sup>255</sup> FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, op.cit., pág. 642.

acertado. Y para ello, la Administración tiene el deber jurídico de ejercer sus funciones, de desarrollar su actividad, de tal manera que sea posible ese acierto, al colocarse en la mejores condiciones posibles para decidir lo más oportuno para los intereses generales. Y si como hemos visto, el procedimiento no es otra cosa que el modo de ejercicio de la función, este enfoque debe tener consecuencias de primer orden respecto de la trascendencia y funcionalidad del procedimiento administrativo seguido para adoptar decisiones discrecionales.

Este punto de vista no ha tenido demasiado impacto en la doctrina española, debido, quizás, a la obsesión judicialista que, como vimos, se ha instalado en el seno del Derecho Administrativo. No faltan, sin embargo, autores que se han hecho eco de la misma. Así, CHINCHILLA, con quien tampoco coincidimos respecto a las conclusiones que de ello obtiene en el ámbito del control judicial como se advertirá en su momento, ha recogido la postura antes analizada. Esta autora señala que "habría que preguntarse si la Administración tiene el deber de servir al interés general de cualquier manera o de la mejor manera posible, desde el momento en que su actividad debe desarrollarse con arreglo a criterios de objetividad, economía, celeridad y eficacia, tal y como dicen los artículos 103 de la Constitución y 29.1 de la LPA", puesto que la Administración "tiene que servir al fin impuesto legalmente de la mejor manera", por lo que no es indiferente para el interés general la opción que se efectúe en cada caso concreto<sup>256</sup>. En la misma línea, más recientemente,

---

<sup>256</sup> CHINCHILLA, Carmen, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 151 y 152, donde se ilustra su argumentación con los siguientes ejemplos: "Se dirá, por ejemplo, que la Administración militar tiene potestad para emplazar un campo de tiro en un lugar o en otro o que un Ayuntamiento puede optar entre destinar una charca a piscina o a abrevadero, o que la administración de las fuerzas de seguridad goza de una facultad discrecional para trasladar a sus funcionarios de policía de una comisaría a otra, en aras de la mejora del servicio, pero lo que es indiscutible es que no es indiferente para el interés público que se opte por una cosa u otra. A la luz de las circunstancias de cada caso, será más conveniente que el campo de tiro esté en Anchuras o esté en Cabañeros, pero no igualmente conveniente; como será más conveniente hacer de la charca una piscina que hacer otro abrevadero o que el policía en cuestión permanezca en su comisaría en vez de ser trasladado".



BELTRAN DE FELIPE ha indicado que la discrecionalidad es "constatación de cuál es objetivamente *la mejor* de entre ellas", existiendo un deber de la Administración de examinar las peculiaridades de cada caso a tal fin<sup>257</sup>.

Consideramos que, efectivamente, la Administración y el Gobierno cuando ejercen la discrecionalidad no pueden tomar cualquier decisión, bastando que ésta no sea contraria a Derecho. El Derecho, ya lo apuntamos, quiere que las decisiones discrecionales sirvan lo más adecuadamente posible a los intereses generales. Por ello, como señala SEPE, "il potere discrezionale è attribuito all'amministrazione per poter esplicare la sua azione in modo efficiente, ciò per poter operare nel ambito dello spazio non coperto da rigide misure giuridiche, in modo da realizzare un'attività indirizzata ai fini pubblici e nei modi maggiormente conformi al raggiungimento dei fini stessi"<sup>258</sup>. Lo que ocurre es que, como también vimos, no existe un criterio jurídico para establecer lo que sea de interés general, y la aplicación de criterios extrajurídicos no conduce a una solución unívoca sobre lo que sea mejor, más oportuno o más adecuado en su servicio a los intereses generales.

En consecuencia, esa voluntad del ordenamiento de que se busque y elabore la mejor decisión discrecional se recoge en un deber jurídico: el deber de *buena administración*<sup>259</sup>.

Este deber, que, como argumentaremos en su momento, consideramos tiene relevancia constitucional en España, no va dirigido tanto al resultado final del ejercicio de la

---

<sup>257</sup> BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 259. Este autor señala en la página siguiente que "la Administración no puede válidamente justificar ante un juez o ante sus electores que conscientemente no ha tomado la mejor de las decisiones posibles".

<sup>258</sup> SEPE, O., *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milán, Giuffrè, 1975, pág. 111.

<sup>259</sup> En el ordenamiento jurídico portugués, DINIZ DE AYALA, Bernardo, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisao administrativa*, Lex, Lisboa, 1995, pág. 59, señala la existencia de un "dover de boa administração", derivado del art. 202 de la Constitución Portuguesa de 1976, precepto que al exigir una buena ejecución de las leyes obliga a la Administración a "escolher o melhor meio de concretizar o interesse público".

discrecionalidad, el acto, el reglamento o el plan adoptados, como al íter de elaboración de la misma, al *modo de desarrollo de la función administrativa*. El deber de buena administración atiende más a la perspectiva *dinámica* de la discrecionalidad, al modo en que se va concretando el poder discrecional, que al resultado mismo del ejercicio, aunque también a éste, puesto que modo de elaboración y calidad de la decisión final son como las dos caras de una misma moneda: no puede existir una buena decisión discrecional, perspectiva estática, si previamente no se ha desarrollado correctamente el poder discrecional, si la transformación de la discrecionalidad en decisión final no ha permitido el servicio oportuno al interés general.

Esta perspectiva dinámica del deber de buena administración ha sido destacada, por ejemplo, por FALZONE, quien ha señalado la existencia del mismo en relación con el ejercicio de la función administrativa. Ésta debe ser bien ejercida, en el sentido de que la actividad de la Administración debe desarrollarse del modo más adecuado para el servicio más completo y conveniente de los intereses generales en el supuesto concreto. Ello implica, en el caso de existencia de discrecionalidad, que el servicio a los mismos sólo puede ser realizado mediante una actividad adecuada a los fines específicos que deben ser perseguidos, es decir, mediante una "buona amministrazione", la cual "nell'exercizio delle funzioni in genere, costituisce un mezzo per il perseguimento del fine alle medesime connaturato. Posto che tale scopo, sostanziandosi nell'interesse pubblico, deve essere soddisfatto, il buon esercizio della funzione viene a porsi come lo strumento che consente, con la sua applicazione, il perseguimento di quello scopo particolare"<sup>260</sup>. En definitiva, este deber de buena administración supone una regla de conducta que debe guiar la acción de la Administración, puesto que no se ciñe a limitar ésta, sino que impone una obligación

---

<sup>260</sup> FALZONE, G., *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, pág. 65.



positiva, referente a la necesidad de un buen ejercicio de su función. La actividad dirigida a satisfacer los intereses generales debe ser desarrollada de la mejor de las maneras posibles<sup>261</sup>. No es suficiente para cumplir ese deber de buena administración que el funcionario se comporte de conformidad con estándares de comportamientos medios, semejantes, por ejemplo, al criterio del *bonus pater familias*, utilizado por nuestro Código Civil en diversas ocasiones<sup>262</sup>, sino que debe "attraverso la sua attività, perseguire i fini che della funzione formano oggetto ed ancora che ciò deve realizzare in maniera quanto più e quanto meglio possibile"<sup>263</sup>.

Estando ligado el deber de buena administración al modo de desarrollo de la función, al ejercicio dinámico de ésta, es fácil advertir el impacto que tal deber ha de tener en el procedimiento administrativo de elaboración de decisiones discrecionales. Siendo la función administrativa el poder en ejercicio, el momento de elaboración de las decisiones<sup>264</sup>, y el procedimiento "la manifestazione sensibile della funzione, il modo di esternazione cioè del farsi dell'atto (...)il fenomeno della funzione"<sup>265</sup>, el deber de buena administración, de buen ejercicio de la función, es, en definitiva, un deber de seguimiento de un procedimiento administrativo adecuado para que la decisión discrecional sea, efectivamente, la mejor en su servicio al interés general. Este es, precisamente, el significado que hemos visto daban en

---

<sup>261</sup> FALZONE, G., *Il dovere...*, op.cit., pp. 53 y ss.

<sup>262</sup> Así, vid. por ejemplo arts. 497, 1555, ó 1903 del Código Civil, donde se menciona como criterio desarrollo de una conducta el de la diligencia de un buen padre de familia, en referencia, respectivamente, a las obligaciones del usufructuario, del arrendatario y a la responsabilidad por hecho ajeno.

<sup>263</sup> FALZONE, G., *Il dovere...*, op.cit., pág. 64.

<sup>264</sup> En palabras de BENVENUTI, F., "Funzione...", op.cit., pág. 122, "la funzione è un momento della concretizzazione del potere in un atto".

<sup>265</sup> BENVENUTTI, F., "Funzione...", op.cit., pág. 128, utilizando la palabra fenómeno como este autor aclara en el sentido de apariencia, de externalización de la función.

la doctrina francesa GUY y WALINE al deber de buena administración: la obligación jurídica de resolver con un perfecto conocimiento de causa de las circunstancias, de los hechos e intereses implicados en la decisión discrecional. La Administración debe efectuar un examen particularizado y completo de las circunstancias del caso, no pudiendo adoptar decisiones discrecionales globales para casos distintos o decisiones basadas únicamente en postulados de principio, en criterios tipo aplicados indiscriminadamente a casos diferentes, sin analizarlos de forma singular. La Administración tiene, pues, una obligación de proceder a un examen de los asuntos que ISAAC denomina "efectivo", en el sentido de particularizado, de análisis real, verdadero de los hechos y de ponderación de los intereses envueltos en la decisión discrecional, antes de tomarla<sup>266</sup>. Este análisis, esta ponderación es la que asegura que la decisión discrecional es, según el criterio metajurídico de la Administración o el Gobierno, la mejor posible en su servicio al interés general que así se determina. Es, pues, el procedimiento administrativo la institución que debe garantizar esa buena administración, ese desarrollo correcto de la función que conduzca a decisiones discrecionales que no vulneren el ordenamiento, por supuesto, pero que, además, sean oportunas<sup>267</sup>.

En esta línea, es preciso hacer referencia a la Constitución Italiana la cual establece en su art. 97 que los órganos administrativos se organizarán según las normas de la ley, de

---

<sup>266</sup> ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pp. 438 y ss, donde se citan diversas decisiones del Consejo de Estado francés en las que se establece este deber.

