

# Prólogo

## Las funciones del procedimiento administrativo

José Esteve Pardo<sup>1</sup>

### I. Planteamiento.

El procedimiento administrativo es un conjunto ordenado de trámites en los que se procesa la información de la que se sirve la Administración para resolver. El procedimiento administrativo cumple una serie de funciones de gran relevancia jurídica que son las que expondré a continuación.

Podemos destacar tres funciones fundamentales del procedimiento administrativo: la función garantista, la función racionalizadora y la función legitimadora, pudiendo añadirse, como estrechamente asociada a esta última, una cuarta función, la función constitutiva.

Estas tres funciones que aquí diferenciamos han tenido una relevancia variable a lo largo de la evolución misma del Derecho administrativo. En sus primeros momentos era la función garantista, de protección de los derechos individuales ante las resoluciones de la Administración, la que primaba sin duda en el modelo de Estado liberal. En la actualidad, en el marco del Estado democrático, es la función legitimadora la que posiblemente tiene mayor importancia. Por ella empezamos.

### II. La función legitimadora del procedimiento

La observancia del procedimiento administrativo confiere legitimidad a la resolución final, al acto administrativo resolutorio, de la Administración.

A mayor exigencia y rigor en la conducción del procedimiento por la Administración — dando entrada fluida a la participación de interesados, promoviendo la transparencia, buscando fundamentos a su decisión, requiriendo y valorando informes cuando sea necesario, admitiendo la actividad probatoria, etc.— mayor legitimidad adquieren sus resoluciones y más incuestionables resultan.

En cualquier caso, no debe olvidarse algo elemental. No sólo es necesario la observancia del procedimiento, sino que la resolución que se adopte se ajuste a la legalidad vigente. El procedimiento es una exigencia formal muy relevante —con las destacadas funciones que cumple y en las que ahora reparamos—, pero se requiere también la adecuación material del contenido del acto a la legalidad vigente, con los márgenes de discrecionalidad que pueda ofrecer en cada caso.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.

Cuando la tensión y exigencia procedimental decae, los déficits en el procedimiento se transmiten a la resolución final con el consiguiente déficit de legitimidad. Además, la resolución presentará flancos débiles que pueden hacerla objeto de recurso precisamente por las debilidades en el procedimiento y los vicios e irregularidades que allí se puedan advertir.

La función legitimadora del procedimiento administrativo es absolutamente fundamental en el Estado democrático. Y ello por dos razones fundamentales:

La primera es que el procedimiento es el cauce más importante de participación de que disponen los afectados por las decisiones de la Administración pública que se dotan así de una cobertura democrática.

La segunda es que muchas de las decisiones que adoptan las Administraciones públicas no son ejecución de la ley, sino que son decisiones discrecionales sobre las que no hay referencia precisa en la ley. Cuando la Administración ejecuta la ley su actividad ejecutiva cuenta con la legitimación democrática que le dota la propia ley cuyo mandato ejecuta. Pero cuando la Administración dispone de un amplio margen de opción, la decisión finalmente adoptada en ese margen de discrecionalidad ya no encuentra cobertura legitimante en la ley y ha de buscarla en el procedimiento.

Una Municipalidad dispone de un amplio margen de discrecionalidad para decidir el destino que da a unos terrenos. Puede, por ejemplo, decantarse por la construcción de un pabellón polideportivo o por un centro cultural, con sala de exposiciones y biblioteca. La ley no legitima ninguna de estas dos opciones porque no se pronuncia por ninguna de ellas. Es el procedimiento que se siga, con los informes técnicos que se aporten y la apertura a la participación ciudadana el que configura la estructura legitimante que da cobertura a la decisión final.

De mayor margen de discrecionalidad dispone la Municipalidad cuando define mediante un Plan los usos urbanísticos de su territorio: puede establecer como zona edificable la que sea, para usos residenciales o industriales, ordenar las zonas de equipamientos en una dirección o en otra. La legitimidad del Plan Urbanístico no la gana entonces la ley, que sólo establece unos mínimos con carácter general y nada dice sobre la ordenación de un municipio concreto, sino el riguroso y complejo procedimiento, con amplia y fluida participación ciudadana y de sujetos afectados, que precede a la elaboración y aprobación de estos Planes.

Lo cierto es que mediante el procedimiento administrativo puede alcanzarse un nivel de participación y de proximidad de los ciudadanos en las decisiones públicas que directamente les afectan que no se logra en las leyes, que son el resultado en muchos casos de pactos entre unos partidos políticos cuya composición y fijación de objetivos es con frecuencia muy opaca. En este sentido se destaca la función del procedimiento como compensación de la debilidad directiva de la ley material y de instrumento de legitimidad democrática de la acción administrativa.

