

# El control judicial del Procedimiento Administrativo y la garantía del derecho a una buena Administración\*

Juli Ponce Solé\*\*

*El autor desarrolla el marco conceptual de lo que consiste una buena administración pública y los principales referentes en el panorama internacional respecto a la buena administración, entre ellos, el modelo norteamericano y los modelos propuestos por distintos organismos europeos.*

## 1. UN NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: BUENA ADMINISTRACIÓN Y CALIDAD ADMINISTRATIVA. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Las principales conclusiones de este estudio son fáciles de resumir<sup>3</sup>: la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, en el ámbito de la Unión Europea, algunas decisiones de Tribunales nacionales y el control ejercido por órganos de ciertas organizaciones internacionales - aquí se aludirá a la Organización Internacional del Comercio (WTO, en sus siglas en inglés) y a las decisiones de su *Appellate Body* - están desplegando paulatinamen-

te un control intenso de los vicios procedimentales y de motivación, garantizando así el control de la buena administración y contribuyendo, pues, indirectamente, a la misma. En este sentido, entendemos que la labor judicial, al controlar la legalidad de la actuación administrativa, es un instrumento, aunque, indirecto y limitado, que contribuye a la calidad de la Administración.

En definitiva, parece un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado Derecho Administrativo Global o Derecho Administrativo Internacional el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración<sup>4</sup>.

\* El origen del presente trabajo se encuentra en la ponencia titulada "Procedimiento Administrativo europeo y buena administración", presentada en el marco del Curso "Cuestiones de Derecho Administrativo Europeo", organizado por el Consejo General del Poder Judicial de España durante octubre de 2008. Una versión más extensa del mismo, con el título "Procedimiento Administrativo, globalización y buena administración" fue publicada en la revista argentina "Derecho Administrativo" suplemento de jurisprudencia 2008-4, p. 2 y ss.

\*\* Departamento de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Universidad de Barcelona.

1 Para un análisis más detallado de las cuestiones aquí tratadas, véase PONCE SOLÉ, Julio. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 720 a 759.; "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", *Revista de Administración Pública*, 162, 2003 p. 140 y ss.; "¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno? El traslado de la comisión del mercado de las telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del tribunal supremo de 27 de noviembre de 2006", *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007.

2 En español, puede consultarse un punto de vista alemán en SCHMIDT-ASSMANN, E., "La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas", *RAP*, núm. 171, 2006 y una perspectiva italiana en CASSESE, S., *La Globalización jurídica*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2006. En inglés, véase por ejemplo, KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R., "The Emergence of Global Administrative Law", *International Law and Justice Working Papers/1*, Institute for International Law and Justice New York University School of Law (consultable en: <http://www.iilj.org/publications/2004-1Kingsbury.asp>) (última consulta efectuada: 27 de octubre de 2008).

3 En relación con la buena administración, es este un tema en el que los *ombudsmen* han demostrado un interés notable hasta la fecha y que les abre un campo de trabajo a favor de la mejora de las decisiones administrativas remarcable. Entre las muestras de interés en la materia, valga a modo de ejemplo la atención que le dedica el *Síndic de Greuges* catalán en su Informe al Parlamento de 2006, en cuyas p. 259 y ss. se puede hallar un análisis de diversos casos sobre la oposición a determinados proyectos y equipamientos, señalándose que: "El principio del buen gobierno no se debería limitar únicamente a tratar de corregir a favor del ciudadano algunas deficiencias de los procedimientos administrativos. Precisamente, el buen gobierno o la buena administración reclama de los entes públicos una valoración de los intereses generales, y no simplemente de los intereses de unos cuantos" El interés mostrado por los *ombudsmen* en relación con este tema también se demuestra por el impulso crucial que ha tenido el Defensor del Pueblo europeo en la cristalización del derecho a una buena administración en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, así como por su iniciativa en la elaboración del Código de Buena Conducta Administrativa, a los que nos referiremos a lo largo de la exposición. En definitiva, como decíamos, los *ombudsmen* tienen en estos ámbitos también un papel crucial, que sin duda desarrollarán en los próximos años con todavía mayor intensidad.

4 Art. 30

En este trabajo, cuando se haga alusión, específicamente al procedimiento administrativo europeo, se hará en un sentido amplio. Efectivamente, no sólo se refiere tal alusión, obviamente, a los desarrollos normativos y jurisprudenciales comunitarios en relación con el procedimiento administrativo, sino que también incluye los trabajos del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída a propósito del art. 6º del Convenio, así como los desarrollos legislativos y jurisprudenciales nacionales en el ámbito europeo.

También, como se ha avanzado, se va a hacer alusión a la regulación y jurisprudencia de países no europeos, caso de los Estados Unidos, pero que pueden tener relevancia como fuente de inspiración para futuros desarrollos europeos, sea en el ámbito comunitario, del Consejo de Europa o de los ordenamientos jurídicos nacionales. Finalmente, el ejemplo escogido para mostrar la globalización del concepto de debido procedimiento y de buena administración será, como ya se apuntó, el funcionamiento de la Organización Internacional del Comercio.

Presentados en estos simples términos las principales conclusiones de este estudio, su cabal entendimiento y posible futuro desarrollo judicial (con consecuencias prácticas nada desdeñables) implican, sin embargo, una comprensión profunda de complejos aspectos, como los relacionados con la teoría de la legitimación administrativa, el concepto jurídico de

buena administración y del papel del control judicial de la Administración en las modernas sociedades. Nada más y nada menos.

El presente trabajo intenta reflexionar sobre las conexiones entre el Derecho y la Gestión Pública y sobre las relaciones entre el Derecho y otras ciencias sociales respecto del derecho a una buena administración, enfatizando el papel que el control judicial del comportamiento administrativo tiene en la garantía de ésta.

Efectivamente, como se verá, la buena administración es un concepto jurídico que puede ser una de las puertas de entrada a colaboraciones interesantes entre diversas aproximaciones, como las provenientes del Derecho, de la Economía o de la Ciencia Política, en torno a la cuestión aludida. Asimismo, como también se destacará, el control judicial de la Administración es un elemento importante, si bien no único<sup>5</sup>, ni tampoco ilimitado, como veremos, de evitación de la mala administración y de garantía de la calidad en el comportamiento y en las decisiones públicas.

El punto de partida jurídico de la reflexión a efectuar se puede situar en los recientes Estatutos de Autonomía que en España han recogido el derecho a una buena administración. Es el caso, por ejemplo del art. 30º del nuevo Estatuto de Autonomía catalán, aprobado por la Ley Orgánica N° 6/2006, de 19 de julio<sup>6</sup>, del art. 31º del nuevo Estatuto de

1. *Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las Administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, con independencia del régimen de su prestación.*
2. *Todas las personas tienen derecho a ser tratadas por los poderes públicos de Cataluña, en los asuntos que les afectan, de forma imparcial y objetiva, y a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican.*
3. *Las leyes deben regular las condiciones de ejercicio y las garantías de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2 y determinar los casos en que las Administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ella dependen deben adoptar una carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores.*

Este precepto es preciso ponerlo en conexión con los arts. 37º y 38º del Estatuto, los cuales, entre otras cuestiones y por lo que ahora interesa, señalan que este derecho vincula a todos los poderes públicos de Cataluña, que las disposiciones normativas tienen que respetarlo y se tienen que interpretar y aplicar en el sentido más favorable para su plena efectividad, que el Parlamento aprobará por ley la Carta de los Derechos y Deberes de los ciudadanos de Cataluña y que la regulación esencial y el desarrollo directo se tiene que hacer por ley, estableciendo una garantía mediante recurso judicial ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y a través de la intervención del nuevo Consejo de Garantías Estatutarias. También hay que interpretarlo en este último punto sistemáticamente con el art. 76.4, el cual señala que los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias serán vinculantes cuando se refieran a leyes que desarrollen o afecten derechos reconocidos por el Estatuto, como el de buena administración.

5 "Artículo 31. Buena administración.

*Se garantiza el derecho a una buena administración, en los términos que establezca la ley, que comprende el derecho de todos ante las Administraciones Públicas, cuya actuación será proporcionada a sus fines, a participar plenamente en las decisiones que les afecten, obteniendo de ellas una información veraz, y a que sus asuntos se traten de manera objetiva e imparcial y sean resueltos en un plazo razonable, así como a acceder a los archivos y registros de las instituciones, corporaciones, órganos y organismos públicos de Andalucía, cualquiera que sea su soporte, con las excepciones que la ley establezca"*

6 "Artículo 14. Derechos en relación con las Administraciones públicas.

1. *Sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, una ley del Parlamento de las Illes Balears regulará el derecho a una buena administración y al acceso a los archivos y registros administrativos de las instituciones y Administraciones públicas de las Illes Balears.*
2. *Todos los ciudadanos tienen derecho a que las Administraciones públicas de las Illes Balears traten sus asuntos de forma objetiva e imparcial y en un plazo razonable, a gozar de servicios públicos de calidad, así como a acceder a la función pública en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad.*
3. *Los ciudadanos de las Illes Balears tendrán derecho a dirigirse a la Administración de la Comunidad Autónoma en cualquiera de sus dos lenguas oficiales y a recibir respuesta en la misma lengua utilizada.*
4. *En el ámbito de sus competencias, la Comunidad Autónoma garantizará la calidad de los servicios de la Administración de Justicia, la atención a las víctimas y el acceso a la justicia gratuita.*
5. *Las Administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán políticas de protección y defensa de consumidores y usuarios y de sus asociaciones, así como de su derecho a ser informados y a intervenir, directamente o a través de sus representantes, ante las Administraciones públicas de las Illes Balears de acuerdo con la legislación del Estado y las leyes del Parlamento. "*

«Debería haber un análisis de qué sucede realmente en la práctica legal, incluyendo las consecuencias de cualquier decisión y su contexto fáctico. El Derecho Administrativo debe orientarse al análisis de los efectos y las consecuencias de las decisiones (ayudando en relación con las evaluaciones y prognosis)».