<sup>267</sup> Como indica, ISAAC, G., *La procédure...*, op.cit., pág. 205, "Nul n'est tenu à l'infailibilité et, souvent, il est impossible de dire si l'administration s'est vraiment trompée, mais on pourra toujours se demander si l'auteur de la décision a agi, pour reprendre l'expression de O.MAYER, comme "un fonctionnaire convenable".



modo que se garantice el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración<sup>268</sup>. Los primeros comentadores de la Constitución Italiana no prestaron, en general excesiva atención a este precepto, el cual era visto como una previsión sensata pero carente de eficacia jurídica<sup>269</sup>. La doctrina y jurisprudencia posterior, sin embargo, han contribuido a dotar al principio de imparcialidad<sup>270</sup> y al de buen andamento<sup>271</sup> de plena eficacia jurídica. Ambos principios han sido referidos no tan sólo a la esfera de la organización administrativa, como una primera lectura del art. 97.1 podría sugerir, sino que se ha considerado su juego en referencia a la actividad administrativa, desde una perspectiva dinámica, como directivas de comportamiento administrativo orientadoras de la función, de la actuación del poder público<sup>272</sup>. *Buon andamento* e imparcialidad se configuran, así, como principios-guía del modo de ejercicio del poder, como reglas de comportamiento administrativo<sup>273</sup>. Aparece entonces patente la conexión entre ambos principios y el

---

<sup>268</sup> El texto italiano dice literalmente que "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizione di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

<sup>269</sup> Así, G. BALLADORE-PALLIERI, *La nuova Costituzione Italiana*, Milán, 1948, nota 164, lo califica de regla general carente de contenido jurídico, mientras que CROSA, *Diritto costituzionale*, Turín, 1951, habla de una norma finalística sin un preciso contenido.

<sup>270</sup> Sobre el mismo, vid., por ejemplo, ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1965.

<sup>271</sup> Sobre el principio de *buon andamento*, vid. ANDREANI, A., *Il principio Costituzionali di buon andamento della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1979, y, desde un punto de vista predominantemente organizativo, STAMMATI, S., "Il buon andamento dell'amministrazione: una rilettura e principi per un ripensamento (riattraversando gli articoli 95,3° comma e 97,1° comma, della Costituzione), en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milán, Giuffrè, 1988, vol.III, pp. 795 y ss.

<sup>272</sup> SPAGNUOLO-VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Modena, 1962, pág. 46, nota 67, hablan de ambos principios como "non scopi ma criteri dell'azione amministrativa".

<sup>273</sup> Ambos principios, en palabras de BARONE, G., *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1969, pág. 17, se referirían al "momento dinamico di un'attività pubblica, svolta in vista del conseguimento di certi scopi".

procedimiento administrativo, en cuanto manifestación externa de la transformación de la potestad en decisión, relación que ha sido puesta de relieve por diversos autores<sup>274</sup>. Sin perjuicio de detenernos más adelante en el principio de imparcialidad, por lo que se refiere ahora específicamente al principio de *buon andamento* - el desciframiento del significado del cual constituye "uno de los temas más controvertidos y huidizos de la problemática jurídica"<sup>275</sup> -, una consolidada línea doctrinal lo identifica con el deber de buena administración. En este sentido, FALZONE<sup>276</sup> sostiene que el art. 97.1 de la Constitución Italiana consagra el deber de buena administración, como principio constitucional de esencial importancia para el desarrollo de la actividad administrativa, constituyendo una regla positiva de orientación de la acción de la Administración Pública. Este precepto constitucional tendría dos ordenes distintos de destinatarios; de un lado, el legislador, el cual habría de tener presente este principio constitucional al regular la organización y el desarrollo de la actividad de la Administración. Pero además, la previsión constitucional sería plenamente operativa en relación a ésta, cuyos órganos vendrían constitucionalmente obligados a "perseguire sempre e nel modo migliore, l'interesse pubblico"<sup>277</sup>. En esta dirección, otros autores ponen el acento en la relación existente entre *buon andamento* y eficiencia<sup>278</sup>, desde la perspectiva medios-fines, con la vista puesta en el resultado de la actividad administrativa y

---

<sup>274</sup> Vid. en este sentido, ANDREANI, A., *Il principio...*, op.cit., pág. 40, ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità...*, op.cit., pág. 43, BARONE, G., *L'intervento...*, op.cit., pp. 51 y ss.

<sup>275</sup> SALA, Giovanni, *Il principio del giusto procedimento nell'ordinamento regionale*, Milán, Giuffrè, 1985, pág. 105.

<sup>276</sup> FALZONE, G., *Il dovere...*, op.cit., pp. 119 y ss.

<sup>277</sup> FALZONE, G., *Il dovere...*, op.cit., pág. 128.

<sup>278</sup> Vid. BARONE, G., *L'intervento...*, op.cit., pp. 79 y ss., ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità...*, op.cit., pág. 116, TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milán, 1974, pp. 119 y ss.



su adecuación. Este enfoque teleológico del principio ha sido objeto de crítica por otras opiniones doctrinales, que consideran que con el enfoque finalista sobre la decisión tomada se desvanece el contenido jurídico del principio, al referirlo a nociones como eficiencia o adecuación, con un componente metajurídico que no permite fijar un resultado unívoco y, en consecuencia despojan al *buon andamento* de precisión jurídica<sup>279</sup>. Por ello, insistiendo en la referencia al modo de desarrollo de la actividad administrativa, ha sido notado como el *buon andamento* aparece como un valor y un criterio regulativo de la acción pública, aplicable no tanto a la decisión final en sí misma considerada, desde una perspectiva sustantiva - punto de vista en el que el principio pierde fuerza como instrumento jurídico capaz de garantizar un buen resultado - sino al iter de elaboración de la misma. El *buon andamento* opera, entonces, como regla orientativa de la acción, referida a la transformación del poder, al ejercicio de la discrecionalidad, postulando que deban crearse por el legislador y ser respetadas por la Administración las condiciones óptimas para conseguir la decisión mejor, más oportuna, más adecuada en su servicio a los intereses generales<sup>280</sup>. Por ello ha sido señalado que el *buon andamento* "è un risultato-funzione, cioè una linea di tendenza che ha al tempo stesso la natura di parametro valutativo, in chiave finalistica (valutazione in funzione dell'attitudine al raggiungimento del fine)"<sup>281</sup>, imponiendo un deber de administrar bien, en el sentido de existencia de una estructura administrativa y de seguimiento de un procedimiento administrativo adecuados para garantizar la ponderación

---

<sup>279</sup> ANDREANI, A., *Il principio...*, op.cit., pp. 22 y ss, y SALA, G., *Il principio...*, op.cit., pág. 107.

<sup>280</sup> En este sentido, SALA, G., *Il principio...*, op.cit., pp. 112, nota 93, indica que el *buon andamento* debe ser definido como "valore formale, giacché esso non si sostanzierebbe in un dovere di buona amministrazione per il preposto all'organo bensì nella esigenza che l'azione amministrativa sia disciplinata in modo da rendere il più possibile efficiente (ottimale) la trasformazione del potere".

<sup>281</sup> ANDREANI, A., *Il principio...*, op.cit., pág. 39.

cuidadosa de los intereses envueltos en el asunto que sea susceptible de conducir a la mejor decisión posible en base al criterio extrajurídico utilizado. Es por eso que la relación entre discrecionalidad y el principio de *buon andamento* supone que este último "postula che siano create le condizioni ottimali per la realizzazione delle scelte più opportune", siendo aplicable, por tanto, no sólo en relación al ámbito de la organización sino también, como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional y administrativa italiana, al "funzionamento della Pubblica Amministrazione nel suo complesso aspetto"<sup>282</sup>. El principio de *buon andamento*, y el de imparcialidad como se verá en detalle en su momento, inciden así en el ejercicio de la discrecionalidad, siendo esenciales para "un buon esercizio del potere discrezionale"<sup>283</sup>.

Esta conexión entre procedimiento administrativo y buena administración en el ámbito de las decisiones discrecionales se pone también de relieve en el Derecho británico y en el Derecho comunitario, en relación con el concepto de *mala administración* usado para delimitar el alcance de los poderes del defensor del pueblo en el ámbito de ambos ordenamientos. La *mala administration* puede ser entendida, con las precisiones que a continuación se efectuarán, como el antagónico de la buena administración, el negativo de este concepto, su contrapuesto, que precisamente por serlo, revela, al ponerlo al trasluz, la existencia de ese deber de buena administración en ambos sistemas jurídicos.

Por lo que se refiere al Reino Unido, la figura del *Ombudsman* fue instituida por la *Parliamentary Commissioner Act* de 1967, la cual creó el *Parliamentary Commissioner for*

---

<sup>282</sup> Ambas citas son de SALA, G., *Il principio...*, op.cit., pág. 113 y 116, siendo la última de palabras literales de la sentencia 22/66 de la *Corte Costituzionale* italiana.

<sup>283</sup> BARONE, G., "Discrezionalità", op.cit., pág. 3.



*Administration*, cuyas funciones abarcan todo el ámbito de la Administración central<sup>284</sup>. Los antecedentes de esta norma deben buscarse en un informe elaborado en 1961 por *Justice*, una organización plural de juristas<sup>285</sup>. En este estudio se contemplaban, entre otros puntos, los supuestos en que los ciudadanos alegaban, sin cuestionar el criterio discrecional empleado, que el modo en que la decisión administrativa había sido tomada había comportado alguna injusticia. En este sentido, el informe, inspirándose en el modelo escandinavo de ya arraigada tradición en aquella época, realizaba una serie de recomendaciones en el sentido de crear la figura de un comisionado del Parlamento encargado de investigar las injusticias cometidas durante la elaboración de las decisiones. En palabras del informe de *Justice*, esta figura no era "a super-administrator to whom an individual can appeal when he is dissatisfied with the discretionary decision of a public official in the hope that he may obtain a more favourable decision. His primary function... is to investigate allegations of maladministration"<sup>286</sup>. Tras unos años, las recomendaciones cristalizaron en la mencionada ley de 1967.

El punto clave de la ley de 1967 es que el *Commissioner* debe investigar actividades desarrolladas en el ejercicio de funciones administrativas ("in the exercise of administrative

---

<sup>284</sup> Debe tenerse presente que en el Reino Unido existe más de un *ombudsman*. Tras la creación del *Parliamentary Commissioner for Administration* en 1967, surgieron con posterioridad otras figuras semejantes, en otros ámbitos administrativos. Así, en la esfera de la Administración local, la *Local Government Act 1974* y la *Local Government (Scotland) Act 1975* crearon la figura para Inglaterra, Gales y Escocia. Para Irlanda del Norte, la *Parliamentary Commissioner Act (Northern Ireland) 1969* y la *Commissioner for Complaints Act (Northern Ireland) 1969* crearon el *ombudsman* para el ámbito central y local, respectivamente. Por otra parte, en el sector sanitario existe una regulación separada, que constituyó *Health Service Commissioners* para Inglaterra, Escocia y Gales (*National Health Service Reorganisation Act 1973* y *National Health Service (Scotland) Act 1972*). Las referencias contenidas en el texto se referirán en todo momento al *Parliamentary Commissioner for Administration*, ya que la regulación del mismo fue la primera en el tiempo y la fuente de inspiración del resto, que, por lo que se refiere al concepto de *maladministration*, no divergen.

