UNIVERSITAT DE BARCELONA

El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo

Julio Ponce Solé

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

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

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

EXCLÒS DE PRÉSTEC

EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN: DISCRECIONALIDAD Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Tesis doctoral presentada por Julio Ponce Solé

PER OPTAR AL TÍTOL DE DOCTOR EN DRET

DIRECTOR DE LA TESI: Dr. TOMÀS FONT i LLOVET

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

PROGRAMA DE DOCTORAT: DRET ADMINISTRATIU

BIENNI EN EL QUE FOU APROVAT: 1992-1994

2. **Constitución y buena administración**.

La Constitución española de 1978 recoge este deber de buena administración en diversos artículos, los cuales contienen una serie de previsiones referidas al modo de desarrollo de la actividad administrativa. Debe ser destacada esta preocupación constitucional por el modo de ejercicio de la función administrativa, inquietud que constituye una novedad dentro del constitucionalismo español. Efectivamente, las anteriores Constituciones no contenían ninguna orientación sobre cómo debía ser desarrollada la actividad de la Administración Pública, por lo que el actual Texto Fundamental presenta una nota distintiva respecto a experiencias constitucionales españolas anteriores[346]. Esta situación española que aquí constatamos, por otro lado, no es anómala en el panorama constitucional europeo. Como ha sido notado, sólo las Constituciones más modernas, entre ellas la española, dedican atención a la actividad administrativa, mientras que las Constituciones de siglos pasados y primera mitad del presente descuidaron la disciplina del actuar administrativo y concentraron sus esfuerzos en el establecimiento de límites al poder público y de mecanismos

---

[346] Un análisis de las Constituciones españolas anteriores a la de 1978 puede consultarse en MARTIN-RETORTILLO, S., "Principios constitucionales...", op.cit., especialmente pp. 47 y ss., en las que se puede apreciar la ausencia de previsiones sobre el modo de desarrollo de la actividad de la Administración Pública.

Debemos remontarnos a la Ley Orgánica del Estado, de 1 de enero de 1967, en pleno régimen franquista, para encontrar algún antecedente al más alto nivel normativo de regulación del actuar administrativo. El art. 40.1 de esta Ley indicaba que "La Administración, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general", señalándose en el art. 42.1 que "las resoluciones y acuerdos que dicte la Administración lo serán con arreglo a las normas que regulen el procedimiento administrativo".

garantizatorios de los derechos de los ciudadanos[347]. Esta evolución puede explicarse por

---

[347] En este sentido, vid. TORCHIA, L., "Le norme...", op.cit., pp. 57 y ss.

El caso de la Constitución norteamericana merece un comentario específico. Las enmiendas V y XIV contienen la claúsula del *due process* (ninguna persona puede ser privada de "life, liberty or property, without due process of law"). Desde una persepectiva procedimental, esta claúsula establece la necesidad de seguir algunas garantías procedimentales en el ámbito de las *informal adjudication* - determinadas caso a caso por los tribunales en función de las circunstancias concretas, según los criterios establecidos en la sentencia del Tribunal Supremo *Mathews v. Eldridge*, 424 US 319 (1976) -, con el objeto de *defender* los derechos de los privados. Pero esta claúsula no pretende orientar el ejercicio de la actividad administrativa discrecional en positivo. En este sentido, el Tribunal Supremo norteamericano, a partir de su decisión *Board of of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564, 577 (1972) ha establecido que sólo son exigibles las garantías derivadas del *due process* si existen en el ordenamiento criterios substantivos que limitan la discrecionalidad de la administración, es decir, cuando el particular posee un *entitlement*. Cuando esos criterios no existen, es decir, cuando estamos ante *unfeterred discretion*, la claúsula constitucional no entra en juego. Debe tenerse en cuenta que, por otro lado, la claúsula del *due process* rara vez entra en funcionamiento cuando nos encontramos ante el ejercicio de la potestad reglamentaria (*rulemaking*), según la doctrina del Tribunal Supremo sentada en *Bi-Metallic Inv. Co. v. Colorado*, 239 U.S. 441 (1915).