Autonomía andaluz, aprobado por la Ley Orgánica N° 2/2007, de 19 de marzo<sup>7</sup>, del artículo 14° del nuevo Estatuto de Autonomía balear, aprobado por Ley Orgánica N° 1/2007, de 28 de febrero<sup>8</sup>, o del art. 9° de la reforma operada por la Ley Orgánica N° 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía valenciano<sup>9</sup>.

Conviene, sin embargo, antes de proseguir, realizar alguna consideración adicional a las vinculaciones entre buena administración y calidad. Aunque el concepto de calidad puede aparecer como difuso, de acuerdo con HERWEIJER hay al menos cuatro

perspectivas dominantes en la evaluación de las decisiones administrativas (dependiendo del punto de vista: jurídica, análisis de política pública, estudios políticos y económicos<sup>10</sup>), por lo que conviene avanzar en el análisis de la perspectiva que aquí interesa: la jurídica. Desde este punto de vista, es preciso partir en el análisis que ahora se inicia del moderno papel del Derecho Administrativo y de las diferencias entre normas legales y principios jurídicos.

En cuanto al moderno papel del Derecho Administrativo, cabe resaltar las aportaciones recientes de la doctrina jurídica alemana en torno a la idea de *Steureng* (dirección), vinculada a la llamada Nueva Ciencia del Derecho Administrativo. Aunque no es posible explicar aquí las principales características de esta teoría, voy a subrayar algunas de sus ideas básicas, siguiendo la exposición de VOBKUHLE<sup>11</sup>.

Partiendo de la base de que el Derecho Administrativo debe ser una herramienta útil para guiar a la sociedad, el énfasis en la doctrina debe moverse desde la ciencia de la interpretación basada en una orientación hacia la aplicación del Derecho hacia una ciencia de la elaboración de las decisiones públicas. Debería haber un análisis de qué sucede realmente en la práctica legal, incluyendo las consecuencias de cualquier decisión y su contexto fáctico. El Derecho Administrativo debe orientarse al análisis de los efectos y las consecuencias de las decisiones (ayudando en relación con las evaluaciones y prognosis). Tanto el análisis de los hechos como el reconocimiento de las consecuencias presuponen la disposición a tomar nota del conocimiento científico más allá de la propia disciplina académica y a incluirlo en las propias consideraciones.

#### 7 "Artículo 9

1. Sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, una Ley de las cortes regulará el derecho a una buena administración y el acceso a los documentos de las instituciones y administraciones públicas valencianas.
2. Todos los ciudadanos tienen derecho a que las administraciones públicas de la Generalitat traten sus asuntos de modo equitativo e imparcial y en un plazo razonable y a gozar de servicios públicos de calidad. Asimismo, los ciudadanos valencianos tendrán derecho a dirigirse a la Administración de la Comunitat Valenciana en cualquiera de sus dos lenguas oficiales y a recibir respuesta en la misma lengua utilizada.
3. La Generalitat velará por una Administración de Justicia sin demoras indebidas y próxima al ciudadano.
4. Todos los valencianos tienen derecho a participar de forma individual, o colectiva, en la vida política, económica, cultural y social de la Comunitat Valenciana. La Generalitat promoverá la participación de los agentes sociales y del conjunto de la sociedad civil en los asuntos públicos.
5. La Generalitat garantizará políticas de protección y defensa de consumidores y usuarios, así como sus derechos al asociacionismo, de acuerdo con la legislación del Estado."
- 8 "Inquiries into the quality of administrative decision-making", en DE GRAAF, K.M., JANS, J.H., MARSEILLE, A.T. & DE RIDDER, J., *Quality of Decision-Making in Public Law*, Europa Law Publishing, 2007
- 9 VOBKUHLE, A, "The reform approach in the German Science of Administrative Law: the "Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", en Mathias RUFFERT (Ed), *The transformation of administrative law in Europe*, 2007, p. 89 y ss.
- 10 Téngase en cuenta la metáfora del "semáforo en rojo" de CAROL HARLOW & RICHARD RAWLINGS, *Law And Administration*, 1997, p. 29, así como el comentario de esta obra de Michael Taggart, "Reinvented Government, Traffic Lights and the Convergence of Public and Private Law—Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration", *Public Law*, 44, p. 124 y ss.
- 11 CASSESE, S., *Las bases del Derecho Administrativo*, MAP, 2004. Este *fetichismo* llevó a considerar a la actividad administrativa como una mera ejecución automatizada de la ley, en la que la discrecionalidad no tenía cabida. Cuando la aceptación de la existencia de discrecionalidad fue inevitable, el Derecho logró desarrollar instrumentos para su control. Pero el modo de ejercicio mismo de la discrecionalidad —más allá del respeto de los límites jurídicos que la rodean y limitan— no ha sido objeto de atención jurídica. Se ha aceptado generalizadamente que el núcleo mismo de la discrecionalidad es *indiferente* para el Derecho. En consecuencia, se entiende que la Administración es libre de elegir cualquier alternativa, pues el Derecho no tiene que decir nada respecto a tal elección.

Tras el concepto de Steureng late la idea de que el Derecho Administrativo debería ofrecer medios, herramientas y elementos que permitan la aplicación efectiva de los principios jurídicos y las normas, usando los recursos de forma económica y ayudando a adoptar decisiones adecuadas, aceptables para los afectados. Si eficiencia, economía y aceptación están presentes, los resultados de la investigación en otras ciencias sociales deben ser considerados.

Este enfoque conecta con la opinión de HERWIJER sobre las interacciones entre los niveles de eficiencia, legitimación, eficacia y legalidad y su esperanza de que futuros estudios empíricos mostrarán un panorama situado entre dos extremos: relaciones de ganar-ganar y relaciones de suma cero. Probablemente, en mi opinión, dependerá del ámbito específico de la actuación administrativa. Si pensamos en la elaboración de reglamentos, Derecho, Ciencia Política, Economía y otras ciencias pueden interactuar y ayudar a introducir elementos relevantes para la adopción de la mejor decisión posible.

Estas reflexiones deben ser conectadas con la aludida distinción entre normas y principios jurídicos. La calidad del comportamiento administrativo supone, obviamente, que el ejercicio de las potestades no viole ninguna norma jurídica ni ningún principio general del Derecho. Pero ello no es suficiente, especialmente cuando nos referimos al ejercicio de discrecionalidad. Tradicionalmente, el Derecho Administrativo no ha estado especialmente interesado en las buenas decisiones administrativas, sino en la revisión judicial de las decisiones ilegales, para proteger a los ciudadanos frente a la Administración. Se trata, pues, de una aproximación negativa, en el sentido de que es un enfoque contra la arbitrariedad, no a favor de la buena administración<sup>12</sup>. Este modo de pensar el Derecho Administrativo, y el control judicial de la Administración, ha sido común en diversos países europeos, entre ellos España, durante un largo tiempo, como CASSESE pone de relieve al referirse al “fetichismo” en relación con el principio de legalidad<sup>13</sup>.

Pero un, relativamente, nuevo punto de vista se está imponiendo en toda Europa. Este enfoque, que recupera en parte originales preocupaciones en torno al Derecho administrativo y al control judicial en el siglo XIX, está preocupado por la calidad del comportamiento administrativo. La elección discrecional en sí misma es relevante para el Derecho administrativo, y para el control judicial, con los límites que recordaremos, porque esta rama del Derecho, y los jueces que controlan a la Administración, deben preocuparse por la garantía de buenas

decisiones fruto de una buena administración. Las Administraciones Públicas deben tomar decisiones legales, y, como parte de la legalidad, ello implica que sean de calidad, adecuadas, esto es racionales, eficaces, eficientes, objetivas, coordinadas (en el caso español, como veremos, arts. 9.3, 31.2 y 103.1 CE).

En relación con este enfoque, como se argumentará, los principios generales del Derecho que generan obligaciones de medios son relevantes. Es el caso del requerimiento de debido cuidado o debida diligencia (u objetividad). No vulnerar las normas o los principios ya no es suficiente. Las autoridades administrativas deben realizar todos los esfuerzos posibles para tomar la “mejor” decisión, en el sentido de que ésta viene respaldada por un buen expediente y buenas razones que la justifiquen y que demuestren que se han ponderado todos los hechos relevantes (incluyendo la normativa aplicable, y entre ella, la de nivel europeo) y todos los intereses relevantes (incluyendo, por ejemplo, las alegaciones efectuadas en trámites participativos como las informaciones públicas). Y las autoridades deben ponderar esos intereses adecuadamente, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomando en consideración medios, fines, costos y beneficios (de toda índole, también sociales, de acuerdo con los principios de eficiencia y economía).

Si la decisión se adopta sin este proceso razonado y razonable de elaboración, entonces el ejercicio de la discrecionalidad es defectuoso, constitutivo de mala administración, sin calidad, y el resultado (acto administrativo, plan administrativo, reglamento, etc) es de baja calidad y por ello ilegal. Y es aquí donde el control judicial, en caso de impugnación, puede y debe garantizar la calidad administrativa al tutelar el derecho a una buena administración del recurrente y de todos los ciudadanos, como argumentaremos.

En definitiva, deberíamos volver a los orígenes del Derecho Público. Como en España señalaba la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción contenciosa de 1956 (derogada por la vigente Ley aprobada en 1998):

“...la necesidad de una Jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende la órbita de lo individual y alcanza el ámbito de lo colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como un entorpecimiento a la buena y recta administración. Y de ahí la certeza del aserto de que cuando la Jurisdicción Contencioso-Administrativa anula los

12 Téngase en cuenta, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1997 (Ar. 6597), sobre contratación de obra pública y conflictos sociales, que se comentará más adelante.