<sup>285</sup> Se trata de *The citizen and the Administration*, también denominado "informe Whyatt".

<sup>286</sup> Citado por GARNER, *Administrative Law*, Butterworths, London and Edinburgh, 1989, pág. 91.

functions") a instancia de ciudadanos que declaren haber sufrido una injusticia como consecuencia de mala administración conectada con la decisión tomada ("who claims to have sustained injustice in consequence of maladministration in connection with the action so taken"). En consecuencia, y de acuerdo con la dicción legal, el significado de la mala administración es importante para delimitar el ámbito de las funciones del *ombudsman*, el cual sólo actuará donde ésta exista. La doctrina está de acuerdo en señalar que el ámbito de actuación del *ombudsman* lo constituyen aquellas decisiones que, siendo conformes al ordenamiento, dan lugar a reclamaciones justificadas de los ciudadanos<sup>287</sup>. Partiendo de esta base, procede, entonces, intentar precisar lo que sea la mala administración en referencia a decisiones legales. La ley de 1967 no define este término, dejándolo abierto. Durante los debates que precedieron a la aprobación del texto legal, el señor Richard Crossman sostuvo que la mala administración cubría supuestos como falta de objetividad, negligencia, falta de atención, retraso, incompetencia, ineptitud, perversidad, infamia o arbitrariedad ("bias, neglect, inattention, delay, incompetence, ineptitude, perversity, turpitude, arbitrariness and so on"), enumeración que constituye lo que se denomina el "catálogo de Crossman" que es objeto de cita en todas las obras que se ocupan del tema, pero que es sólo un listado *ad exemplum*, una enunciación de supuestos simplemente indicativos y de notable

---

<sup>287</sup> Así, por ejemplo, HADFIELD, B., "Judicial Review", *Digest of Northern Ireland Law*, SLS, Belfast, 2 ed., 1995, pág. 19, indica que "an aggrieved individual who has suffered injustice may seek to have investigated a complaint against a public body where it, although acting lawfully, reaches its decision with or through *maladministration*". En el mismo sentido, GREENWOD, J, y WILSON, D., *Public Administration in Britain today*, London, 2º ed., 1989, pág. 310. y WADE, W., *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 7ª ed., 1994, pág. 80, "If something illegal is done, administrative law can supply a remedy, though the procedure of the courts is too formal and expensive to suit many complainants. But justified grievances may equally well arise from action which is legal, or at any rate not clearly illegal (...) there is a large residue of grievances which fit into none of the regular legal moulds, but are none the less real...".



imprecisión<sup>288</sup>.

Por otro lado, la *Parliamentary Commissioner Act 1967* establece expresamente que no es función del *ombudsman* cuestionar la oportunidad de las decisiones discrecionales ("nothing in this Act authorises or requires the Commissioner to question the merits of a decision taken without maladministration by a government department or other authority in the exercise of a discretion vested in that department or authority"). Existiría, pues, una distinción entre las decisiones discrecionales que no vulneran el ordenamiento jurídico: unas serían adoptadas sin mala administración - en las que no puede intervenir el *ombudsman* aunque a su parecer no sean las más adecuadas - y otras viciadas de mala administración, que son, precisamente, las decisiones discrecionales susceptibles de investigación. Así, pues, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, *la mala administración significa esencialmente mal procedimiento administrativo*, y se refiere a la manera en que la decisión discrecional es elaborada, al desarrollo de la función administrativa<sup>289</sup>. En los primeros años de funcionamiento, el *Commissioner* se concentró en la investigación de la existencia de procedimientos incorrectos en la toma de decisiones. Sin embargo, con el paso del tiempo, el *ombudsman*, alentado por el Select Committee - el comité de la Cámara de los Comunes que se ocupa de controlar su trabajo como comisionado del Parlamento que es - se decidió a investigar también las "decisiones malas en calidad", es decir, aquellas decisiones cuya baja

---

<sup>288</sup> Más recientemente, el *Ombudsman* ha ejemplificado diversos supuestos de mala administración, en una lista de gran amplitud, recogida en el *Select Committee Report on Maladministration and Redress, 1993*, citado en HADFIELD, B., "Judicial...", op.cit., pág. 20. En esta lista de ejemplos se citan, entre otros, los siguientes: descortesía (aunque se señala que es una cuestión de grado), falta de disposición para tratar al reclamante como una persona con derechos, negativa a contestar preguntas razonables, negligencia en la información sobre derechos o intereses, dar información errónea o inadecuada a sabiendas, ignorar asesoramientos válidos, seguir procedimientos defectuosos o actuar de forma parcial.

<sup>289</sup> GREENWOOD, J. y WILSON, D., *Public...*, op.cit., pág. 313, "Essentially, maladministration concerns defects in administrative procedures, not the merits of substance of decisions".

calidad sugería que la mala administración estaba envuelta en su adopción<sup>290</sup>. Diversas decisiones judiciales, sin embargo, se han ocupado de mostrar la disposición de los tribunales para detener al *Commissioner* en aquellos casos en que éste trate de cuestionar la calidad de la elección discrecional cuando no exista ningún supuesto de mala administración en el procedimiento administrativo previo a su adopción<sup>291</sup>. En definitiva, como ha sido notado "technically the merits of administrative decisions (such as their fairness) cannot be challenged so long as appropriate procedures have been followed"<sup>292</sup>, lo que implica que mala administración equivalga a procedimiento administrativo en el que no se ha garantizado la oportunidad de la decisión. A este respecto, ha sido notada la dificultad de distinguir netamente entre la oportunidad y el modo en que la misma se alcanza, puesto que "the manner in which a decision is reached or implemented can cover so many aspects of the decision that its merits, as a distinct concept, disappear"<sup>293</sup>. Es por ello que un defectuoso procedimiento administrativo conduce a malas decisiones discrecionales, lo que da lugar a la mala administración, o en palabras de WADE "bad decisions are bad administration and bad administration is maladministration"<sup>294</sup>. Lo que mirado al trasluz, como ya se dijo, nos conduciría a la siguiente ecuación inversa: *buenas decisiones discrecionales son buena administración y buena administración es el seguimiento de buenos procedimientos*

---

<sup>290</sup> HAWKE, N., *And Introduction to Administrative Law*, ESC publishin limited, Oxford, 2º ed., 1989, pp. 241 y 242, GARNER, *Administrative...*, op.cit., pág. 94.

<sup>291</sup> WADE, W., *Administrative...*, op.cit., pág. 90, en nota 3, da cuenta de esta jurisprudencia.

<sup>292</sup> GREENWOOD, J. y WILSON, D., *Public...*, op.cit., pág. 313.

<sup>293</sup> WADE, W., *Administrative...*, op.cit., 90, señalándose que "the Commissioner, for instance, regularly criticises the weight attached to particular circumstances in making the decision; but criticism of the merits can, practically always, be presented as criticism of the weight attached to some consideration or circumstance".

<sup>294</sup> WADE, W., *Administrative...*, op.cit., pág. 90.



*administrativos en su adopción.* Del análisis efectuado, debe destacarse, pues, que en Derecho británico existe un deber de buena administración y que su incumplimiento - la mala administración - habilita al *ombudsman* a emprender acciones para su remedio.

El concepto de mala administración se encuentra también recogido en el Tratado CEE, en el art. 138 E, cuya redacción fue introducida por el Tratado de la Unión Europea en 1992. Este artículo introduce la figura del Defensor del Pueblo en el ordenamiento comunitario, como comisionado del Parlamento Europeo, cuya función, desempeñada con total independencia (art. 138 E, apartado tercero), es la de "recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de *mala administración* en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales", y en base a estas reclamaciones llevar a cabo las investigaciones pertinentes (art. 138 E apartado primero). Este mismo precepto indica que "cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de *mala administración*, lo pondrá en conocimiento de la institución interesada, que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Este remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución interesada. La persona de quien emane la reclamación será informada del resultado de estas investigaciones". La noción de mala administración constituye también en este caso el punto clave que delimita el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo Europeo. El Tratado no define lo que sea mala administración, limitándose a remitirse en el apartado cuarto del art. 138 E a una decisión posterior del Parlamento Europeo para la fijación del Estatuto y las condiciones generales del ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo. Esta decisión es la 94/262/CECA, de 9 de marzo de 1994 (DO núm. L 113 de 4 de mayo de 1994), en la

que se vuelve a aludir al concepto de mala administración, aunque sin definirlo tampoco. Así, se indica que "el Defensor del Pueblo contribuirá a descubrir los casos de *mala administración en la acción* de las instituciones y órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones judiciales, y a formular recomendaciones para remediarlos" (art.2.1), siendo el Defensor del Pueblo competente para conocer cualquier "reclamación relativa a un caso de *mala administración en la actuación* de las instituciones u órganos comunitarios" (art. 2.2). Una vez efectuada la reclamación, el Defensor del Pueblo procederá "a todas las investigaciones que considere necesarias para aclarar todo posible caso de *mala administración*" (art. 3.1), buscando en la medida de lo posible, una vez constatado el caso de mala administración, "una solución que permita eliminar los casos de *mala administración* y satisfacer la reclamación del demandante" (art. 3.5). Como puede apreciarse, el Estatuto, pese a no aclarar el concepto, menciona repetidamente el término mala administración, asociándolo a las ideas de desarrollo - se habla de *acción* y de *actuación* de las instituciones y órganos comunitarios, desde una perspectiva dinámica - de funciones administrativas - no judiciales, pues queda fuera del radio de control del Defensor del Pueblo el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Parece que, pese a la dificultad de precisión del término mala administración<sup>295</sup>, éste se refiere al desarrollo

---

<sup>295</sup> Puesto de relieve por JIMENEZ-BLANCO en el coloquio posterior a la ponencia de Ignacio ASTARLOA HUARTE-MENDIOCA titulada "El estatuto del Defensor del Pueblo", en AA.VV., *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea. Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992*, pp. 175 y ss.

El primer *Ombudsman* europeo, el señor Jacob Söderman, se ha referido a este término, señalando que "there is maladministration if a Community institution or body fails to act in accordance with the Treaty and with the Community acts that are binding upon it or if it fails to observe the rules and principles of law established by the Court of Justice and the Court of First Instance. The Ombudsman must take into account the requirement of Article E of the Maastricht Treaty that the Community institutions and bodies are to respect fundamental and human rights". Pero ha indicado también que "the experience of national ombudsmen shows that it is better not to attempt to give a rigid definition of what may constitute maladministration, at least not in the very beginning



de funciones administrativas en el ámbito comunitario, por lo que las reflexiones hechas a propósito del *Ombudsman* británico y del procedimiento administrativo pueden ser también extensibles a estos efectos.