De ahí el rechazo ciudadano que a veces se advierte cuando proyectos y decisiones que iban precedidos de un procedimiento administrativo muy abierto a la participación, pasan a ser en un momento objeto de resolución por el Parlamento mediante ley. En la República Federal de Alemania casi se produjo una rebelión ciudadana cuando con motivo de la reunificación alemana, en la última década del pasado siglo, y por las razones de urgencia que alegó entonces el Gobierno, muchos proyectos de carreteras, autopistas, infraestructuras que se probaban a través de procedimientos administrativos muy ricos y complejos, pasaron a ser resueltos y definidos por el Parlamento, (el *Bundestag* o Cámara de Representantes, con la aprobación del *Bundesrat* o Cámara territorial) por entender que de esta forma se privaba a los ciudadanos de la facultad de participación directa que tenían en el procedimiento administrativo.

Lo paradójico es que, tradicionalmente, la decisión del Parlamento mediante ley se consideraba como la expresión máxima de la voluntad y la legitimidad democrática. Esa imagen democrática y taumatúrgica de la ley se ha visto erosionada en los últimos tiempos tanto por las maniobras e intrigas de los partidos en los Parlamentos, por la propia crisis de autismo y cerrazón de los partidos, y sobre todo por la incapacidad misma del legislador para pronunciarse en decisiones que corresponden a la Administración, con independencia de que se mantenga o no la existencia de una reserva de Administración. El procedimiento administrativo está llamado a cumplir, en esos extensos espacios donde las Administraciones disponen de discrecionalidad, esa función legitimante donde no llega y no puede llegar la ley.

### III. La función constitutiva del procedimiento

Más allá de su función legitimadora, al procedimiento le cumple una función aún más básica y elemental, que por ello mismo pasa frecuentemente desapercibida: se trata de la función constitutiva. El procedimiento constituye a la Administración como sujeto actuante con aplicación del Derecho administrativo. Dicho de otro modo: la Administración está presente, y se constituye en sujeto, si actúa revestida de un procedimiento. Si no hay procedimiento, no hay Administración, ni aplicación del Derecho administrativo con las facultades que a ella le atribuye.

Cuando se advierte ausencia de procedimiento, la falta de legitimidad es tan completa que ni siquiera puede advertirse en tal caso la presencia de la Administración con el Derecho que le es propio. Esto es algo que está perfectamente constatado, con una arraigada tradición, por el Derecho positivo. Cuando no hay procedimiento, no sólo es que la decisión o actuación carezca de legitimidad, es que ni siquiera hay actuación de la Administración, sino actuación de unas personas que dicen ser responsables o directivos de la Administración contra los cuales cabe cualquier acción admisible en Derecho, incluso acciones penales.

Aunque requiera de una explicación adicional en la que debemos desbrozar algunos conceptos previos, merece la pena detenerse en esta referencia tan ilustrativa del Derecho positivo, del que tomo ejemplo un precepto de la legislación básica española en materia de procedimiento cuyo contenido se mantiene desde el siglo XIX y que cuenta con similares

preceptos en otros ordenamientos europeos latinos, como el francés o el italiano. La regla a considerar tiene un enunciado aparentemente irrelevante, pero de mucho calado y muy rico en consecuencias. Se contiene en el art. 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015: «No se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido».

Los interdictos son acciones judiciales rápidas y simples a las que cualquier particular puede acudir para rechazar agresiones de un tercero; es el caso, por ejemplo, del interdicto posesorio contra quien ocupa o usa de hecho un bien que no le pertenece y para lo que carece de título alguno. Pero más allá de la referencia a los interdictos, lo que proclama esta regla en el fondo, y así lo han venido percibiendo la jurisprudencia y la doctrina, es que si la Administración se ajusta al procedimiento establecido, los particulares no pueden utilizar los medios de defensa y reacción rápida ante los tribunales, que son los interdictos, de los que dispone frente a posibles agresiones de otros particulares. El particular tendrá otros medios de defensa que son los propios del Derecho administrativo para oponerse o cuestionar en Derecho la actuación de la Administración, que es tal si actúa revestida de procedimiento.

Pero más importante a nuestros efectos es la interpretación *a sensu contrario* que la doctrina realiza de este precepto. Es decir, para el caso de que la Administración actúe prescindiendo del procedimiento establecido. Entonces el particular afectado no sólo podrá utilizar interdictos, sino que —el sentido del precepto es en el fondo ese— podrá ejercer cualquiera de las acciones que el Derecho le permite frente a un tercero, frente a un particular.

La ausencia total de procedimiento no es sólo que sea, que lo es, un vicio muy grave, sino que despoja a la Administración de su condición de tal y la sitúa al margen de su fuero propio y característico que es el Derecho administrativo. La sitúa en la que se conoce como vía de hecho y que se estudia en el marco de la ejecución de los actos administrativos. Por eso el procedimiento no sólo tiene una función legitimadora de la decisión y la actuación administrativa, sino que tiene una previa y fundamental función constitutiva: la Administración pública sólo se constituye como tal y resulta entonces de aplicación el Derecho administrativo si observa el procedimiento establecido.