13 DE OTTO, I., en su recensión al libro de Raúl BOCANEGRA *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, REDC, núm. 6, septiembre-diciembre 1982, p. 327.

actos ilegítimos de la Administración, no tan sólo no menoscaba su prestigio y eficacia, sino que, por el contrario, coopera al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas, afirma y cimienta la autoridad pública”.

La buena administración puede ser promovida por un control judicial, especialmente en el ámbito de las potestades discrecionales, que, siendo consciente de sus limitaciones funcionales establecidas en la propia Constitución, no renuncie a su fundamental tarea y no sólo tutele los derechos e intereses de los concretos recurrentes en cada caso, sino que lance mensajes pedagógicos a la Administración sobre lo que no debe, y debe, hacer<sup>14</sup>.

El control del procedimiento seguido para la adopción de decisiones, en este sentido, puede tener un papel crucial. Existen multitud de ocasiones, en que el procedimiento no sólo tiene un papel defensivo de concretos interesados, sino de instrumento posibilitador del servicio a los intereses generales, al permitir detectar intereses colectivos o difusos y ponderarles adecuadamente antes de la toma de decisiones con un fuerte impacto. Es el supuesto, sin ir más lejos, del ámbito medioambiental, donde el procedimiento de evaluación de impacto ambiental responde perfectamente a este esquema, o del procedimiento de elaboración de reglamentos.

## 2. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y SU DESARROLLO NORMATIVO Y JUDICIAL

### 2.1 El referente norteamericano

Como han señalado diversos autores, en el Derecho Administrativo Europeo, a diferencia del *Common Law*, el procedimiento administrativo ocupa un segundo lugar, dado que en la tradición continental europea la garantía de la libertad no ha estado en la génesis del acto o norma sino en la reacción frente a él mediante la tutela jurisdiccional<sup>15</sup>. Como señala gráficamente el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, “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>16</sup>.

Sí, por tanto, la tradición jurídica norteamericana ha dedicado tanta atención al procedimiento administrativo, y a su control judicial, puede valer la pena como elemento de referencia considerar algunos aspectos destacados de la misma. Nada que deba considerarse insólito, en un contexto globalizado en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se refiere a la jurisprudencia del TEDH (y éste a la de aquél) o el propio Tribunal Supremo español alude a decisiones de su homónimo estadounidense<sup>17</sup>.

Aunque el Derecho Público norteamericano no conoce el término legal “buena administración”, la jurisprudencia y la doctrina jurídica usan un concepto similar al entender que los procedimientos administrativos son importantes para la calidad de las decisiones. Al más alto nivel, la Constitución norteamericana tiene un elemento interesante en relación con los aspectos procedimentales administrativos: la cláusula del *due process*<sup>18</sup>. ¿Qué razón hay para esta atención constitucional a los aspectos procedimentales? Diversos valores en juego (como democracia, rendición de cuentas, buena administración, protección de derechos y efectivo control judicial respetando la distinción funcional entre los poderes) pueden justificar este interés constitucional. CASSESE destaca como “la regulación del procedimiento administrativo ha sido un importante punto de inflexión en la historia de varias constituciones (como por ejemplo, la Constitución de los EE.UU) y se considera como un requisito esencial de la buena administración”<sup>19</sup>.

Pero en el nivel constitucional de los EEUU, la cláusula del proceso debido no tiene relaciones con la buena administración. Esta cláusula, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Supremo de aquel país, es, simplemente, una herramienta defensiva,

14 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)”, *RAP*, 1978, pp. 256 y 257.

15 Véase TSEN-TA LEE, J. “Interpreting Bill of Rights: The Value of a Comparative Approach”, *J- CON*, Vol. 5, num. 1, 2007. En relación a la cita por parte del Tribunal Supremo español de decisiones del Tribunal Supremo de los EE.UU., véase entre otras, STS de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\4396).

16 Ni los Estados ni el Gobierno federal pueden privar a una persona “of life, liberty, or property, without *due process of law*.” Véanse las enmiendas. V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América.

17 “Legislative Regulation of Adjudicative Procedures an Introduction”, *European Review of Public Law*, 16 (1993).

18 La jurisprudencia norteamericana muestra una especial sensibilidad por los aspectos procedimentales. En *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332, 347 (1943), el Magistrado Frankfurter señaló lo siguiente: “The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards,” y en *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206, 224 (1953), el Magistrado Jackson subrayó que: “Procedural fairness and regularity are of the indispensable essence of liberty. Severe substantive laws can be endured if they are fairly and impartially applied.”

19 Por ejemplo, los requisitos del *due process* no son aplicables a la elaboración de reglamentos. Véase *Bi-Metallic Inv. Co. v. Colorado*, 239 U.S. 441 (1915); y *Tim Searchinger, The Procedural Due Process Approach to Administrative Discretion: The Court’s Inverted Analysis*, 95 *YALE L.J.* 1017 (1986) (señalando la paradoja causada por la interpretación de que cuando mayor es el poder discrecional, menor es la exigencia procedimental).

diseñada para proteger a los ciudadanos<sup>20</sup>. Para activarse, el *due process* necesita *entitlement*, esto es la titularidad de un derecho subjetivo otorgado por el ordenamiento jurídico a un individuo. Como ha sido subrayado, si hay discrecionalidad administrativa, no hay *entitlement*, y, en consecuencia, la cláusula no entra en acción<sup>21</sup>.

En el nivel legal, como es conocido, la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*, en adelante APA) tiene un importante papel, aunque en relación con los llamados procedimientos informales de adjudicación, esta norma prácticamente no dice casi nada. Este tipo de procedimientos comprende un alto porcentaje de todos los procedimientos administrativos. En relación con esta clase de procedimientos, los requerimientos de la cláusula del proceso debido se activarán dependiendo en cada caso de la existencia de *entitlement*, como se dijo, del tipo de decisión (no siendo de aplicación en el caso de los procedimientos de elaboración de reglamentos) y siempre que la vida, la libertad o la propiedad estén en juego<sup>22</sup>.

Pero en cualquier caso, el principal actor en la escena norteamericana es el Poder Judicial, porque es quien define en última instancia el estándar de revisión de la acción administrativa. Por tanto, tiene la última palabra sobre el nivel de exigencia en relación con el buen desarrollo de las funciones públicas a través de los procedimientos.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano ha tratado de defender los derechos de los individuos y, a la vez, promover la buena administración, sin excederse de sus límites constitucionales, a partir de los años setenta del

pasado siglo, mediante la doctrina judicial denominada "*hard look*"<sup>23</sup>. En relación especialmente al procedimiento de elaboración de Reglamentos (pero también respecto de los procedimientos de elaboración de lo que para nosotros serían actos administrativos), el Tribunal Supremo ha exigido que la administración actúe cuidadosamente, prestando especial atención a los factores relevantes y a los intereses envueltos. La jurisprudencia ha establecido el deber de escuchar a los ciudadanos, el deber de responder sus alegaciones mediante una justificación explícita de las razones que llevan a rechazarlas, en su caso, y el deber de estudiar cuidadosamente la decisión, antes de adoptarla, como modo de asegurar buenas decisiones.

Aunque la expresión "*hard look*" originalmente significaba que el escrutinio cuidadoso que la administración debía dar a los asuntos, hoy en día es más comúnmente referida al análisis detallado e intensivo que los tribunales frecuentemente desarrollan cuando revisan ejercicios de discrecionalidad administrativa. Esta doctrina jurisprudencial, también conocida como el estándar del "*procedimiento razonado*" (*reasoned decision making*) es ampliamente empleado por la jurisprudencia y muestra como en el moderno Derecho público de los Estados Unidos "el énfasis en la revisión de la arbitrariedad se ha movido hacia el escrutinio de la calidad del razonamiento administrativo"<sup>24</sup>.

Con apoyo en el art. 706° (2) (A) de la APA, los jueces norteamericanos aplican el estándar del arbitrio y el capricho (*arbitrary and capricious standard*) a todas las actividades administrativas. En la esfera de la adjudicación el *leading case* es *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 US

20 Siendo el siguiente escalón la decisión sobre cuando el procedimiento es debido. El Tribunal Supremo norteamericano ha establecido algunos criterios generales en *Mathews v. Eldridge* (424 U.S. 319(1976)). Véase FOX, W.F., *Understanding administrative law*, LEXIS NEXIS, 2003, 4ta edición.

21 Pueden consultarse, entre otros, Harold Leventhal, *Environmental Decisionmaking and the Role of the Courts*, 122 U. PA. L. REV. 509 (1974); William F. Pedersen, Jr., *Formal Records and Informal Rulemaking*, 85 YALE L.J. 38 (1975); J. Skelly Wright, *New Judicial Requisites for Informal Rulemaking: Implications for the Environmental Impact Statement Process*, 29 ADMIN. L. REV. 59 (1977); STEPHEN G. BREYER & RICHARD B. STEWART, *ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY: PROBLEMS, TEXT AND CASES* 351 (1992).