El concepto de mala administración nos permite detectar una inquietud común por intentar evitar actuaciones administrativas que, no siendo contrarias al ordenamiento jurídico, no sean de buena calidad, al no haberse seguido un procedimiento efectivo para su adopción, con un análisis ponderado de los hechos e intereses envueltos en la decisión discrecional<sup>296</sup>. Por ello sosteníamos que, de hecho, la mala administración es el reverso del deber de buena administración, que se nos revela, así, a través de una patología, su infracción, de la misma manera, podríamos decir, que la existencia de una temperatura corporal constante y adecuada se nos revela cuando se altera ésta por cualquier motivo y aparece la fiebre.

Sin embargo, la existencia de un deber de buena administración que orienta la actuación discrecional también puede hallarse formulado explícitamente como tal en el ámbito europeo.

Un ejemplo de ello puede hallarse en el *ordenamiento jurídico holandés*, donde la doctrina y la jurisprudencia han formulado una serie de principios de buena administración, a tener en cuenta por la Administración antes de ejercer su discrecionalidad. Estos principios requieren, entre otras cosas, que los órganos administrativos actúen y decidan cuidadosa y reflexivamente, que los hechos en que se base la decisión sean bien conocidos e investigados

---

of the activity. I presume that the jurisprudence of the Courts in Luxembourg and the literature on European administrative law as well as on the national level will safely guide the ombudsman's ship on the heavy seas of good and bad administration". Vid. SÖDERMAN, J., "A Thousand and One Complaints: The European Ombudsman *en Route*", *European Public Law*, vol.3, Issue 3, pág. 354.

<sup>296</sup> WENNERGEN, B., "La maladministration en Suède", *Revue française d'Administration Publique*, núm. 45, 1988, pág. 102, señala que una de las manifestaciones típicas de la maladministración es "une procédure qui ne remplit pas les conditions requises et cause une décision objectivement erronée".

y que en la preparación de la decisión discrecional se cuente con la necesaria información, que los intereses envueltos en la decisión sean sopesados antes de su adopción, que la decisión sea fruto de una deliberación adecuada y que para la misma existan argumentos sustanciales, los cuales deben ser puestos en conocimiento de los ciudadanos afectados por la misma<sup>297</sup>.

En *Bélgica*, ANDERSEN destaca que el *Conseil d'Etat* maneja frecuentemente "principes généraux de bonne administration", entre los que se cuenta, aparte de los derechos de defensa, el deber de la autoridad administrativa de preparar adecuadamente sus decisiones, por ejemplo abriendo trámites de audiencia e información pública para conocer la opinión de los ciudadanos o aportando al procedimiento los precisos informes técnicos necesarios para resolver correctamente<sup>298</sup>.

En el ámbito del *Derecho Británico*, debe hacerse referencia al informe *Administrative Justice. Some Necessary Reforms*, elaborado por el comité revisor fundado por JUSTICE and All Souls College, Oxford y publicado en 1988<sup>299</sup>. Este informe, fruto de la concienzuda labor de un grupo de prestigiosos juristas anglosajones<sup>300</sup>, dedica su segundo Capítulo

---

<sup>297</sup> Vid. al respecto, VAN DER TANG, G.F., "The constitutional perspective of administrative decision making", y DE VOS, P.L. y BAX, J., "The procedure of Administrative decisions in the Netherlands", ambos trabajos recogidos en el número monográfico dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, 1993, pp. 227 y ss. y 239 y ss., respectivamente.

<sup>298</sup> ANDERSEN, R., "Les principes généraux de la procédure d'élaboration de la décision administrative en droit administrative Belge", trabajo recogido en el número especial sobre procedimiento administrativo de 1993 de la *European Review of Public Law*, pp. 137 y ss.

<sup>299</sup> Committee of the JUSTICE-All Souls Review of Administrative Law in the United Kingdom, *Administrative Justice. Some Necessary Reforms*, Oxford, Clarendon Press, 1988. Este informe cuenta con un total de 449 páginas.

<sup>300</sup> El propio informe explica en sus páginas 1 y ss., y 369 y ss., el origen y la composición del comité responsable del informe. El mismo fue fundado en 1978 ante la pasividad gubernamental y la existencia de un sentimiento social de necesaria revisión y modernización del Derecho Administrativo británico.



(páginas 7 a 23) a la "Formulation of Principles of Good Administration". Como se indica en la Introducción (pág. 5) este capítulo tiene sentido como modo de evitar daños derivados de defectuosas actuaciones administrativas, puesto que "as prevention is better than cure, so good administration is better than remedies for bad administration"<sup>301</sup>.

A pesar del título del citado Capítulo segundo, el informe en realidad no formula explícitamente ningún principio concreto de buena administración. Las conclusiones incluidas al final de este capítulo (páginas 21 a 23) se limitan a declarar que sería "altamente deseable" construir un conjunto completo de Principios de Buena Administración. Estos principios no deberían ser formulados legislativamente<sup>302</sup>, aunque su violación debería dar lugar al control judicial. Según el informe, la institución mejor equipada para formular estos principios sería el *Parlamentary Ombudsman*, dada su experiencia práctica en el funcionamiento administrativo. Éste, mediante el uso de su experiencia y de diversos trabajos ya existentes y recopilados en el informe<sup>303</sup>, debería formular una serie de principios de buena administración, necesariamente generales, que podrían ser concretados por cada órgano administrativo mediante normas públicas internas, en función de las necesidades específicas de cada cometido a desempeñar<sup>304</sup>. A lo largo del presente trabajo iremos haciendo puntuales referencias a los documentos y trabajos incluidos en este informe de JUSTICE-All Souls.

---

<sup>301</sup> Vid. pág. 8 del informe citado.

<sup>302</sup> Excepto en dos supuestos, según se recoge en el informe: el deber de motivación y la articulación de la solución en caso de retraso irrazonable o excesivo al resolver.

<sup>303</sup> Se mencionan específicamente en las conclusiones los siguientes: la Resolución (77) 31 y la Recomendación No. R (80) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el informe JUSTICE *Administration under Law*, publicado en 1971. Este último sí recogió un borrador de principios de buena administración, recogidos en el apéndice 7 (pág.381) del informe que estamos comentando.

<sup>304</sup> Vid. pág. 22 del citado informe.

En el *ámbito del Derecho Comunitario*, junto al concepto de mala administración introducido recientemente en la regulación del Defensor del Pueblo, al que acabamos de hacer referencia, también se maneja, desde hace tiempo, la noción de buena Administración<sup>305</sup>. Debe tenerse presente, como es bien sabido, que el TJCE utiliza el método comparativo para elaborar principios generales del Derecho Comunitario, los cuales, una vez elaborados en su jurisprudencia, son susceptibles de influir, como así efectivamente ocurre en numerosas ocasiones, en los distintos ordenamientos europeos, teniendo así un efecto unificador, el cual contribuye a la consolidación de un Derecho Público Europeo<sup>306</sup>. El resultado de todo ese continuo proceso de recíproca comunicación comporta la progresiva consolidación de lo que ha sido denominado Derecho Administrativo Europeo<sup>307</sup>, como, si se nos permite la licencia, cesto común cuyos mimbres estarían en parte formados por principios generales<sup>308</sup>. Por lo que se refiere específicamente a la buena administración, el

---

<sup>305</sup> Puede consultarse una referencia a este concepto en PESCATORE, P., "Los principios generales del Derecho comunitario", *Noticias CEE*, núm. 40, 1988, pp. 50 y ss., quien señala que "tiene una existencia más bien borrosa en la jurisprudencia de la Corte", y en ALONSO GARCIA, R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 282 y ss, aunque este autor lo ciñe al ámbito del derecho de defensa en el procedimiento administrativo. Como a continuación se verá, su alcance es más amplio.

<sup>306</sup> En este sentido, por ejemplo, ALONSO GARCIA, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CERA, S.A., Madrid, 1994, pp, 239 y ss., quien se refiere en la pág. 244 a lo que denomina el efecto "boomerang", "concretado en una diversidad de Derechos nacionales que estaría sirviendo de base en la construcción de principios comunitarios, produciéndose ulteriormente una vuelta de esa síntesis europea a los ordenamientos nacionales, con incidencia en los principios internos que sirvieron de base para su elaboración". En referencia específica al ámbito procedimental, vid. las consideraciones de BARNES, J., "Hacia el Derecho Público Europeo", en la obra por él coordinada *El procedimiento...*, op.cit., pp. 31 y ss.

<sup>307</sup> Como es sabido, este es, precisamente el título de la conocida obra de Jürgen SCHWARZE. Como señala FLOGAITIS, S., "Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de Justice", *European Review of Public Law*, vol.4, núm. 2, invierno 1992, pág. 291, este término constituye una novedad de los últimos años, que ha adquirido ya carta de naturaleza entre la doctrina europea.

<sup>308</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 136 y ss., pone de relieve como la legislación interna se ve influida por la necesidad de respetar los principios generales sobre procedimiento administrativo establecidos en la



TJCE se ha referido en el ámbito judicial a la existencia de un principio de buena administración de justicia en diversas sentencias, con un contenido diverso en su aplicación, sin determinar en qué consiste tal principio<sup>309</sup>. Al margen del ámbito judicial, el TJCE ha acudido repetidas veces al uso de un *principio de buena administración* referido a órganos e instituciones comunitarias. Sus primeras formulaciones se produjeron en la esfera de la función pública, donde también ha sido el campo en que más se ha utilizado este principio. Así, en la sentencia de 11 de julio de 1974 (Asunto 53/72), se estableció que el principio de buena administración obligaba a la administración a *tomar todas las medidas útiles para justificar el fundamento* de acusaciones graves sobre la honorabilidad de un funcionario en el ejercicio de sus funciones, obligación que fue repetida en la sentencia de 7 de julio de 1977 (Asunto 43/74). En la sentencia de 14 de julio de 1977 (Asunto 61/76), se señaló que el informe de calificación de los funcionarios debía emitirse para la buena administración y racionalización de los servicios de la Comunidad, obligación que fue reiterada con posterioridad en la sentencia de 5 de mayo de 1983 (Asunto 207/81). En la sentencia de 9 de noviembre de 1978 (Asunto 140/77), el TJCE declaró que en interés de una buena administración las autoridades tenían la facultad de tomar medidas para ayudar a un

---

jurisprudencia comunitaria, destacándose también la recepción paulatina que por el Tribunal Supremo español se está efectuando de los mismos.