Conviene destacar que esta función constitutiva del procedimiento se cumple si hay apariencia de procedimiento, si se realizan ciertos trámites aunque se omitan otros. Habrá que valorar entonces la trascendencia de los vicios, pero hay procedimiento, eso reviste a la Administración de su condición de sujeto diferenciado por completo de las personas que integran su organización y hay aplicación del Derecho administrativo. Si no hay procedimiento, no hay nada de eso.

#### **IV. La función garantista del procedimiento.**

El procedimiento administrativo tiene una muy destacada función de garantía de los derechos e intereses que pueden verse afectados por la resolución de la Administración.

Esta función de garantía reviste una especial relevancia en aquellos procedimientos que pueden concluir en una resolución administrativa que suponga una carga, un gravamen o un sacrificio, como pueda ser, por ejemplo, el resultado de un procedimiento expropiatorio o un procedimiento administrativo sancionador.

En la medida en que el procedimiento pueda conducir a resoluciones con este contenido de gravamen, deben entonces apurarse los trámites con funcionalidad garantista como pueda ser el trámite de fijación y oposición a la fijación del justiprecio en el procedimiento expropiatorio o el trámite de audiencia y presentación del pliego de descargos en el procedimiento sancionador.

O la garantía estructural del procedimiento sancionador, para la imposición de sanciones administrativas, que dispone la separación entre la fase de instrucción para esclarecer y fijar los hechos, por un lado, y la fase de aplicación del Derecho, por otro, atribuyendo estas fases a órganos distintos. Una garantía tomada del proceso penal para evitar la llamada contaminación del órgano con facultades de aplicación del Derecho, y de imposición de la sanción, si asumiera previamente la fase de instrucción del procedimiento.

Por eso, la omisión de trámites marcadamente garantistas en este tipo de procedimientos constituye un vicio grave determinante de la nulidad de la resolución.

## **V. La función objetivadora y racionalizadora del procedimiento. La gestión de la información**

Una de las funciones del procedimiento administrativo es la de acceder al conocimiento más amplio y más cierto que sea posible de la realidad. Se pretende en definitiva conocer la verdad. Tan relevante es esta función que la fase central de todo procedimiento tiene este específico cometido. Se trata de la fase de instrucción que tiene como objetivo precisamente ese: instruir a la Administración para ampliar su conocimiento de la realidad que tiene que tomar en consideración al decidir, esclarecer y fijar los hechos, establecer certezas, averiguar en lo posible la verdad objetiva.

Con esa información que se adquiere y se procesa, el procedimiento administrativo se orienta a sujetar la actividad administrativa a criterios de racionalidad y objetividad.

Hay procedimientos cuya función prácticamente exclusiva es esa de adquirir conocimiento y dar en lo posible con la verdad objetiva. Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de selección de contratista en los contratos administrativos.

Por ejemplo, se proyecta construir una obra pública, un gran puente, y se presentan diversas empresas, con diversos proyectos y diversos precios también para la construcción de ese puente.

El objetivo fundamental de este procedimiento es dar con la oferta contractual objetivamente más favorable para el interés público encomendado a la Administración y para ello

se establecen unas fases y trámites encaminados a conseguir el mayor y más certero conocimiento de las ofertas presentadas.

En estos procedimientos la función cognitiva, de adquisición del conocimiento por la Administración que debe resolver, se impone sobre la función legitimadora, que en muchos casos ni asoma, a la que hemos hecho referencia.

Un procedimiento es el que se inicia cuando se solicita la autorización, el permiso, de conducir vehículos motorizados. La fase fundamental de este procedimiento es la de instrucción, la de acreditación por el solicitante que tiene las condiciones físicas (de ahí la aportación al procedimiento de un informe médico), de que conoce la normativa sobre tráfico y seguridad vial (examen teórico sobre el conocimiento de esas reglas) y de que muestra una pericia suficiente para dominar el vehículo y circular con él (examen práctico). Es un procedimiento que no necesita abrirse a la participación de interesados porque sencillamente no los hay más allá del propio solicitante. La finalidad del procedimiento es que por parte de la Administración se tenga el conocimiento cierto de las condiciones y capacidades de una persona para conducir un vehículo a motor.

En cambio, hay procedimientos cuyo objetivo fundamental no es la obtención de información sino la de alcanzar una decisión en una cuestión o materia en la que existen posiciones distanciadas, opuestas y hasta abiertamente enfrentadas.

El procedimiento para la elaboración y aprobación de un Plan Urbanístico Municipal da entrada a intereses contrapuestos de propietarios y titulares de derechos e intereses que puedan verse afectados. La decisión final, el Plan que se acabe aprobando, necesita por ello ganarse su legitimidad para imponerse sobre los eventuales discrepantes; una legitimidad que será, fundamentalmente, la que el procedimiento le confiera.

**José Esteve Pardo**  
Universidad de Barcelona