22 Ronald M Levin, Ernest Gellhorn, *Administrative law and process in a nutshell*, 2007, 5ª edición, p. 103.

23 Pueden consultarse entre otros, KENNETH C. DAVIS & RICHARD J. PIERCE, JR., *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE* § 7.4 (3d ed. 1994); Thomas O. McGarity, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, 41 DUKE L.J. 1385 (1992); Thomas O. McGarity, *On Making Judges Do the Right Thing*, 44 DUKE L.J. 1104 (1995); Thomas O. McGarity, *The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld*, 75 TEX. L. REV. 525 (1997); Richard J. Pierce, Jr., *The Unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s*, 43 ADMIN. L. REV. 7 (1991); Richard J. Pierce, Jr., *Legislative Reform of Judicial Review of Agency Actions*, 44 DUKE L.J. 1110 (1995); Richard J. Pierce, Jr., *Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking*, 47 ADMIN. L. REV. 59 (1995); Richard J. Pierce, Jr., *Judicial Review of Agency Actions in a Period of Diminishing Agency Resources*, 49 ADMIN. L. REV. 61 (1997); Sidney A. Shapiro & Richard E. Levy, *Judicial Incentives and Indeterminacy in Substantive Review of Administrative Decisions*, 44 DUKE L.J. 1051 (1995); Sidney A. Shapiro, *Substantive Reform, Judicial Review, and Agency Resources: OSHA as a Case Study*, 49 ADMIN. L. REV. 645 (1997); Peter L. Strauss, *From Expertise to Politics: The Transformation of American Rulemaking*, 31 WAKE FOREST L. REV. 745 (1996); Mark Seidenfeld, *Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking*, 75 TEX. L. REV. 483 (1997); Mark Seidenfeld, *Hard Look Review in a World of Techno-Bureaucratic Decision-Making: A Reply to Professor McGarity*, 75 TEX. L. REV. 559 (1997).

24 Esta resolución establece cinco principios:

- a) El derecho de audiencia
- b) El derecho de acceso a la información
- c) El derecho de asistencia y representación
- d) La obligación administrativa de motivar
- e) La obligación administrativa de indicar los recursos disponibles.

402 (1971). En esta decisión, el Tribunal Supremo sostuvo que una decisión como la del Secretario de Transportes relativa a la financiación de una autopista debía estar basada en la consideración de los factores relevantes, con ausencia de un claro error de juicio. En el ámbito del procedimiento reglamentario, la decisión clave es *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, 463, U.S. 29 (1983), la cual conoció de la impugnación de una decisión de la *National Highway Traffic Safety Administration* relativa a la modificación de un Reglamento en el que la Administración requería a todo productor de automóviles la inclusión, en cada coche fabricado en los EEUU tras una fecha específica, de uno o dos mecanismos de seguridad (*air bags* o cinturones de seguridad automáticos). En esta decisión el Tribunal Supremo declaró el contenido del *test* "arbitrario y caprichoso" en estos términos:

"Normalmente un Reglamento de una agencia sería arbitrario y caprichoso si la agencia se hubiera apoyado en factores los cuales el congreso no ha pretendido considerar, hubiera fallado completamente en la consideración de un importante aspecto del problema, hubiera ofrecido una explicación para su decisión que contradice la prueba en manos de la agencia o es tan poco plausible que no podría ser explicada por un diferente punto de vista o por ser el producto de la pericia técnica (*expertise*)".

En relación con el procedimiento reglamentario, la doctrina del "*hard look*" también se refiere al *test* de la adecuada consideración. Los tribunales de instancia regularmente lo aplican como fundamento para concluir que un reglamento es arbitrario o caprichoso porque una agencia no consideró "adecuadamente" los comentarios críticos a su norma propuesta, alternativas potenciales a tal norma y estudios inconsistentes con los elementos de hecho en que se basa ésta. Desde los años setenta del pasado siglo, los tribunales han exigido a la Administración la inclusión en sus declaraciones de bases y finalidades (la motivación del reglamento, de hecho) de detallados razonamientos apoyando el ejercicio de la discreción y mostrando la existencia del debido cuidado al considerar el material introducido en el procedimiento y las alegaciones presentadas durante las informaciones públicas (*public hearings*) previstas en el art. 533° de la APA.

Sin embargo, la presión judicial ha sobrecargado el sistema norteamericano de Derecho Administrativo, como ha sido subrayado por diversos autores. Los reglamentos parecen tener un alto porcentaje de impugnaciones judiciales y de anulaciones. Los tribunales están estableciendo pesadas cargas

procedimentales y exigiendo más de cien páginas de explicaciones en orden a considerar legal un reglamento, cambiando el sentido del art. 533° APA que exige una "declaración general concisa de sus bases y finalidades".

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

Estas altas tasas de litigiosidad y nulidad provocan que las agencias tiendan a rodear sus reglamentos de numerosos y frecuentemente caros estudios, algunos de ellos encargados al sector privado, a fin de intentar "blindar" la norma en previsión del hipotético, aunque probable, control judicial. Dado que no existe certidumbre acerca de qué va a considerar el tribunal un estudio suficiente de la cuestión, las agencias tienden a acumular análisis en el expediente. Lo que, obviamente, provoca un notable encarecimiento de las decisiones, así como un retraso de las mismas.

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

Algunas voces en la doctrina jurídica han destacado que hay un exceso de activismo judicial y que la necesaria autocontención, la cual es requerida por el principio de separación de poderes, ha desaparecido. Distintos profesores subrayan que el control judicial está provocando retrasos y pérdida de tiempo y dinero, paralizando políticas públicas en algunos sectores y amenazando a intereses generales como la salud o la protección ambiental. Este fenómeno es conocido como osificación o parálisis por análisis<sup>25</sup>.

25 Entre los principios fundamentales referidos al ejercicio de la discrecionalidad y que deben guiar el Derecho y la práctica administrativa de los Estados miembros, el apéndice de la recomendación incluye la necesidad de proceder con objetividad e imparcialidad, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada caso y entre éstas sólo los factores relevantes y pertinentes al supuesto concreto, a fin de lograr un adecuado balance entre los efectos perjudiciales de la decisión sobre los derechos, libertades o intereses de los ciudadanos y la finalidad perseguida por la misma (punto II, apartados 2,4 y 6, del apéndice).

El ejemplo norteamericano muestra que el control judicial es importante y necesario para garantizar la buena administración, pero, simultánea y paradójicamente, puede ser un factor causante de mala administración. Es evidente que en el punto medio debe hallarse la virtud, como intentaremos razonar en la parte final del trabajo.

## 2.2 El Consejo de Europa: recomendación cm/rec (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Consejo de Europa ha sido también activo en el ámbito del deber de buena administración. Así, en primer lugar, es destacable la Resolución de 28 de septiembre de 1977, sobre la Protección de los individuos en relación con los actos de las autoridades administrativas. Aunque en su texto no puede hallarse la expresión “buena administración, esta idea está implícita<sup>26</sup>. En segundo lugar, la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de marzo de 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, tampoco alude a la “buena administración, pero hay una serie de principios diseñados para lograr ésta<sup>27</sup>. Finalmente, es en la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración donde se contienen diversas referencias de interés a la buena administración y a sus relaciones con la calidad normativa, las necesidades sociales y la ponderación de los intereses de los intereses sociales e individuales, la buena gobernanza, otros mecanismos extrajurídicos (calidad organizativa, adecuados recursos humanos y gestión pública), los requerimientos del derecho a la buena administración (legalidad, igualdad, imparcialidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, adopción de decisiones dentro de un plazo razonable, participación, respeto de la intimidad y transparencia) y sus conexiones con los procedimientos administrativos. Esta Recomendación también incluye varias sugerencias a los Estados Miembros para promover la buena administración. Entre ellas, hay una sobre

la adopción de los estándares establecidos en un código modelo que se acompaña como apéndice a la propia Recomendación<sup>28</sup>.

Finalmente, no puede olvidarse la jurisprudencia del TEDH que ha construido en torno al art. 6º del Convenio la noción de buena administración, aplicándola para resolver conflictos tanto en el ámbito administrativo como judicial<sup>29</sup>.

## 2.3 La Unión Europea. El art. 41 de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. El código de buena conducta administrativa: ¿hacia una codificación del procedimiento administrativo?. La jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades europeas y del tribunal de primera instancia

En principio, cabría sostener que el impacto del Derecho comunitario en los procedimientos administrativos nacionales – entre ellos, los españoles-, debiera ser escaso. Esta sería la conclusión a la que podría llegarse teniendo en cuenta que la aplicación del Derecho comunitario corresponde, como es sabido, a las autoridades públicas nacionales de los Estados miembros (aplicación administrativa indirecta) y que éstos gozan de autonomía procedimental para ello (con las conocidas excepciones de los principios de equivalencia y efectividad.

Sin embargo, un análisis más cuidadoso de la situación nos muestra como diversos factores han conducido a que tanto el derecho derivado como la jurisprudencia comunitaria influyan en los procedimientos administrativos españoles. Por un lado, la necesidad de una aplicación del derecho comunitario uniforme y coherente ha llevado a que el derecho derivado comunitario, bien mediante codificaciones generales aunque con efectos limitados por ámbitos y materias<sup>30</sup>, bien mediante codificaciones sectoriales, siendo destacable al respecto el ámbito medioambiental<sup>31</sup>, haya generado una armonización procedimental. En segundo lugar, la jurisprudencia comunitaria influye en el Derecho nacional, como es sabido, mediante la generación

26 Efectivamente, el apéndice de la misma contiene un Código de Buena Administración con 23 artículos, divididos en tres partes: principios de buena administración, aspectos procedimentales y recursos. Puede consultarse la Recomendación con dicho Código en español en: [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/steering\\_committees/cdcj/Documents/2007/CM%20Recommendation%20SPANISH%20on%20good%20administration.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/steering_committees/cdcj/Documents/2007/CM%20Recommendation%20SPANISH%20on%20good%20administration.pdf). (Última consulta: 21 de octubre de 2008).

27 En el ámbito administrativo, recuérdese, por ejemplo, la STEDH de 20 de septiembre de 2005, Caso Erstas Aydın y otros contra Turquía, Fundamento 52. En el ámbito judicial (con alusión a una buena administración de justicia), por todas, STEDH de 24 de mayo de 2005, caso Intiba contra Turquía, Fundamento 54.

28 Nos referimos a diversos Reglamentos como el 1182/71, del Consejo, sobre determinación de normas aplicables a fechas, plazos y términos o Directivas, como la 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, sobre procedimientos de adjudicación en el ámbito contractual.