<sup>309</sup> Por ejemplo, vid. las sentencias de 12 de noviembre de 1996 (Asunto C-294/1995 P), 10 de julio de 1991 (Asunto C-294/1989), 27 de junio de 1991 (Asunto C-351/89), 22 de noviembre de 1982 (Asunto 293/82), 28 de junio de 1978 (Asunto 70/77), o de 14 de diciembre de 1977 (Asunto 73/77), en las que el TJCE resuelve teniendo en cuenta el "principio de buena administración de justicia" o el interés de una "buena administración de justicia", en asuntos tan dispares como la suspensión de un proceso disciplinario contra un agente de las Comunidades o la necesidad o no de plantear la cuestión prejudicial del art.177 del Tratado tras la existencia de un debate contradictorio. Sobre esta última cuestión, por ejemplo, se pronuncia la última de las sentencias citadas, indicando que si bien el artículo 177 del Tratado no subordina la consulta al Tribunal al carácter contradictorio del procedimiento en el curso del cual el juez nacional formula una cuestión prejudicial, puede, llegado el caso, ser preciso por el interés de una *buena administración de justicia* que la cuestión judicial no se plantee más que a continuación de un debate contradictorio, aunque corresponde a la jurisdicción nacional apreciar esa necesidad.

funcionario a superar sus problemas personales, mientras que en la de 28 de mayo de 1980 (Asuntos 33 y 75/79) se indicó que el principio general de buena administración impone que cuando se lesionen gravemente a los interesados, *debe permitirse a éstos, salvo motivo grave, expresar y dar a conocer su punto de vista*. Más recientemente, el TJCE ha indicado que el principio de buena administración impide que al impugnar una decisión de inadmisión a un concurso pueda cuestionarse el anuncio realizado de éste, cuando se intenta hacer fuera de los plazos fijados para su impugnación (sentencia de 11 de marzo de 1986, Asunto 294/1984), que este principio implica que cuando se resuelva sobre la situación de un funcionario *se tomen en consideración el conjunto de elementos y de intereses*, incluido el del funcionario, envueltos (sentencia de 23 de octubre de 1986, Asunto 321/85), que implica que el plazo de convocatoria de los candidatos a un concurso debe ser razonable (sentencia de 27 de noviembre de 1986, Asunto 155/85), que este principio impide que la autoridad investida del poder de nombramiento de funcionarios actúe en contra de las bases del anuncio del concurso (sentencia de 31 de marzo de 1992, Asunto C-255/90), o que este principio no puede ser aceptado como argumento para inaplicar la jurisprudencia relativa a la impugnación de actos en el marco de un proceso de selección de funcionarios, como proponía que se hiciera la Comisión (sentencia 11 de agosto de 1995, Asunto C-448/1993). Fuera del ámbito funcional, el TJCE también ha acudido al principio de buena administración para argumentar que el mismo habilita la adopción de medidas apropiadas respecto del funcionamiento interno de las instituciones comunitarias, permitiendo, en concreto decidir sobre el acceso del público a documentos que obren en poder de aquéllas (sentencia de 30 de abril de 1996, Asunto C-58/94), que una regla contenida en un reglamento es de buena administración al permitir que funcione correctamente el régimen de los certificados de importación de carnes de bovino (sentencia de 6 de noviembre de 1990, Asunto C-354/87),



que las exigencias de una sana administración de finanzas de la Comunidad imponen que la comprobación de las cuentas del Fondo Social Europeo debe tener lugar en plazos razonables y que la comisión debe fijarlos, ligando sanciones a su incumplimiento (sentencia de 26 de mayo de 1982, Asunto 44/81), que, en el ámbito de las relaciones entre instituciones comunitarias y estados miembros, el principio de buena administración exige que la Comisión comunique a los estados su decisión de aparejar efectos financieros a la falta de respeto de un plazo razonable para la instrucción de solicitudes de primas por el nacimiento de terneros (sentencia 27 de marzo de 1990, Asunto C-10/88), o que exige que la Comisión indique a los estados miembros qué incumplimientos de obligaciones comunitarias se ha producido y no extraiga consecuencias financieras del incumplimiento sino es transcurrido un plazo razonable (sentencia 11 de octubre de 1990, Asunto C-34/82), o, finalmente, que la Comisión *no debió desconocer constataciones de hecho* efectuadas por un órgano nacional, las cuales *debían haber sido examinadas y debatidas* antes de tomar una decisión relativa a la concesión de una exención relativa a un acuerdo restrictivo de la libre competencia (sentencia de 17 de enero de 1995, Asunto C-360/1992).

Como puede apreciarse, la jurisprudencia expuesta demuestra la gran heterogeneidad de supuestos en que se hace referencia a la buena administración por parte del TJCE. Ello no obstante, el Abogado General Simone ROZÈS puso de relieve en sus conclusiones presentadas el 8 de octubre de 1981, a propósito del Asunto 125/80 que daría lugar a la sentencia de 29 de octubre de 1981<sup>310</sup>, que la jurisprudencia del TJCE había consagrado un "devoir de bonne administration", como principio general del Derecho, en defecto de regla a aplicar, el cual era de aplicación "dans des hypothèses variées", en las que establecía

---

<sup>310</sup> Pueden consultarse en Recueil, pp. 2556 y ss., especialmente pág. 2566 lo que a continuación se va a indicar.

obligaciones para la Administración, como hemos tenido ocasión de constatar. *Ahora bien, entre las diversas manifestaciones vistas del deber de buena administración, existe una constante que se repite en diversas decisiones del TJCE; se trata del deber de la Administración de desarrollar su actividad de una determinada manera: adoptando todas las medidas necesarias para comprobar los datos sobre los que vaya a basarse su decisión discrecional, permitiendo a los interesados exponer sus puntos de vista, tomando en consideración todos los elementos pertinentes al caso y ponderando todos los intereses implicados, sin soslayar argumentos ni constataciones fácticas relativas al supuesto concreto*<sup>311</sup>.

En esta línea, como destaca SCHWARZE<sup>312</sup>, el TJCE ha elaborado una jurisprudencia en la que ha señalado, especialmente en el ámbito de las decisiones discrecionales, la obligación de la autoridad comunitaria competente de clarificar las concretas circunstancias de cada caso concreto lo más completamente posible, y de decidir a la vista de las mismas, evaluando cuidadosamente los intereses envueltos. Este deber de realizar una cuidadosa fase de instrucción en el ámbito del procedimiento administrativo y de tomar en consideración en el momento de resolver las específicas circunstancias investigadas ha sido considerado por el TJCE como "un asunto de buena administración"<sup>313</sup>, destacándolo en diversas sentencias referidas a variados ámbitos, tales como el Derecho de la competencia o la regulación de la función pública. En este último campo, la sentencia de 19 de marzo de 1964 (Asunto 27/63), indicó que la discrecionalidad

---

<sup>311</sup> Entre las sentencias citadas, aluden directamente a estos aspectos las de 11 de julio de 1974, 7 de julio de 1977, 28 de mayo de 1980, 23 de octubre de 1986 y 17 de enero de 1995.

<sup>312</sup> SCHWARZE, J., *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, 1992, pp. 1223 y ss.

<sup>313</sup> SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pág. 1229.



concedida a la autoridad por una regulación determinada suponía la existencia de una gran libertad para tomar la decisión, pero suponía, a la vez, la imposición de un deber de escrupulosa consideración de las circunstancias del caso, obligación que garantizaba que la discrecionalidad sería ejercida con pleno conocimiento de los hechos<sup>314</sup>.

Todas estas decisiones judiciales aludidas ponen al descubierto la existencia también en Derecho Comunitario de un deber de buena administración, entendido como una obligación de buen desarrollo de la función administrativa cuando de tomar decisiones discrecionales se trata, de un correcto seguimiento del procedimiento administrativo, investigando los hechos y los intereses envueltos y tomando efectivamente en consideración todas las circunstancias del caso concreto antes de resolver<sup>315</sup>. Una reciente decisión del TJCE, la sentencia de 21 de noviembre de 1991 (Asunto C-269/90), ha confirmado este deber, al indicar que el seguimiento de un correcto procedimiento administrativo deviene fundamental cuando la Comisión dispone de un amplio poder de apreciación para desarrollar sus funciones, en cuyo caso surge "l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce", debiéndose tener

---

<sup>314</sup> Sentencia citada por SCHWARZE, J., *European...*, op.cit., pág. 1231, quien destaca como esta obligación de examen pormenorizado de las circunstancias propias de cada caso aparece como un "necessary balance to the wide discretionary powers given to administration".

<sup>315</sup> WEBER, A., "El procedimiento administrativo en el Derecho Comunitario", en BARNES, J. (Coord.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 89, habla de la existencia en Derecho Comunitario de un principio inherente al Estado de Derecho que el denomina de "buena conducta administrativa" (*gute Verwaltungsführung*) o de "correcta actuación administrativa" (*ordnungsgemässen verwaltung*), cuyos perfiles afirma no están todavía bien dibujados, dudando de que se trate de un principio autónomo o de una expresión de los principios de legalidad o audiencia, faltando a su parecer un estudio introductorio de Derecho Comparado que arroje luz sobre el mismo. En nuestra opinión, ese principio coincide con el expuesto de buena administración, como vimos común a diversos países europeos, y constituye una figura autónoma, genérica, que engloba otras como la motivación o la audiencia, al expresar la idea de que toda decisión discrecional debe ser tomada previo seguimiento de un adecuado y efectivo procedimiento, que permita, a través de una serie de trámites - como la audiencia -y requisitos - como la motivación - fijar los hechos y ponderar los intereses antes de decidir una resolución, a fin de que ésta sea la mejor de las posibles.

en cuenta los puntos de vista del interesado y siendo necesaria una motivación suficiente de la decisión discrecional<sup>316</sup>.

-----

Se detecta, en consecuencia, en diversos sistemas jurídicos cercanos al nuestro y en la jurisprudencia del TJCE la existencia de un deber de buena administración, entendido en el sentido de buen ejercicio de la discrecionalidad mediante la investigación cuidadosa de las circunstancias de hecho del supuesto y la ponderación de los intereses, públicos y privados, envueltos en la toma de la decisión, adquiriendo así el procedimiento administrativo una importancia de primer orden para lograr soluciones que, aparte de su corrección jurídica, sirvan de forma adecuada y oportuna al interés general, garantizando "il buon funzionamento delle amministrazione stesse"<sup>317</sup>. Llegados a este punto, debemos preguntarnos si una obligación jurídica semejante existe en el *ordenamiento español*.