En consecuencia, como ha sido criticado por algunos autores, la aplicación de la claúsula del *due process* en su vertiente procedimental lleva a resultados que han sido calificados de irónicos por SEARCHINGER, T., "The procedural due process approach to administrative discretion: the Court´s inverted Analysis", *The Yale Law Journal*, vol.95, 1986, pp. 1017 y ss.: a mayor discrecionalidad, menor importancia del procedimiento. En este mismo orden de críticas, MASHAW, Jerry L., *Due process in the administrative state*, Yale University Press, 1985, pp. 35 y ss., ha destacado que "the due process revolution has stopped short of its essential goals building legal security and democratic control into the admnistrative state", pues la doctrina del Tribunal Supremo extiende la protección procedimental sólo "of what can be termed "positive entitelments", substantive interests already enjoying common law or statutory legal significance. Due process hearings are thus only and addition to the legal security of existing rights. They provide no acces to the administrative forums in which rights are being created and no opportunity to avoid the application of general rules on the basis of individual circumstances", lo que excluye "the contemporary concern with the remotness of administrative policy making from inmediate participation by affected interests and the unfairness and irrationality that seem to attend bureaucratic implementation of general rules".

Lo que se quiere resaltar aquí y ahora es que el tratamiento constitucional norteamericano del procedimiento administrativo no se refiere a cómo debe actuar la administración, al modo cómo debe desarrollar sus funciones, sino al establecimiento, en determinados casos, de ciertas garantías en defensa del particular frente a la actuación administrativa. Desde esta perspectiva, la Constitución americana - y la interpretación de la misma hecha por el Tribunal Supremo hasta el momento - no es equiparable a la española, en el sentido de que ésta sí está preocupada en cómo desarrolla su actividad la Administración, junto al aspecto puramente defensivo o garante del ciudadano, al que se alude en el art. 105 c) de nuestro texto constitucional.

Sobre las cuestiones apuntadas, puede consultarse, aparte de las obras ya citadas, desde una perspectiva general sobre el tema, FOX, W.F., *Understanding administrative law*, Matthew Bender, 1992, pp. 101-129, GELLHORN, E. y LEVIN, R.M., *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1997, pp. 191-236, y KOCH, Charles H., *Administrative Law and Practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1997, 2ª ed, pp. 79 y ss. En castellano vid. el estudio de MUGA MUÑOZ, J.L., "El procedimiento debido en Derecho", en CARBONELL, E. y MUGA, J.L., *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 95 y ss.

diversas razones, entre las que podrían destacarse, en nuestra opinión, el gran desarrollo de las dimensiones y funciones de la Administración Pública en las sociedades contemporáneas, abandonado definitivamente su papel de espectador pasivo del devenir social en los modernos estados del bienestar, y, en conexión con la realidad descrita, la consolidación de una sensibilidad jurídica sobre la importancia del papel de la Administración y del modo en que ésta lo representa[348]. Estos factores ayudan a explicar la relevancia constitucional que el texto de 1978 ha otorgado al modo como la Administración debe llevar a cabo su actividad.

Teniendo presente el marco constitucional en vigor, puede afirmarse que la Administración pública está sometida a un deber de buena administración, consistente en una obligación de actuar de forma *racional*, *objetiva*, *coordinada*, *eficaz*, *eficiente* y *económica* en su servicio a los intereses generales. La Constitución quiere, pues, que la Administración administre bien, que desarrolle sus funciones bajo coordenadas de racionalidad, objetividad, coordinación, eficacia, eficiencia y economía, que constituyen otros tantos deberes de comportamiento, obligaciones de medios si se prefiere, para ella. La perspectiva constitucional nos permite, así, intentar elaborar una serie de principios referidos a la actividad administrativa, cuya existencia, como ha sido puesto de relieve por SIMON, es imprescindible para una teoría general de la administración.[349].

Esta afirmación, debe ser, obviamente, fundamentada jurídicamente, por lo que debemos acudir al texto constitucional para argumentar lo expuesto. Esta operación va a

---

[348] TORCHIA, L., "Le norme...", op.cit., pág. 57, y BAENA DEL ALCAZAR, M., en su comentario al art. 103 de la Constitución española de 1978, en ALZAGA, O. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, Tomo VIII, EDERSA, Madrid, pág. 255, quien destaca la conexión de esta novedosa preocupación constitucional por la Administración con "el interés que ofrece en nuestro tiempo la Administración pública dadas las complejas y numerosas tareas que le están encomendadas".

[349] SIMON, HERBERT A., *Administrative Behaviour*, Free Press, 4ª ed., 1997, pág. 1: "a general theory of administration must include principles or organization that will insure correct decision-making, *just as it must include principles that will insure effective action*".(El subrayado es nuestro).

realizarse a continuación, antes de abordar directamente el papel del procedimiento para el logro de la implementación del deber de buena administración. Si bien nuestro interés se centra en este último punto, nos parece inevitable tratar de construir con carácter previo los principios constitucionales orientadores de la función administrativa, teniendo en cuenta la ausencia hasta el momento de un tratamiento en profundidad de los mismos. Esta deficiencia ha sido puesta de relieve por ORTEGA ALVAREZ, quien ha subrayado que "no principles have been launched to guarantee that the administrative function not only keeps on course, but also that it knows where it is going, and reaches its destination"[350].