29 Así, por ejemplo, directivas relativas a evaluación de impacto ambiental y a la evaluación de los efectos de ciertos planes y programas. También diversos reglamentos, como por ejemplo, el 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero o el 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en relación con el control de las ayudas de Estado, entre otros.

30 Puede consultarse, entre otros, MUÑOZ MACHADO, S., “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, REDA, 75, 1992, p. 329 y ss.

31 Artículo II-101 del Tratado sobre la constitución europea, equivalente al 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

de principios procedimentales, como es el caso, por ejemplo, del de confianza legítima, primero adoptado por decisiones judiciales del Tribunal Supremo español y luego incluido en el art. 3º de la LRJPAC española, tras su modificación en 1999<sup>32</sup>.

Como prueba de la existencia de un bagaje común europeo en relación con el procedimiento administrativo y la buena administración, debe resaltarse la conocida consagración en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 41º) y luego en el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (art. II-101º) de un derecho a una buena administración<sup>33</sup>. El Tratado de Lisboa, en fase de ratificación en el momento de redactar estas líneas, pasaría a reconocer a la Carta, y por tanto, a su art. 41º, plena virtualidad jurídica<sup>34</sup>. En cualquier caso,

como es sabido, el derecho a una buena administración sólo es de aplicación en las relaciones jurídicas con las instituciones comunitarias, no respecto de las autoridades nacionales, aunque no falten opiniones que entiendan argumentable la necesidad de extender aquél a éstas, al menos cuando aplican Derecho Comunitario<sup>35</sup>. Y lo que no es evitable es, en todo caso, que el concepto de buena administración vaya calando en los ordenamientos nacionales, mediante la labor de las jurisdicciones internas, que, como es el caso español, en sentencias del Tribunal Constitucional<sup>36</sup>, del Tribunal Supremo y de los Tribunales de Justicia autonómicos, como veremos, aluden ya cotidianamente al art. 41º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la resolución de conflictos estrictamente internos a la cual, cuando menos, inspiran<sup>37</sup>.

#### *Derecho a una buena administración*

1. *Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*
2. *Este derecho incluye en particular:*
  - a. *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente*
  - b. *el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;*
  - c. *la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.*
3. *Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*
4. *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*

32 Véase el art. 6.1 del TUE de acuerdo con el Tratado de Lisboa, confiriendo a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados.

33 NIETO-GARRIDO, E, MARTÍN DELAGADO, I., *European Administrative Law in The Constitutional Treaty*, Hart, 2007, p. 86 y ss.

34 Véase la STC 53/2002, de 27 de febrero, en la que se señala que:

“La conexión entre asilo y seguridad en la Unión Europea no ha sido óbice para que la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea -solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000- incluya entre las “Libertades” del Capítulo II tanto el derecho de asilo (art. 18) como el derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto a un Estado donde haya grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 19). De esta forma la íntima conexión entre asilo, control de la inmigración y seguridad europea -a la que se ha hecho referencia más arriba- no se produce a costa del derecho de asilo sino, antes bien, partiendo de su necesaria vigencia en el seno de la Unión.”

35 En relación con el alcance jurídico de la Carta respecto al derecho a una buena administración en el Derecho interno, son interesantes las reflexiones contenidas en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 14 e septiembre de 2005 (JUR 2005\1118):

“En suma, no cabe acoger los motivos impugnatorios de signo procedimental barajados por la parte demandante, tanto más cuanto que la actuación administrativa controvertida, se encuadra en la línea de las tendencias más recientes en materia de protección de derechos fundamentales: así, y aunque no nos hallemos ante aplicación de Derecho de la Unión Europea, cabe recordar que el artículo 41.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (integrada como Parte II del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, según el texto acordado en el Consejo Europeo de Bruselas el 18 de junio de 2004) dispone que este derecho incluye, “en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente”. Es verdad que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (DOCE C-364 de 18 de diciembre de 2000) fue proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000 en el Consejo Europeo de Niza sin valor jurídico obligatorio o vinculante (valor que de momento queda condicionado a la ratificación del mencionado Tratado constitucional), pero no es menos cierto que viene siendo utilizada como parámetro interpretativo tanto por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (cf. su sentencia de 30 de enero de 2002 dictada en el asunto max.mobil telekommunikation Service GmbH contra Comisión, en donde se cita igualmente el artículo 41 de la Carta), como por los más altos órganos jurisdiccionales internos (entre ellos, el Tribunal Constitucional -vid. STC 53/2002 de 27 de febrero, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2994/1994 - o el Tribunal Supremo -entre otras muchas, SSTS, Sala Contencioso-Administrativa de 26 marzo 2002, recurso 8220/1997 ; de 27 marzo de 2002, recurso 8218/1997 ; y de 2 de abril de 2002, recurso 9932/1997). Y es que, en cualquier caso, la Carta -como ella misma expresa en su Preámbulo- “reafirma, respetando las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”

36 Sobre el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (consultable en: [http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/es/code2005\\_es.pdf](http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/es/code2005_es.pdf), última consulta efectuada, marzo 2007), puede consultarse PONCE SOLÉ, J. (2002), “Good administration and European Public Law”, *European Review of Public Law*, vol.14, no 4, invierno, p. 1503 y ss. y COBREROS MENDAZONA, E (2002): “Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, p. 237 y ss.

37 En este sentido, cabe señalar algunas ideas:

Además, el Parlamento Europeo ha aprobado el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, por resolución de 2001, posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo. En julio de 1999, el Defensor del Pueblo europeo recomendó a las instituciones y organismos comunitarios redactar un borrador del Código de Buena Conducta Administrativa, como se explicó anteriormente. Este borrador contaba de 28 artículos. El Parlamento Europeo aprobó una versión ligeramente modificada de este borrador el 6 de septiembre de 2001. Durante las deliberaciones del Parlamento Europeo sobre el Código de la Buena Conducta Administrativa (el Código), un miembro de esta institución afirmó que "hay dos temas importantes en juego aquí. En primer lugar, promover el Estado de Derecho y en segundo lugar, respetar a los ciudadanos europeos." Dicha resolución del Parlamento Europeo instó a la Comisión Europea a presentar una propuesta de normativa que contuviera este Código basada en el artículo 308 del Tratado Europeo.

No es posible exponer aquí el contenido del Código, al que iremos haciendo referencias parciales<sup>38</sup>. Como hemos destacado en otro lugar, reconociendo sus aspectos positivos, una regulación futura del Código con efectos vinculantes debería proporcionar una oportunidad para mejorarlo<sup>39</sup>.

En este sentido, tanto el art. 41° de la Carta como el Código, al constituir en sí mismo una especie de codificación procedimental, pueden ser, como apuntábamos, el punto de partida para una futura codificación del procedimiento administrativo en Europa. La posibilidad de una codificación del procedimiento administrativo en el ámbito comunitario es ya una cuestión clásica, con partidarios y detractores<sup>40</sup>. En nuestra opinión, expresada ahora muy brevemente, existen buenas razones para considerar seriamente las ventajas que otorgaría una (flexible) regulación de los principios e instituciones básicas procedimentales en el ámbito europeo (seguridad jurídica, armonización vertical, entre la Unión Europea y los Estados, y horizontal, en los Estados, lo que favorecería la efectividad de la aplicación del

«(...)en el Derecho Administrativo Europeo, a diferencia del Common Law, el procedimiento administrativo ocupa un segundo lugar, dado que en la tradición continental europea la garantía de la libertad no ha estado en la génesis del acto o norma sino en la reacción frente a él mediante la tutela jurisdiccional».

Derecho comunitario, por ejemplo). En tal sentido, parece difícil negar la posibilidad comunitaria de regular los aspectos procedimentales ligados a la actuación de la propia Administración, mientras pudiera ser más discutible que la regulación se extendiera a los aspectos procedimentales ligados a la aplicación del Derecho comunitario por los Estados, aunque creemos que el art. 308° del TCE ofrece cobertura suficiente para la misma.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal de Primera Instancia, diversas sentencias se han referido a la buena administración de forma implícita y explícita.

Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, son destacables diversas decisiones, sobre todo desde los años setenta<sup>41</sup>, entre ellas, por ejemplo, el caso C-260/90 *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mittle* (1991) ECR I-546, anterior a la Carta de Derechos

- Añadir un principio general de buena fe a las relaciones entre los funcionarios y ciudadanos;
- Promover una participación del público como forma de conseguir una mayor transparencia, democracia, igualdad, y una administración diligente, especialmente en cuanto a las decisiones generales que afectan a los grupos de personas desconocidas;
- Exigir unas respuestas razonadas (y razonables) a los comentarios de los ciudadanos, y hacer que sus esfuerzos merezcan la pena. Esto aparece como perfectamente posible, dado que la Carta de Derechos Fundamentales deja abierta la lista de consecuencias asociadas al derecho de buena administración, siendo, sin duda, la participación ciudadana en garantía de la objetividad una de ellas;
- Exigir que las instituciones y los organismos identifiquen automáticamente al funcionario responsable de los procedimientos, siguiendo el ejemplo italiano.

38 Véase por ejemplo HARLOW, C., "Codification of EC Administrative Procedures Fitting the Foot to the Shoe or the Show to the Foot", 1996, *European Law Journal*, vol.2, n.1, Marzo, p. 3 y ss.

39 Véase PONCE SOLÉ, J., *Deber de...*, op.cit., p. 143 y ss.

40 En relación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la buena administración, véase PONCE SOLÉ, J.

41 Véase NEHL, H.P. *Principles of Administrative Procedures in EC Law*, 1999, Oxford, Hart publishing ; Jürgen SCHWARZE, "Judicial Review of European Administrative Procedure", *Public Law*, 49, 2004, p. 146 y ss..

Fundamentales, en el que la existencia de un deber de buena administración (*due care*) es conectado con el derecho a ser oído y con el deber de motivación<sup>42</sup>.