En relación con esta cuestión, debemos plantearnos si la Administración y el Gobierno deben, cuando ejercen poderes discrecionales, tratar de elegir la mejor de las soluciones posibles, en la línea, ya vista, propuesta en nuestro país por FERNANDEZ FARRERES, CHINCHILLA o BELTRAN. En nuestra opinión, la respuesta debe ser afirmativa<sup>318</sup>. En

---

<sup>316</sup> Puede verse un comentario a esta decisión en SCHWARZE, J., "Tendances vers un droit administratif commun en Europe", *Rev. Trim. Droit Eur.*, núm. 2, 1993, pág. 238.

<sup>317</sup> MATARELLA, B.G., "L'evoluzione della disciplina del procedimento amministrativo in Francia", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 1993, pág. 768.

<sup>318</sup> Debe, sin embargo, efectuarse una matización respecto al deber de búsqueda de la mejor solución, la más adecuada o la óptimo. La búsqueda de lo óptimo no puede desligarse del contexto real en que la decisión debe ser elaborada. En la realidad, la elección de una alternativa se ve influenciada por cuestiones como la dificultad de hacerse con información, las posibilidades *viabiles* en la práctica y a la luz de las circunstancias del caso y otros elementos conectados con la tensión psicológica a que se somete el decisor, en definitiva uno o varios seres humanos, con las limitaciones propias de esta condición. Queremos subrayar con lo dicho que lo mejor, lo óptimo debe ser contextualizado en cada supuesto atendiendo a las reales circunstancias y posibilidades, no desconectándolo, por ejemplo *a posteriori* de las mismas. En este sentido, METCALFE, Lee, "Análisis de las políticas públicas: el arte de lo factible", *DA*, 224-225, octubre 1990-marzo 1991,



este sentido, por ejemplo, es ilustrativo el art. 2.3 del Reglamento Catalán de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales, aprobado por Decreto 179/1995, de 13 de junio, el cual señala que "cuando sean diversas las formas de actuación administrativa aplicables, *se ha de utilizar la que sea más adecuada* a la finalidad del interés local y a la naturaleza de la actividad que se trate de realizar...". La elección discrecional debe ser la más adecuada en su servicio al interés general, y esta exigencia está conectada, como seguidamente se va a argumentar, con el *elemento causal* de las decisiones.

El elemento causal de los actos jurídicos es una cuestión muy debatida en todas las ramas del Derecho, incluido el Derecho Administrativo<sup>319</sup>. En torno a la causa de los actos administrativos se pueden detectar en la doctrina española diversas posturas, que entendemos son plenamente aplicables también a reglamentos o planes. Por un lado, GARRIDO FALLA y, siguiendo a éste, ENTRENA CUESTA defienden la identificación de la causa con los presupuestos de hecho de la actuación de la Administración Pública, concepción que puede hallarse en alguna sentencia del TS, como por ejemplo la de 25 de octubre de 1986 (Ar.

---

pp. 105 y ss, quien afirma en concreto en la pág. 109 que "la idea de que la viabilidad es un criterio apropiado, e incluso perentorio, en algunos aspectos puede parecer increíble a cualquiera educado en la tradición tecnocrática del análisis de las políticas. El enfoque tecnocrático ha primado la consecución de objetivos máximos y óptimos, aunque esto no resulta ser un nivel de aspiraciones realista con frecuencia. (...) Los modelos óptimos no sólo tienen limitaciones inherentes, sino que dependen de exigencias estrictas que deben ser cumplidas simultáneamente. Además, identifican reiteradamente la decisión con la acción y omiten la referencia a los problemas de la implantación. La atribución del término "óptimo" a soluciones que llevan a cabo suposiciones que no pueden satisfacerse, que prescindan de la necesidad de apoyo político y que desconocen las dificultades de la implantación puede ser un consuelo para los que buscan perfección académica pero no impresionan a los practicantes".

<sup>319</sup> Por lo que se refiere a los diversos enfoques doctrinales sobre la causa de los negocios jurídicos privados, vid. por ejemplo LACRUZ BERDEJO, José Luís, LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *Parte General del Derecho Civil*, vol.III, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 209 y ss.

7719)<sup>320</sup>. Frente a esta posición, GARCIA DE ENTERRIA y Tomás-Ramón FERNANDEZ distinguen la causa del presupuesto de hecho de la actuación, estableciendo cuatro elementos objetivos de los actos: el presupuesto de hecho, la causa, el fin y los motivos. Para estos autores, la causa tiene una íntima conexión con el fin. El ordenamiento jurídico, implícita o explícitamente, señala el fin a perseguir, el cual siempre son los intereses generales, que en cada supuesto específico son determinados. La decisión administrativa debe servir siempre al interés general, es decir, debe ser congruente y adecuado con el fin que guía la actuación<sup>321</sup>. Esta relación de adecuación, es, precisamente, la causa del acto. En las palabras de los autores citados, "el acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita; a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y nombre de *causa* en sentido técnico (...). Esa adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita es la causa para los actos administrativos"<sup>322</sup>. Este

---

<sup>320</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado...*, op.cit., pp. 460 y ss, y ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso...*, op.cit., pág. 180. Así, el primero de los autores citados indica en la pág. 464 de su obra que "la determinación del elemento que investigamos vendría entonces dada por la contestación de la pregunta "¿por qué?", y, justo es reconocerlo, el termino causa resulta aquí el adecuado.

Resulta así que una serie de circunstancias de hecho se integran como elementos del acto administrativo a través de la noción de causa. Por ejemplo, la causa de una sanción disciplinaria está en la comisión efectiva de la falta; la causa de la orden de demolición de una finca ruinoso, en el estado de ruina; la de la jubilación de un funcionario por imposibilidad física, en la situación de imposibilidad física; la del traslado voluntario de un funcionario de una a otra plaza en la existencia de esta última como vacante y en la solicitud del interesado, etc."

<sup>321</sup> En palabras de CARRETERO LOPEZ, Adolfo, "Causa, motivo y fin del acto administrativo", *RAP*, 58, 1969, pág. 135, "Cada categoría de acto administrativo obedece a una obligación impuesta por las normas que valoran el interés público, exigiendo que se realice de forma determinada. La causa es la conformidad del acto a la categoría legal. Como elemento trasciende de la mera voluntad o del interés público del acto: Es objetivo: La razón justificadora de la producción de un acto administrativo concreto. Responde a la pregunta de por qué para satisfacer un interés público definible se emplea una clase y no otra de acto administrativo".

<sup>322</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 528. Sigue también esta concepción de la causa DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luís, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1988, pág. 15.



concepto de causa es el recogido en diversas normas de nuestro ordenamiento. Así, el art. 53.2 LRJPAC indica que "el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y *adecuado* a los fines de aquéllos". El art. 84.2 LBRL establece que "la actividad de intervención se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, *congruencia* con los motivos y *fin*es justificativos y respeto a la libertad individual" Por su parte, el art. 2.3 ROAS señala, como unas líneas más arriba se ha señalado, que "cuando sean diversas las formas de actuación administrativa aplicables, *se ha de utilizar la que sea más adecuada a la finalidad de interés general y a la naturaleza de la actividad que se trata de realizar...*". También la jurisprudencia ha utilizado esta concepción de la causa de las decisiones administrativas, por ejemplo en la STS de 12 de septiembre de 1991 (Ar. 6595), en la que se señala que "siendo la desviación de poder toda actividad administrativa que se aparta del fin concreto que le señale la norma habilitante de la potestad correspondiente el análisis de este vicio exige prestar atención a la causa del acto administrativo dictado"<sup>323</sup>. En idéntico sentido, la STS de 19 de julio de 1996 (Ar. 6219), con aún mayor rotundidad, indica que "la causa o el elemento causal no es,(...), el interés general o público a que debe responder el acto", sino que el interés general al servicio del cual están todas las decisiones administrativas "constituye propiamente la finalidad del acto, cuyo control en sede de recurso tiene como cauce adecuado la desviación de poder". En cambio, "en su acepción técnico jurídica la causa o el elemento causal del acto administrativo

---

<sup>323</sup> Sobre el tratamiento doctrinal de la desviación de poder en España, vid., aparte de las referencias contenidas en los manuales de Derecho Administrativo, los trabajos de CHINCHILLA MARIN, C., *La desviación...*, op.cit., GARRIDO FALLA, F., "Comentaria al artículo 106.1 CE", en *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1985, 2ª ed., MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., "La desviación de poder en el Derecho Español", *RAP*, núm. 22, 1957, pp. 129 y ss., SANCHEZ ISAAC, J., *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*, IEAL, Madrid, 1973, SANTAMARIA PASTOR, J.A., "Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control", *REDA*, núm. 2, 1974, pp. 303 y ss.

es, más bien, la adecuación de éste al fin en consideración al cual la norma configura la potestad que ejercita".

La causa aparece, pues, como la adecuación entre la decisión y el interés general<sup>324</sup>, adecuación que, además, deberá ser la mayor posible. Adecuación que supone "un juicio de efectividad, de congruencia (art. 6 RSCL), de coherencia, de proporcionalidad, en fin de desviación de poder en su caso (art. 83.3 LJ)"<sup>325</sup>. Por tanto, existirá un vicio en el elemento causal de los actos cuando se produzca, claro, desviación de poder<sup>326</sup> y, en general, cuando en el momento de tomar la decisión o por circunstancias sobrevenidas a posteriori se quiebre la adecuación entre ésta y el interés general<sup>327</sup>. Entre estos supuestos,

---

<sup>324</sup> En contra de lo sostenido, vid. CHINCHILLA, C., *La desviación...*, op.cit., pp. 76 y ss., en las que esta autora no comparte la concepción de la causa como relación de adecuación entre decisión y fin de interés general. Para ella, causa y concreto fin de interés general a servir por la Administración son lo mismo, puesto que separar causa i fin es algo "difícil e innecesario", porque "¿cuál sería entonces la técnica de control de la causa?, o lo que es igual: ¿qué es, sino desviación de poder, la falta de adecuación de los fines de la que habla el art. 40 LPA? (pág. 79). Desde la postura aquí mantenida, siguiendo a GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, la desviación de poder sería uno de los vicios de la causa, no el único posible. Al respecto vid. lo que se indica a continuación en el texto.

<sup>325</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 531.

<sup>326</sup> Así, la STS de 28 de abril de 1992 (Ar.4114), establece que "la "desviación de poder" es un vicio de la causa del acto administrativo", mientras la de 14 de marzo de 1995 (Ar.2369) indica que la desviación de poder supone que "en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio".