---

[350] ORTEGA ALVAREZ, L., "Principles of Administrative Procedure", en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, pág.81.

La profesora Elisenda MALARET también ha puesto de relieve la importancia de la construcción de las bases y principios constitucionales que rigen la actuación administrativa. En este sentido, vid. "Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales", conferencia pronunciada en el marco del *Seminario sobre Derecho Público y Derecho privado en la actuación de la Administración pública*, organizado por el Institut d´Estudis Autonòmics y el Gabinet Jurídic Central el 7 de mayo de 1997 en Barcelona (en prensa).

1. La Administración Pública debe actuar racionalmente. Racionalidad formal y material. Racionalidad absoluta y limitada.

Parece, en principio, que la necesidad de que la Administración Pública - y el Gobierno - actúen de forma racional es obvia y la afirmación de la misma un simple resultado producto del uso del sentido común[351]. SAINZ MORENO se ha referido a esta obligación administrativa de actuar racionalmente, señalando que "Todo lo que la Administración hace está sujeto a las reglas y principios del ordenamiento jurídico, incluso cuando actúa en el ejercicio de potestades que se han denominado discrecionales (potestad reglamentaria, organizativa, etc.) porque para ellas rigen al menos y de modo inexcusable, el principio de racionalidad. En este sentido, la "satisfacción del interés general", único fin que justifica toda acción administrativa lleva implícita la idea de racionalidad de manera que en ningún caso su invocación puede legitimar "procederes ilógicos, abusivos, arbitrarios"", de ahí que toda decisión discrecional esté "configurada en su propia esencia por el criterio de su concordancia racional con la noción de interés público"[352].

La Administración debe, pues, actuar racionalmente. Dicho esto, mayor interés y dificultad presenta determinar cuál es el concreto fundamento jurídico de esta afirmación - si es que existe - y qué significado tiene la racionalidad a la que está sujeta la actividad administrativa.

Por lo que se refiere al fundamento jurídico del deber de actuación racional de la

---

[351] FERNANDEZ, Tomás-Ramón, ¿Debe la Administración...?, op.cit., pág. 384, indica en este sentido que "nadie se atreve, por supuesto, a negar que la Administración debe actuar de un modo racional(...). El deber de actuar racionalmente es un principio político básico,(...), y está implícito en todas las doctrinas que, sin excepción alguna conciben y explican la Administración contemporánea como una organización racional".

[352] SAINZ MORENO, F., *Conceptos Jurídicos...*, op.cit., pág. 350.

Administración, hemos visto como SAINZ MORENO lo encontraba implícito en la propia idea de servicio al interés general que impregna la actuación administrativa. Debe tenerse presente que las líneas transcritas de este autor fueron redactadas con anterioridad a la Constitución de 1978. En nuestra opinión, tras la promulgación de la misma, el deber de actuación administrativa racional se encuentra recogido explícitamente en el nivel constitucional, en concreto en el art. 9.3, el cual garantiza "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Antes de abordar el análisis de este precepto constitucional, tiene interés recordar brevemente la gestación del mismo.

El introductor en España del concepto de interdicción de la arbitrariedad fue el profesor GARCIA DE ENTERRIA, quien mediante diversos trabajos publicados en la década de los años cincuenta realizó una labor de creación jurídica del mismo, entendiéndolo como un límite a la discrecionalidad administrativa en el ámbito de la potestad reglamentaria[353]. El mencionado autor se refiere a la interdicción de la arbitrariedad como una técnica de control de la discrecionalidad reglamentaria, caracterizándolo como un principio general del Derecho deducible del entonces vigente art. 17 del Fuero de los Españoles, que prohibía de forma expresa la interpretación o alteración arbitrarias de las normas. A partir de este precepto, GARCIA DE ENTERRIA elabora el concepto de interdicción de la arbitrariedad, que "es una evidente idea matriz del ordenamiento, remite, por ello mismo, al plano de valor de la justicia material, expresa con acierto que se trata de un auténtico control de fondo, que

---

[353] Los trabajos a los que se hace referencia son un recensión al libro de LEIBHOLZ *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, publicada en 1959 en la *RAP*, en el núm. 29, pp. 449 y ss., y los artículos "Recurso contencioso-directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", publicado en el mismo número de la mencionada revista, en las pp. 161 y ss., y "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", en el núm. 30 de la *RAP*, siendo ambos artículos recogidos con posterioridad en el libro *Legislación delegada...*, op.cit., pp. 237-267 y pp. 187-233, respectivamente, obra a la que se refieren las citas que se efectúan. Recientemente el mismo autor ha vuelto sobre el tema en "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? una nota", *RAP*, núm. 124, 1991, pp. 211 y ss., y *Democracia...*, op.cit., pp. 140 y ss.