Como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*), ya tras la aprobación de la Carta, el derecho a una buena administración es “uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho (*governated by the rule of Law*) y son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros”, con referencia al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Primera Instancia ha sido particularmente activo en la imposición de una serie de principios de guía del comportamiento de la Administración europea: el derecho de acceso a la información, el derecho de audiencia, el principio de cuidado (o debido cuidado o debida diligencia, *due care* o *due dilligence*) y la obligación de motivación<sup>43</sup>.

## 2.4 La organización internacional del comercio (World Trade Organization), el Derecho administrativo global y el papel del procedimiento

Como avanzamos en su momento, un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado Derecho Administrativo Global o Derecho Administrativo Internacional es el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración.

Un ejemplo de esta tendencia lo podemos encontrar en la labor desarrollada por el *Apellate Body* de la Organización Mundial del Comercio (OMC o WTO, en inglés)<sup>44</sup>. Esta organización, como es sabido, tiene casi una jurisdicción universal en temas comerciales, sobre sus 151 Estados miembros. A pesar de su modesto nombre, cabe sostener que el *Apellate Body* actúa, de hecho, como un Tribunal Constitucional mundial (puesto que anula o inaplica leyes dictados por los Estados miembros que vulneran el Derecho del comercio mundial contenido

en los tratados de la OMC, y, a la vez, como un Tribunal administrativo mundial (puesto que controla las regulaciones y actuaciones administrativas de los Estados miembros que vulneran el Derecho de la OMC).

El *Apellate Body* ha dictado diversas interesantes resoluciones en las que ha generado un Derecho común, por mundial, referido al procedimiento administrativo. Entre ellas, suele destacarse el caso de los *Schrimp products* (camarones), de 1998, en el que el órgano de apelaciones señaló que los EEUU no habían proporcionado a ninguno de los Estados, cuyas exportaciones de camarones prohibieron mediante regulaciones administrativas internas, las garantías básicas de un procedimiento administrativo, como la oportunidad de ser oído, o alegar contra los cargos imputados<sup>45</sup>. Asimismo, es destacable también el caso que enfrentó a Antigua y Barbuda con Estados Unidos de América en 2005, en el que el órgano de apelación sostuvo que las restricciones de EEUU contenidas en su legislación contra las apuestas por Internet que no operan en su territorio son ilegales. Entre otras consideraciones sustantivas, ligadas al principio de proporcionalidad, la resolución señala que Estados Unidos no tomó en consideración, antes de decidir, los intereses relevantes de otros Estados implicados (en otras palabras, vulneró el deber de objetividad, integrante del más amplio concepto de buena administración, como ya nos consta)<sup>46</sup>.

## 2.5 Buena administración y jurisprudencia en España. En especial, buena administración y calidad en el desarrollo de la potestad reglamentaria

En el específico caso español, la Constitución de 1978 prevé, implícitamente un auténtico deber jurídico de medios: lo que hemos denominado, siguiendo la línea clásica de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, deber de buena administración<sup>47</sup>. Deber que se encuentra explicitado en las arts. 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia) y que afecta a todo desarrollo de la función administrativa.

42 Puede consultarse BALLBÉ, M., “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización : entre la americanización y la europeización”, *RAP*, núm. 174, 2007, p. 261 y ss.

43 Puede consultarse en español esta decisión en: [http://www.wto.int/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds58\\_s.htm](http://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm) (última consulta: 27 de octubre de 2008).

44 Puede consultarse en español esta decisión en: [http://www.wto.int/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds285\\_s.htm](http://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds285_s.htm) (Última consulta: 27 de octubre de 2008).

45 Como hemos tenido ocasión de señalar en nuestro trabajo *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo*, 2001, Lex Nova.

46 Una exposición de los motivos de desacuerdo con esta decisión desde un punto de vista dogmático pueden hallarse en PONCE SOLÉ, J.

47 Debemos remitirnos a PONCE SOLÉ, J., “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, *Revista de Administración Pública*, 162, 3003, pp. 89 a 144.

En la misma línea antes vista, en España, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia de diversas comunidades autónomas ya se han referido en numerosas ocasiones al derecho a una buena administración, conectándolo principalmente, hasta el momento, con la motivación de las decisiones administrativas (Actos Administrativos, concretamente), aunque no únicamente, como se advertirá. La buena administración ha sido utilizada como parámetro de control administrativo en relación con diversas potestades, en distintos ámbitos de actuación, como se apreciará. Y en diversas ocasiones, ha sido el argumento conducente a la anulación del acto, plan o Reglamento.

Centrándonos en este trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, las referencias a la buena administración se pueden encontrar en alrededor de unas quince sentencias. Algunas de ellas, dictadas hace ya muchas décadas. Otras, las últimas detectadas, del año 2007. En términos generales, puede afirmarse que es a partir del inicio de esta década cuando el Tribunal Supremo comienza a hacer un uso sistemático del concepto de buena administración.

Las primeras sentencias recayeron en el ámbito de la contratación, sector donde nuestra legislación tradicionalmente hacía, y hace, alusión a los principios de buena administración como inspiradores de la actividad contractual pública. Es el caso, por ejemplo, de las SSTS de 13 de febrero de 2001 (aunque aquí se desestima el recurso) o de 11 de junio de 2001 (donde no sólo se anula la adjudicación, con alusión a los principios de buena administración, sino que incluso se condena a la Administración a adjudicar el contrato a una concreta empresa<sup>48</sup>).

No ha sido sin embargo la contratación el único ámbito donde el Tribunal Supremo ha hecho uso de la buena administración como parámetro de control. En el ámbito medioambiental, la STS de 29 de noviembre de 2006 (RJ\2007\8317) utiliza el parámetro de la buena administración para el control de la motivación administrativa (con cita expresa de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) de un Acto Administrativo de un gobierno autonómico de resolución de discrepancias entre distintos órganos en relación a la Declaración de Impacto Ambiental efectuada y la conveniencia de efectuar un proyecto relativo a un proyecto de extracción de granito.

Como decíamos, el TS tiende a ligar el derecho a una buena administración con la obligación administrativa de motivar, apoyándose en la Carta. Un ejemplo prototípico, cuya cita excusa la de otras

muchas sentencias, es el de la STS de 22 de febrero de 2005 (Ar. 2601), la cual señala que:

“El deber de motivación de las Administraciones Públicas debe enmarcarse en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones, que se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en su artículo II, 101.2 c).”

En el ámbito del dominio público, diversas SSTS utilizan a la buena administración como elemento de control administrativo. Así, la STS de 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003\9526) utiliza la buena administración, de nuevo en relación con la motivación, para controlar un deslinde de bienes del dominio público marítimo terrestre. El mismo tipo de decisión y la misma aproximación puede hallarse en la STS de 23 de enero de 2007 (RJ 2007\3310), con cita, igualmente, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por su parte, la STS de 19 de junio de 2007 (RJ 2007\4872) conoce de la impugnación de la denegación de una prórroga de una concesión demanial, utilizando idénticos razonamientos y citas que en las dos anteriores.

Otro ámbito donde el Tribunal Supremo ha desplegado el derecho a una buena administración como técnica de control del ejercicio de potestades administrativas ha sido el urbanístico. En el ámbito de la ordenación urbanística, la STS de 2 de junio de 2004 (RJ 2004\6726) confirma la anulación efectuada por el tribunal de instancia en relación con una determinada anchura de viales prevista en unas Normas Urbanísticas, utilizando de nuevo el derecho a una buena administración como técnica de control, en conexión con la obligación de motivar, citando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La STS de 30 de noviembre de 2004 (RJ 2005\1326) usa idéntica técnica de control (aunque en este caso, sin concluir la ilegalidad administrativa) en relación con un Plan Especial de Ordenación de Volúmenes y Usos de una finca, aludiendo, de nuevo a la Carta. Sí anula, en cambio, la decisión urbanística adoptada la STS de 25 de julio de 2006 (RJ 2006\5236), en concreto una calificación urbanística, al no hallar “explicación alguna” que justifique la misma. Finalmente, la STS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6665), uti-

48 ZIAMOU, T. (2001): *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Ashgate Publishing.

liza a la buena administración como elemento para negar la posibilidad de inexecutar una demolición de un edificio.

Otras sentencias del Tribunal Supremo, se han ocupado, en otros ámbitos, del control mediante la buena administración de decisiones administrativas referidas a la actividad administrativa de fomento (STS de 29 de marzo de 2004\1849, en referencia a una subvención, con cita de la Carta y análisis de la motivación), a la potestad autorizatoria (STS de 23 de marzo de 2005, RJ 2005\5677, denegación de la revocación de una licencia de armas, en la misma línea), decisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre exclusión de negociación en bolsa (STS de 23 de mayo de 2005, RJ 2005\4382, en idéntico sentido, con muy interesantes consideraciones sobre el papel del procedimiento y la motivación cuando actúa una Administración independiente), Decreto de traspasos (STS de 13 de diciembre de 2005, RJ 2006\173) o fijación de servicios mínimos en el ámbito de la seguridad privada ante una huelga general (STS de 27 de septiembre de 2006 JUR\247664, que utiliza el parámetro de control de la buena administración, en relación con la motivación de la decisión, anulándola por defectos en ésta).

Esta novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, anule o no la decisión administrativa, va poco a poco arrinconando viejos paradigmas del Derecho Administrativo español, vinculados a la supuesta indiferencia del Derecho respecto del ejercicio de la discrecionalidad administrativa. En este sentido, los nuevos desarrollos sobre el derecho a una buena administración contrastan con enfoques como los contenidos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1998 (Ar. 3452), que califican a la discrecionalidad, siguiendo a la doctrina científica "más autorizada" como "libertad de elección entre alternativas igualmente justas".