No debe olvidarse, por otro lado, que la desviación de poder puede producirse tanto respecto de actos administrativos como de reglamentos o planes. Respecto a los primeros, vid. el estudio de TRAYTER, J.M., "La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria", *Poder Judicial*, núm. 34, 1994, pp. 339 y ss. Respecto a los segundos, concretamente en el ámbito urbanístico, vid. el trabajo de este mismo autor *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 418 y ss., con diversas referencias jurisprudenciales sobre la cuestión.

<sup>327</sup> Sobre el juego de la causa en el entendimiento de la revocación de actos administrativos como un supuesto de invalidez sobrevenida de su elemento causal, puede consultarse mi estudio "La revocació de llicències en el Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels Ens Locals (Decret 179/1995, de 13 de juny)", en la obra colectiva sobre este reglamento catalán de próxima aparición, editada por Marcial Pons.



y por lo que ahora nos incumbe, se encuentra el defectuoso ejercicio de la actividad administrativa consistente en la ausencia o incorrección respecto al seguimiento del procedimiento administrativo previo a la toma de decisión, defectos que pueden permitir presumir que la decisión discrecional finalmente adoptada no sea la más adecuada de las posibles en su servicio al interés general. Más adelante volveremos sobre esta afirmación, a propósito de la relevancia de los vicios procedimentales en la adopción de decisiones administrativas.

El Derecho, pues, desea que las decisiones discrecionales a adoptar sean las mejores posibles en su servicio del interés general. En consecuencia, parece lógico que también quiera, para asegurarlo, que el modo como se ejerza la discrecionalidad sea bueno, adecuado a tal fin. Como vimos con anterioridad, el concepto de buena administración no es desconocido en nuestro Derecho, existiendo referencias al mismo entre algún autor del siglo pasado, aunque, bien es cierto, usándose el mismo con una notoria falta de precisión jurídica<sup>328</sup>. A pesar de no ser un concepto de usual manejo en nuestro país - no puede hallarse, por ejemplo, ninguna referencia al mismo en los diccionarios jurídicos al uso - tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia realizan esporádicas menciones de la buena Administración. Por lo que se refiere a normas, la LJCA en su magistral Exposición de Motivos indica en el apartado II.1 que:

"Y así, la necesidad de una Jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende de la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo.

Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo

---

<sup>328</sup> Una referencia al mismo se puede encontrar en POSADA DE HERRERA, J., *Lecciones...*, op.cit., pág. 52.

como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la *buena y recta administración*".

En el ámbito de la función pública, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Decreto 315/1964, indica en su art. 81 que los funcionarios son responsables de la "buena gestión de los servicios a su cargo"<sup>329</sup>. Pero es en la legislación de contratos donde la referencia a la buena administración tiene una tradición más arraigada. Así, la actual Ley 13/1995, de 18 de mayo, con un texto casi idéntico al también art. 4 de la anterior Ley de contratos de 1965, indica en su art. 4 que:

"La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los *principios de buena administración* y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla".

Como es conocido, la Ley no desarrolla el contenido y significado de esos principios de buena administración, que tampoco han recibido atención doctrinal. Alguna referencia a los mismos podemos hallar en diversos informes de la Junta Consultiva referidos a la derogada Ley de 1965. La Junta Consultiva ha señalado que los principios de buena Administración recuerdan al órgano gestor que "todo contrato debe constituir una solución

---

<sup>329</sup> En idéntico sentido en el ámbito autonómico, puede consultarse, por ejemplo, el art. 87 de la Ley catalana 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de l'Administración de la Generalidad.



útil y oportuna para el servicio público que tiene encomendado"<sup>330</sup>, pues no basta con que la Administración sujeten su actividad al Derecho, sino que, además deben "completar éste con medidas hábiles de buena administración"<sup>331</sup>. La buena administración va más allá del ámbito del Derecho, refiriéndose al manejo de criterios metajurídicos, los cuales, sin embargo, no son ajenos a aquél, puesto que el ordenamiento los tiene en cuenta y los integra en el comportamiento administrativo, ya que es posible que existan "actos que la Ley no prohíbe a la Administración y que, por tanto, no violan ninguna norma positiva", pero que pueden "ser contrarios a los principios que rigen la buena administración", por lo que cabe su licitud a la vez que su inoportunidad, al no ser "convenientes a los intereses públicos"<sup>332</sup>. Por ello, razones jurídicas y de buena administración son distintas<sup>333</sup>, aunque en absoluto incompatibles, bien al contrario, puesto que la buena administración es, siempre, administración ajustada a Derecho, aunque deba, además, reunir un plus, al ser, también, actuación adecuada en su servicio al interés general<sup>334</sup>.

---

<sup>330</sup> Informe 1/1971, de 12 de febrero.

<sup>331</sup> Informe 1/1972, de 26 de enero.

<sup>332</sup> Informe 6/1963, de 1 de abril.

<sup>333</sup> Así, en el Informe 26/1974, de 23 de julio, la Junta Consultiva analiza, en relación a la admisión de una cláusula determinada en unos Pliegos Particulares, las razones jurídicas y las de buena administración de forma separada, llegando a la conclusión que ambos órdenes de argumentos avalan la aceptabilidad de la cláusula.

<sup>334</sup> En el Informe 25/1967, de 23 de septiembre, por ejemplo, se analiza si para unas obras de mera conservación basta la contratación directa o es conveniente la licitación pública. A pesar de que la entonces vigente legislación de contratos permitía a la Administración la opción por la contratación directa, la Junta Consultiva entiende "de acuerdo con los principios de buena administración, que cuando el Organismo de contratación deba ejecutar obras de mera conservación o reparación, de cuantía relevante, de carácter periódico, y susceptibles de una definición técnica, en proyecto o presupuesto, sería aconsejable que la adjudicación del contrato se redujese a alguno de los modos de licitación pública. De esta forma, amén de conseguir una mejora de los precios contractuales y de hacer asequible a todas las Empresas la colaboración en las tareas de la Administración, permitiría (por ejemplo, en las obras de conservación de carreteras) dar una gran eficacia al servicio de contratación, finalidad ésta última que se conseguiría montando contratos que amparasen operaciones de contenido económico relevante y de duración igualmente dilatada"

En el ordenamiento autonómico catalán, el art. 3 de la Ley 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña establece que:

"La organización y la *actuación* de la Administración de la Generalidad se ha de articular de manera que se garanticen la *eficacia* y la *diligencia máxima* en el cumplimiento de sus funciones y en las prestación de sus servicios, principios básicos aplicables a las prescripciones de esta Ley"

En nuestra opinión, este artículo, aún sin nombrarla, se está refiriendo al deber de buena administración repetidamente citado, por cuanto alude a la organización y, especialmente por lo que aquí nos interesa, a la actuación, entendida en el sentido dinámico, de desarrollo de funciones y prestación de servicios, imponiendo una obligación de *diligencia máxima*. Ello supone que el procedimiento de elaboración de decisiones discrecionales debe ser conducido por la Administración de acuerdo con ese mandato de máxima diligencia, entendida, a nuestro parecer, sobre todo en el sentido de esmero, de cuidado en la consideración de las circunstancias e intereses existentes por parte del órgano administrativo decisor<sup>335</sup>.

---

<sup>335</sup> Debe señalarse que en los trabajos de elaboración del texto constitucional vigente, el entonces Senador don Lorenzo MARTIN-RETORTILLO BAQUER presentó una enmienda en relación con el que luego sería art. 103.1 CE, en la que se proponía el siguiente texto : "La Administración, como organización de servicio a la comunidad y a los ciudadanos que la integran, lleva a ejecución la ley y presta y asegura los servicios públicos exigidos para el cumplimiento de los fines que esta Constitución y las leyes imponen, bajo los principios de *diligencia*, acercamiento al administrado, imparcialidad y eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Tomo la referencia de *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, elaboración a cargo de SAINZ MORENO, Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1980, vol.II, pág. 2268.



En este sentido, es curioso notar el paralelismo existente entre este precepto y el art. 127.1 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Este artículo indica que "los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal". La actual regulación legal de las Sociedades Anónimas supone un punto de inflexión en este sector del ordenamiento jurídico, puesto que a partir de la misma los administradores han dejado de ser intocables, pudiendo exigirseles responsabilidades por el defectuoso ejercicio de su cargo. Se ha producido así, incluso en el ámbito del Derecho privado, una evolución hacia la necesidad de orientación del espacio autónomo de decisión por parte de quien detenta el poder en la toma de decisiones. En esta línea, este art. 127.1 contiene una cláusula general que configura la posición jurídica del administrador, al tener que actuar los miembros del órgano de gestión con diligencia. Surge, entonces, una "obligación de medios" en relación con éstos, ya que, si bien gozan de un margen de discrecionalidad para la toma de decisiones referidas a la gestión societaria, existe un deber de actuación diligente - con la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados de "ordenado empresario" y "representante leal". Este deber supone la necesidad de ponderar diversos intereses en el proceso de toma de decisiones, puesto que si bien no se exige que se tome "la" decisión correcta si se establece la necesidad de un comportamiento adecuado para lograr resultados favorables<sup>336</sup>. Valga este apunte para demostrar como este deber de buena administración, de comportamiento diligente, tiene, salvando las distancias, un punto común en dos ámbitos jurídicos

---

<sup>336</sup> Sobre esta evolución del Derecho de sociedades hacia un recortamiento del espacio autónomo de decisión de los administradores y la exigencia de responsabilidades legales en caso de vulneración de los deberes inherentes a su cargo, vid., por ejemplo, el interesante estudio de AA.VV., *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, en la que se realiza un análisis de esas responsabilidades desde la perspectiva civil, penal, laboral, administrativa y financiera, destacándose especialmente en las pp. 16 y ss. la exigencia legal de un deber de los administradores de comportamiento diligente en el ejercicio de su cargo.

aparentemente tan heterogéneos. Heterogeneidad que, en este aspecto, no oculta un hecho común: la gestión en ambos casos de intereses - generales en el caso del órgano administrativo, privados en el caso del societario - que no son propios del decisor, sino que le son encomendados para la mejor realización posible.

Volviendo de nuevo al ámbito de las decisiones del poder ejecutivo, objeto de este estudio, debe notarse que la *jurisprudencia del TS*, por su parte, tampoco acostumbra a referirse a la buena administración, aunque no falten alusiones, escasas eso sí, al concepto. Del análisis efectuado de las sentencias, pueden destacarse la de 21 de febrero de 1979 (Ar.682), en la que se sostiene que un Ayuntamiento titular de un servicio puede "*ponderando* las circunstancias concurrentes de todo orden" adoptar "las medidas de funcionamiento del servicio público que resulten *más adecuadas* al mismo y a su más alto rendimiento económico, según criterios de *oportunidad y buena administración*", conectándose así la buena administración con el ejercicio de la discrecionalidad. En este sentido, la STS de 11 de junio de 1991 (Ar. 4874) indica que la actuación administrativa ha de venir "inspirada por las exigencias de los "principios de buena administración" - art. 3 de la Ley de Contratos del Estado", señalando que "la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad y, en lo que ahora importa, de buena administración".