Frente a esta visión, la STS de 7 de octubre de 1999 (Ar. 8840) señala que, por ejemplo, de la falta de adecuada motivación, "resultará que se incurre en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 de la Constitución, y se priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad los intereses generales, conforme al art. 103.1 de la Norma Fundamental, y viene inspirada por las exigencias de los principios de buena administración (art. 3 de la Ley de Contratos y 111 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril que es lo que justamente impone a los Tribunales el art. 106.1 de la Constitución". De

ahí que "Dicha motivación es exigible, por tales razones, (...) cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o "razonables" desde el punto de vista del Derecho, o de decidir entre diversas alternativas "jurídicamente indiferenciadas", como textualmente expresa la Sentencia recurrida -aunque cabría preguntarse si en un Estado de Derecho puede admitirse la existencia "a priori" de algo "indiferente jurídicamente".

Efectivamente, el derecho a una buena administración (y la obligación jurídica derivada del mismo para la Administración) provoca que el núcleo metajurídico de la discrecionalidad deje de ser "indiferente" para el Derecho, en el sentido que éste no sólo limita y encuadra su ejercicio mediante los elementos reglados y los principios generales del derecho, sino que, además, ofrece principios que orientan en positivo su desarrollo (los ya vistos) y mecanismos (señaladamente el procedimiento administrativo y la motivación, aunque no únicamente) que permiten articular tales principios de buena administración por la Administración y su posterior control judicial, no sólo en garantía de los derechos e intereses de los interesados sino también, y a la vez, en defensa de la buena administración. Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de septiembre de 2004 (JUR 29004\16005), la elección en que consiste la discrecionalidad "ha de estar presidida por la idea del buen servicio al interés general" y, en caso de vulneración del ordenamiento jurídico respecto a este punto, el control judicial es posible, aunque sin sustituir en ningún caso el criterio extrajurídico empleado.

Esta construcción española y europea de un derecho a una buena administración conecta, por otro lado, en lo que se refiere ya específicamente al ejercicio de la potestad reglamentaria, con una consolidada doctrina y jurisprudencia norteamericana que resalta la importancia del procedimiento y de la fundamentación y motivación en la elaboración de reglamentos para el adecuado ejercicio de la discrecionalidad y que, desde los años setenta del pasado siglo, ha dado lugar a un serio control de estos aspectos, que recibe el nombre de *hard look*, ya expuesta.

Aunque por razones de espacio no podamos detenernos excesivamente en el impacto de la buena administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sí queremos aludir brevemente a algunos elementos relacionados<sup>49</sup>. Los distintos paradigmas vigentes históricamente respecto a la

49 PONCE SOLÉ, J., "¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno? El traslado de la comisión del mercado de las telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del tribunal supremo de 27 de noviembre de 2006", *Revista de Administración Pública*, núm. 173, mayo-agosto 2007, pp. 239-263.

articulación de la relación de la actividad administrativa con el ordenamiento jurídico y el concepto de discrecionalidad explican el distinto papel otorgado en los EE.UU. y en otros países europeos al procedimiento reglamentario y a la intensidad del control judicial, como ha ilustrado ZIAMOU. En este ámbito, el modelo español parece situarse en la órbita del alemán, estudiado por ZIAMOU, en el que los tribunales consideran, como paradigma asumido, que la actividad del Ejecutivo está fuertemente preprogramada por la Ley, aunque esto no sea necesariamente cierto en todos los casos, y explica la escasa atención jurisprudencial prestada al procedimiento reglamentario<sup>50</sup>.

En el caso específico español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo muestra claroscuros en su tarea de garantizar los derechos e intereses privados y la buena administración, especialmente cuando no se produce la simple omisión de la fundamentación y justificación exigida legalmente, pero, en cambio, existiendo éstas, la seriedad de su contenido es objeto de discusión. En ocasiones, el Tribunal Supremo parece mostrarse laxo en relación con el estándar de exigencia que establece para el contenido de la fundamentación y justificación de los reglamentos, en aplicación de la legislación vigente (caso, entre otras muchas, de las sentencias de 9 de febrero de 1999, Ar. 1552, de 12 de mayo de 1999, Ar. 3987, de 10 de marzo de 2003, Ar. 3067, de 7 de julio de 2004, Ar. 5599, o más recientemente, de 4 de julio de 2006, Ar. 8006). Sin embargo, en otros casos, el Tribunal Supremo ha decidido analizar cuidadosamente el contenido de la fundamentación y justificación aportadas, anulando reglamentos por insuficiencia o inadecuación de ésta y de la motivación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria ofrecida (sentencias de 2 de junio de 1997, Ar. 4921, de 10 de julio de 1999, Ar. 5771, de 13 de noviembre de 2001, Ar. 65 o más recientemente, de 23 de mayo de 2006, Ar. 3683 y de 27 de noviembre de 2006, en este último caso, dos sentencias referidas al traslado a Barcelona de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), distinguiendo entre un cumplimiento de trámites meramente formal y una auténtica fundamentación y justificación<sup>51</sup>.

En definitiva, ya hemos destacado antes como la garantía de la buena administración y de la participación ciudadana corresponde a una pluralidad de técnicas jurídicas y de instancias de supervisión y control, entre las que destacábamos a los om-

budsmen, sobre todo por el carácter preventivo que puede tener su actuación.

Sin embargo, una vez tomada la decisión pública y existiendo conflicto, la última palabra sobre el mismo corresponderá al Poder Judicial, de ahí su relevancia como última instancia de control.

El control serio del procedimiento administrativo se tiene que constituir en la tercera vía necesaria, entre una invasión de ámbitos funcionales que al poder judicial están prohibidos y un desistimiento de la tarea judicial de tutela de intereses legítimos y de derechos y de control de la Administración. Como pone de relieve la importante e inusual STS de 24 de septiembre de 1999 (Ar. 7593), en referencia a la potestad de planeamiento en el ámbito urbanístico, pero con doctrina extensible perfectamente a cualquier tipo de potestad discrecional, las exigencias procedimentales son "esenciales" para el desarrollo de la potestad, puesto que su ejercicio "se tiene que acomodar al máximo a la realidad, para asegurar que el suelo y los servicios previstos para el futuro existirán y, a ser posible, se encontrarán en los lugares adecuados para eso". Semejante "exigencia institucional" justifica dar la máxima relevancia a los trámites procedimentales y, en consecuencia, considerar como "vicio de procedimiento esencial" la infracción clara y ostensible que se cometa de los mismos.

He ahí una sentencia ejemplar, que coadyuva a la gestión administrativa de calidad, en este caso en el ámbito urbanístico, la cual es de esperar sea seguida por muchas otras en tal sentido y en toda clase de sectores de actuación.

### 3. CONCLUSIONES

El efectivo control del respeto administrativo del derecho al procedimiento administrativo debido es crucial. La concienciación administrativa del valor e importancia del procedimiento también ha de pasar, no nos engañemos, por la constatación cotidiana de que el incumplimiento de su deber de buena administración tiene consecuencias concretas. El estudio ha expuesto las diversas vías por las que ese control puede lograrse, dedicando especial atención a la función que pueda ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa.

En un contexto de cambio tecnológico continuo y de ampliación de las esferas de discrecionalidad técnica - el ámbito medioambiental es un excelente

50 La preocupación por la falta de desarrollos en el Derecho Administrativo que hagan posible la buena administración es puesta de relieve por diversos autores. Así, por ejemplo, es muy ilustrativo el trabajo de PRATS CATALÀ, J., "Derecho y management en las Administraciones Públicas", en BRUGUÉ, Q. y SUBIRATS, J., *Lecturas de Gestión Pública*, MAP, 1996, p. 183 y ss. Recientemente, en el ámbito del Derecho Público francés, es interesante el trabajo de Jacques CAILLOSSE "Le droit administratif contre la performance publique?", *AJDA*, 20 de marzo de 1999, p. 195 y ss.

51 Véase por ejemplo, KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R., "The Emergence of Global Administrative Law", *International Law and Justice Working Papers/1*, Institute for International Law and Justice New York University School of Law, p. 24 y ss. (consultable en: <http://www.iilj.org/publications/2004-1Kingsbury.asp>) (última consulta efectuada: 27 de octubre de 2008).

ejemplo en este sentido -el control judicial se va a ver abocado ante un posible dilema: o intensificar el control sobre el resultado del ejercicio de las potestades administrativas, mediante una escalada en el uso agresivo de principios generales del Derecho limitadores, o abdicar de todo control sobre el núcleo último de las decisiones del Gobierno y de la Administración. Ambos caminos, como se adivina, están llenos de sombras: bien una posible invasión de esferas constitucionalmente vedadas, bien una renuncia al necesario papel judicial de control de la actividad administrativa y de defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, respectivamente.

Ante este posible dilema, existe otra opción. Se trata de considerar que la dicotomía expuesta no es cierta y que queda abierta una tercera vía: el control efectivo sobre el modo de ejercicio de la discrecionalidad, a través del procedimiento y la motivación, como modo judicial de garantizar que el resultado discrecional final es razonable, como producto del cumplimiento de los deberes jurídicos conectados a los principios constitucionales de buen administración, y que el derecho a un procedimiento debido, a una gestión de calidad, transparente, democrática y respetuosa con los intereses minoritarios, ha sido respetado. Este modo de control judicial no exige, en ningún caso, la invasión de ámbitos funcionales correspondientes al poder ejecutivo. El control del procedimiento administrativo, en este sentido, puede contribuir a compensar las limitaciones intrínsecas del control judicial de la discrecionalidad administrativa, puestas de relieve unánimemente por la doctrina, al hilo del interesante debate doctrinal comenzado en los años noventa del pasado siglo, ya aludido.

Éste, consideramos nosotros, debería ser el camino que cautelosamente, con conciencia de los riesgos, también aquí presentes y aludidos en el trabajo, debiera recorrer el control judicial, si quiere mantenerse a la altura de las exigencias que una realidad cambiante y compleja y una sociedad plural culturalmente van a imponer a nuestro Estado de Derecho.