De gran interés resulta la STS de 15 de marzo de 1997 (Ar.1677). En la misma se conocía de la impugnación de un convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y la Entidad mercantil "El Corte Inglés, SA", que tenía por objeto la modificación del planeamiento, a fin de construir un equipamiento de gran superficie del tipo de Gran Almacén. La sentencia defiende la legalidad de este convenio, exponiendo, al hilo de su argumentación, ideas que conectan perfectamente con lo que aquí se viene sosteniendo.



Así, el TS indica que la Administración está obligada "a no incluir en los convenios cláusulas contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico, en el que se incluyen los principios generales del Derecho, y a los principios de buena administración (art. 3 de la LCE)". Además la sentencia señala que:

"Cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a los que el Ayuntamiento llegue con los administrados *la potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible...*".

Nos parece muy sugerente este pronunciamiento jurisprudencial. La potestad de planeamiento, como cualquier otra, debe ejercerse siempre con la finalidad de servir al interés general, obteniendo la mejor ordenación urbanística posible, de conformidad con principios de buena administración. Es decir, la Administración tiene la obligación en el sector urbanístico - y en cualquiera, añadimos nosotros - de intentar lograr la mejor decisión en el desarrollo de sus funciones.

Algunas sentencias aluden incluso explícitamente a la conexión entre buena administración y procedimiento administrativo. Así, ya en la sentencia de 12 de noviembre de 1900 se señalaba que "la estricta observancia del procedimiento es en todas las jurisdicciones y grados la más racional garantía de la buena administración, y todo descuido o incorrección en esta materia, si prevaleciera, conduciría a error, produciría injusticia y redundaría en desprestigio de los poderes públicos". O en la más reciente STS de 11 de noviembre de 1988 (Ar.8929), se subraya el papel del procedimiento administrativo como garante de "un buen hacer administrativo".

También entre la doctrina pueden encontrarse menciones a ese deber de buena administración, a esa obligación de ejercicio adecuado de la discrecionalidad. Así, GARCIA-TREVIJANO FOS hace más de 30 años hizo referencia al concepto de buena administración, aunque sin dotarlo de una concreta caracterización. Según este autor, la normas de buena administración "deben dirigir toda la de la Administración Pública"<sup>337</sup>.

Más precisas son las consideraciones efectuadas por GARCIA DE ENTERRIA al comentar la STS de 6 de julio de 1959<sup>338</sup>. Esta decisión judicial estimó un recurso contra un reglamento, la Orden de la Presidencia de 17 de junio de 1958, de rectificación de la Orden de 15 de enero de 1958 sobre clasificación de plantillas y partidos veterinarios. Entre los varios puntos objeto de análisis en la sentencia, ésta se refiere a la ausencia de toma en consideración por la Administración de una serie de elementos aportados por los interesados, que se referían a las circunstancias a tener en cuenta por ésta al ejercer su potestad discrecional, indicando que:

"pues aparte de no ser admisible que se den por buenas todas estas afirmaciones contenidas en los oficios que proponían la ilegalidad, sin hacer constatación alguna sobre su realidad o certeza, es más que censurable el que se omita toda estimación en orden a los documentos acompañados con el

---

<sup>337</sup> GARCIA-TREVIJANO FOS, José Antonio, "Administración Pública española y norteamericana", en AA.VV., *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, vol.I, IEP, Madrid, 1961, pág. 333. Este autor indicaba que "las llamadas normas de buena administración - mayor utilidad con el menor sacrificio, rendimiento, igualdad ante situaciones iguales, etc. - no son iguales a la moderna "ciencia de la administración".

<sup>338</sup> El comentario a esta sentencia se encuentra en su trabajo "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", publicado inicialmente en el número 30 de la *RAP*, en 1959. Con posterioridad, el autor recogió este estudio, junto con otros trabajos, en su libro *Legislación delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, publicado por la editorial Tecnos, cuya segunda edición de 1981 es de donde provienen las referencias que a continuación se harán.



recurso de reposición(...), en los que se consignan datos suficientes para entender desvirtuados casi todos aquellos alegatos, llegándose incluso con notable ligereza a informar, tanto la Dirección General de Sanidad en doce de septiembre pasado, como la Dirección General de Ganadería en veintisiete del mismo mes, respectivamente, que los recurrentes "no se apoyan en hechos, datos y pruebas documentales" y que "no existe suficiente argumentación... que obligue a modificar el criterio sustentado", lo que induce a suponer que ni siquiera fueron examinados los documentos de referencia".

En otras palabras, el ejercicio de la discrecionalidad, en este caso reglamentaria, es defectuoso, al existir, como indica el propio TS en otro pasaje de la sentencia, una mala aplicación de la facultad discrecional, un incorrecto ejercicio de la función administrativa. La sutileza jurídica del profesor GARCIA DE ENTERRIA detecta y destaca este aspecto puesto de relieve en la sentencia, señalando que "se presupone así como uno de los contenidos del "deber de buena administración" (*arbitrium boni administrationis*), el de tomar positivamente en consideración, haciéndose expresa cuestión de los mismos, las alegaciones de hecho formuladas por los interesados en los expedientes"<sup>339</sup>. La buena administración - "principio importante, afirmado además con un especial énfasis" por la sentencia<sup>340</sup> - constituiría para este autor un principio con diversos contenidos, uno de los cuales sería la obligación jurídica de la Administración de *actuar positivamente*, tomando en consideración, durante el procedimiento administrativo antes de tomar decisión discrecional alguna, las

---

<sup>339</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Legislación delegada...*, op.cit., pág. 210.

<sup>340</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Legislación delegada...*, op.cit., pág. 210.

alegaciones efectuadas por los ciudadanos, examinándolas efectivamente<sup>341</sup>. El buen ejercicio de la discrecionalidad demandaría inexcusablemente esa efectividad del procedimiento administrativo, concretado en este caso concreto en el análisis y ponderación de las alegaciones presentadas.

Más recientemente, también ha sido notada esta íntima relación entre procedimiento y buen ejercicio de la discrecionalidad, al indicarse que la exigencia de un procedimiento administrativo es "algo más que una picajosidad. No sólo se trata de que no disminuyan las garantías del ciudadano, sino también que se asegure la "buena administración"<sup>342</sup>; también ha sido subrayada la ligazón existente entre procedimiento y buen ejercicio de la función administrativa<sup>343</sup>, aunque sin que hayan sido extraídas por la doctrina consecuencias jurídicas de la mencionada conexión.

Parece, pues, que también en nuestro Derecho existen indicios, algo difusos aún, que muestran una lógica preocupación por la calidad de la actividad administrativa, en cuanto factor de influencia en la oportunidad de las decisiones discrecionales. Sin embargo, estas ideas dispersas deben ser dotadas de una coherencia sistemática, y, sobre todo, conectadas con las previsiones constitucionales, dado que, como a continuación se argumentará,

---

<sup>341</sup> El autor deriva este deber de los arts. 81 ("la Administración desarrollará de oficio... los actos de instrucción para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse resolución, y en todo caso deberán efectuarse de oficio tales diligencias cuando el contenido de la resolución tenga relevancia inmediata para el interés público"), 88.2 ("Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados..., el instructor del expediente acordará la apertura de un período de prueba") y 129 de la LPA de 1958 ("la elaboración de las disposiciones de carácter general..., se iniciará por el Centro directivo correspondiente con los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllas").

<sup>342</sup> MEILAN GIL, José Luis, "La dimensión temporal de la ordenación urbanística", *RDU*, 145, pág. 933.

<sup>343</sup> GONZALEZ NAVARRO, F., *Derecho...*, op.cit., pp. 174 y 175, en las que se pone de relieve que el mejor ejercicio de la función y el incremento de las probabilidades de acierto están unidas al seguimiento de un correcto cauce procedimental en la elaboración de las decisiones.



*consideramos que el deber de buena administración - entendido como la obligación jurídica de situarse en la mejor de las situaciones posibles antes de ejercer la discrecionalidad, ponderando todos los factores relevantes en la decisión - está consagrado constitucionalmente.*

Si la discrecionalidad implica posibilidad de realizar una composición entre intereses envueltos, de la que surge la elección de una de las alternativas posibles como resultado de la utilización de un criterio metajurídico de ponderación, y existe un deber de ejercer la función administrativa de tal manera que se busque la mejor solución posible, esta obligación debe conllevar la existencia de principios que deban inspirar la decisión. Por ello, como sostiene con acierto CASSESE, la afirmación de que no existen reglas unívocas de composición de intereses no supone, asimismo, la inexistencia de principios ordenadores, de "regole del gioco" que orientan y encauzan el ejercicio de la discrecionalidad, al actuar en el momento de formulación de la decisión<sup>344</sup>.

Efectivamente, como veremos, la Constitución al señalar cómo debe la Administración servir a los intereses generales está estableciendo reglas de comportamiento administrativo, directrices de actuación, las cuales entendemos que deben tener una influencia decisiva en la regulación y seguimiento del procedimiento administrativo, especialmente cuando de decisiones discrecionales se trata. La Constitución quiere, además de decisiones conformes con el ordenamiento, buenas decisiones aun cuando se sustancien en criterios metajurídicos;

---

<sup>344</sup> CASSESE, S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milán, 1973, pp. 74 y ss., donde se señala que "anche laddove la pubblica amministrazione può scegliere come decidere tra gli interessi rappresentati nel corso della istruzione (...) non può non rispettare altri interessi, che chiameremo "strumentali" o di secondo grado, che operano quindi come criteri interni per la formulazione della decisione", siendo éstos "principi ordinatori - sia pure nella forma di "regole del gioco" - della composizione degli interessi", siendo "una componente necessaria della azione amministrativa", contándose entre los mismos el principio de imparcialidad a que se refiere el art. 97 de la Constitución italiana.

por eso se ocupa de indicar el modo en que dichas decisiones deben ser alcanzadas. Como ha sido señalado, en torno al principio de buena administración "hemos de considerar incorporados todos aquellos que la Constitución establece para hacer posible el cumplimiento objetivo a los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1) y que las Administraciones Públicas sometan su actuación a los fines que las justifican (art. 106.1)"<sup>345</sup>, por lo que procede intentar hallar las conexiones constitucionales entre modo de desarrollo de la actividad discrecional y calidad de las decisiones.

---

<sup>345</sup> PEREZ MORENO, Alfonso, "La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público", en GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 872.