Por otro lado, en nuestra opinión los nuevos enfoques jurídicos propuestos en este trabajo deberían permitir que el Derecho Administrativo, sin abandonar en ningún momento su preocupación por la garantía de los ciudadanos que se relacionan con la Administración, avance en la dirección de contribuir al logro de decisiones administrativas de calidad y acertadas<sup>52</sup>.

En este sentido, como ya se apuntó, parece un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado Derecho Administrativo Global o Derecho Administrativo Internacional el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones

«(...) parece un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado Derecho Administrativo Global o Derecho Administrativo Internacional el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración».

jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración<sup>53</sup>.

Para concluir, debemos aclarar que si bien el trabajo es consciente de que no todos los males administrativos tienen remedio mediante el procedimiento de toma de decisiones -así como de que esta institución en sí misma, como todas, es capaz de generar otros si se utiliza inadecuadamente - sólo pretende poner de relieve que una parte de esos problemas, en nuestra opinión nada despreciable, podría hallar alivio si, jugando con el título de la conocida obra de DWORKIN, el legislador, la Administración, los órganos judiciales y la sociedad en general nos tomáramos el derecho al procedimiento administrativo debido en serio.

Sólo así el Derecho Público podrá contribuir activamente a una evolución histórica paulatina, que ha supuesto el tránsito desde las inmunidades del poder al pleno control judicial y que ha de culminar con el salto desde la mera evitación de arbitrariedades al logro de una buena administración.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

A continuación se incluyen las referencias de aquellas obras consideradas especialmente significativas en el tratamiento de la buena administración. El listado consiste en una selección. No se persigue, pues, la exhaustividad, ni se pretende relacionar todas las obras tomadas en cuenta para la realización de este estudio. Se trata, simplemente, de ofrecer unos cuantos trabajos que se consideran útiles para abordar un análisis jurídico de la buena administración.

- AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA, *Principles of Good Administration*. In the Member States of the European Union, 2005 (<http://www.statskon-toret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>)
- ALEXY, R.: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, CEC, Madrid, 1989.
- ALLEGRETTI, U.: *Amministrazione Pubblica e Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996.
- ANDERSEN, R.: "Les principes généraux de la procédure d'élaboration de la décision administrative en droit administrative Belge", en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, p. 137 y ss.
- ANDREANI, A.: *Il principio Costituzionali di buon andamento della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1979.
- ARBÓS, X., "La regulación estatal y el buen gobierno", en GINER, S., SARASA, S. (Ed.), *Buen Gobierno y Política Social*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 201 y ss.
- ASUA BATARRITA, A., "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria", en ASUA BATARRITA, A., *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, 1997, p. 13 y ss.
- BAÑÓN, R., CARRILLO, E. (Comps.), *La nueva Administración Pública*, Alianza, Madrid, 1997.
- BASSOLS COMA, M., "El principio de buena administración y la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas", en AA.VV., *El Tribunal de Cuentas en España*, IEF, vol.I, 1982, p. 259 y ss.
- BENVENUTI, Feliciano: "Funzione amministrativa, procedimento, processo", RTDP, 1952, p. 118 y ss.
- BORTOLOTTI, D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1984.
- BREYER, S.: "Vermont Yankee and the Courts' role in the nuclear energy controversy", *Harvard Law Review*, 91, 1978.
- CASSESE, S.: "La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata", *Il foro italiano*, núm. 1, enero 1993.
- "Legislative regulation of adjudicative procedures an introduction", en *European Review of Public Law*, número especial de 1993.
- COMMONWEALTH SECRETARIAT: *Promoting Good Governance. Principles, Practiques and Perspectives*, 2000.
- CHEVALLIER, J. "Vers un droit postmoderne? Les transformations de la régulation juridique", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, número 3, 1998, p. 660 y ss.
- COHEN-TANUGI, L.: *Le Droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Presses Universitaires de France, París, 1985.
- COMELLA DORDA, R.: *Límites del poder reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, CEDECS, Barcelona, 1997.
- COMMITTEE of the JUSTICE-All Souls Review of Administrative Law in the United Kingdom: *Administrative Justice. Some Necessary Reforms*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- COSTA, J.P. "Rapport de synthèse", *European Review of Public Law*, 1993, en el número especial dedicado al procedimiento administrativo.
- CRAIG, P.P.: "Procedures and Administrative decisionmaking: a Common Law Perspective", en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, p. 55 y ss.
- DAVIS, K.C.: *Discretionary Justice. A preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1969.
- DE GRAAF, K.M., JANS, J.H., MARSEILLE, A.T. & DE RIDDER, J., *Quality of Decision-Making in Public Law*, Europa Law Publishing, 2007
- DE VOS, P.L. y BAX, J.: "The procedure of Administrative decisions in the Netherlands", en el número monográfico dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, 1993, p.239 y ss.
- ELY, J.H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.
- FALZONE, G.: *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953.
- FERNANDEZ, Tomás-Ramón: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, 2ª ed.
- GALLIGAN, D.J.: *Due Process and Fair Procedures*, Clarendon Press, 1996.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.: "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *RAP*, núm. 30, 1959.
- GELLHORN, E. y LEVIN, R.: *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 5ª ed., 2007.

- GONÇALVES LOUREIRO, Joao Carlos Simoes, O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações), Coimbra editora, 1995.
- HARLOW, C., "Codification of E.C. Administrative Procedures? Fitting the foot to the shoe or the shoe to the foot", *European Law Journal*, vol. 2, núm. 1, marzo 1996, p. 3 y ss.
- ISAAC, G.: *La procédure administrative non contentieuse*, Librairie general de droit et jurisprudence, Paris, 1968.
- LA SPINA, A. y MAJONE, G.: *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000.
- LANDIS, J.M., *The Administrative Process*, Yale University Press, New Haven, 1938.
- LEVENTHAL, H.: "Environmental decisionmaking and the role of the courts", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, núm. 3, 1974, p. 509 y ss.
- LINDBLOM, C.: "The science of "Muddling through"", *Public Administration Review*, num. 19, 1959, p. 79 y ss.
- MALARET, E.: "Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento", en TORNOS MAS, Joaquín (Dir.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 301 y ss.
- MASHAW, J.L.: "The Supreme Court's due process calculus for administrative adjudication in *Mathews v. Eldridge*. Three factors in search of a theory of value", *Univ. Ch. L. R.*, 44, 1976, p. 46 y ss.
- MASHAW, Jerry L.: *Due process in the administrative state*, Yale University Press, 1985.
- McGARITY, T.O., "A cost benefit state", *Administrative Law Review*, vol. 50, núm. 1, 1998, p. 7 y ss.
- MEGRET: "De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1953, p. 77 y ss.
- MILLET, "The Right to Good Administration in European Law", *Public Law*, verano 2002, p. 309 y ss.
- MOREAU, J.: "Les conséquences des illégalités procedurales en droit administratif français", en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, p. 85 y ss.
- NEHL, H.P.: *Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, 1999.
- NIETO-GARRIDO, E, MARTÍN DELAGADO, I., *European Administrative Law in The Constitutional Treaty*, Hart, 2007
- OLOFF, M., *The logic of collective action. Public goods and the theory of groups*, Harvard University Press, 1995, 16ª ed.
- PALICI DI SUNI PRAT, Elisabetta: *I diritti al procedimento*, Giappichelli, Torino, 1994.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991.
- PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido. Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo y del Ejercicio de la Discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- "Good administration and European Public Law", *European Review of Public Law*, vol. 14, no 4, invierno, 2002, p. 1503 y ss.
- "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", *Revista de Administración Pública*, 162, 2003 p. 140 y ss.
- Good Administration and Administrative Procedures", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volumen 12, número 2, verano 2005, p. 551 a 589.
- ¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno? El traslado de la comisión del mercado de las telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del tribunal supremo de 27 de noviembre de 2006, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007.
- POSNER, R.: "An economic approach to legal procedure and judicial administration", *The Journal of Legal Studies*, 2, 1973, p. 399 y ss.
- Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, 1998, 5ªed.
- PRATS CATALÀ, J.: "Derecho y Management en las Administraciones Públicas" en BRUGUÉ, Q. y SUBIRATS, J., *Lecturas de Gestión Pública*, MAP, Madrid, 1996.
- De la burocracia al Management. Del Management a la Gobernanza*, INAP, Madrid, 2005.
- SCALIA, A.: "Vermont Yankee: the APA, the D.C. circuit, and the Supreme Court", *The Supreme Court Review*, 1978.

SCHMIDT-ASSMAN, E.: "El procedimiento administrativo. Entre el principio del Estado de Derecho y el Principio Democrático", en BARNES, J. (Coord.), *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

SHAPIRO, M. "Equality and Diversity", *European Review of Public Law*, vol. 11, núm. 2, verano, 1999, pp. 371-415.

SIMON, HERBERT A.: *Administrative Behaviour*, Free Press, 4ª ed., 1997.

SÖDERMAN, J. (2001): "El derecho fundamental a la buena administración", *GJ*, núm. 214, Julio/Agosto, p. 8 y ss.

STEWART, R.B.: "The reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, vol.88, núm. 8, p. 1669 y ss.

STRAUSS, P.L.: "From expertise to politics: the transformation of American Rulemaking", *Wake Forest Law Review*, vol. 31, núm.3, 1996.

TOMÁS MALLEN, B.: *El derecho fundamental a la buena administración*, Madrid, INAP, 2004.

WAKEFIELD, J., *The Right to Good Administration*, Kluwer, 2007.

WOODHOUSE, D., *In Pursuit of Good Administration. Ministers, Civil Servants and Judges*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

ZEGHBIB, H., "Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse", *Revue du Droit Public*, núm. 2, 1998, p. 467 y ss.

ZIAMOU, T., *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2001. CA