se contrapone sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas, y tiene a la vez la misteriosa mezcla de precisión (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios) que es peculiar de los auténticos principios de derecho"[354]. Esta idea surge como un principio capaz de aglutinar otros principios generales del Derecho[355], los cuales, al margen de su funcionalidad independiente, encontrarían acomodo conjunto en este concepto *matriz* de interdicción de la arbitrariedad[356].

Con estos antecedentes legales y doctrinales, la inclusión de la interdicción de la arbitrariedad en el art. 9.3 de la Constitución de 1978 es el resultado de la labor como senador del profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, quien, como él mismo ha explicado, quiso incluir entre los principios de este precepto, mediante una enmienda personal que finalmente prosperaría, el concepto construido casi veinte años atrás por el profesor GARCIA

---

[354] GARCIA DE ENTERRIA, E., *Legislación delegada...*, op.cit., pp. 226 y 227.

[355] GARCIA DE ENTERRIA, E., *Legislación delegada...*, op.cit., pág. 225, "estos principios generales que el Tribunal Supremo ha utilizado de manera resuelta y sistemática, y que han quedado pormenorizados en nuestro análisis anterior de la doctrina de las sentencias, sin perjuicio de su validez general, en cuanto tales principios, sobre todo como técnicas de control de la discrecionalidad en cualquiera de sus manifestaciones, pueden centrarse, en cuanto a su aplicación específica a los Reglamentos, alrededor de un principio matriz que puede ser útil destacar, el principio de interdicción de la arbitrariedad". Vid. en pp. 227 y ss. un listado ejemplificativo de los principios incluibles en este concepto, aunque, como advierte el autor, se trata de una lista abierta, susceptible de ser ampliada con otros.

[356] Más recientemente, este mismo autor en *Democracia ...*, op.cit., pp. 140 y ss., insiste en esta idea referente a la consideración del principio de interdicción de la arbitrariedad como un principio matriz, al indicar que "jurisprudencia y doctrina no han hecho nunca de ese principio un principio abierto, informal y puramente estimativo en su aplicación, de modo que con su sola invocación el juez pudiera pasar a la decisión de su fallo; por el contrario, lo han reconducido siempre, como ocurre con todo concepto jurídico, a técnicas precisas, que se concretan en una serie de principios generales del Derecho perfectamente caracterizados y delineados: aparte de la desviación de poder formal, falta de motivo o de razón suficiente, proporcionalidad, apreciación inexacta de los datos de hecho de que se parte, buena fe, manipulación de los medios elementales de vida como instrumento coercitivo, etcétera".

DE ENTERRIA, como homenaje a éste pero también con "el deseo de abastecer en la mayor medida posibles modalidades de control, es decir técnicas jurídicas concretas, para someter a pautas jurídicas verificables el funcionamiento administrativo. Tantos años de insolencia del poder necesitaban numerosos y diversos correctivos, necesitaban la reprobación expresa, pero demandaban también las modalidades específicas que la técnica jurídica puede abastecer. Entendí que la mención por su nombre del principio de interdicción de la arbitrariedad era una opción saludable para una constitución democrática"[357].

Teniendo en cuenta estos antecedentes, tras la consagración del concepto en el vigente texto constitucional la cuestión que procede plantearse es cuál sea la naturaleza jurídica y el significado de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por lo que se refiere al primero de los aspecto mencionados, la doctrina ha afirmado mayoritariamente la condición de *principio general del Derecho* de la interdicción de la arbitrariedad, principio que, como hemos visto, ha adquirido rango constitucional[358]. Respecto a su significado,

---

[357] MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo, *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un Profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Akal, Madrid, 1984, pág. 66.

[358] En este sentido, vid. por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E., "¿Es inútil...?, op.cit., pp. 224 y ss., *Democracia...*, op.cit., pág. 140, y LEGUINA VILLA, J., "Principios Generales del Derecho y Constitución", *RAP*, núm. 114, 1987, pág. 31.

En contra de la postura mayoritaria se pronuncia GRANADO HIJELMO, I., "La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos", en HINOJOSA MARTÍNEZ, E., y GONZALEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Civitas, 1996, pág. 136, quien sostiene, partiendo de una tipología de normas constitucionales constituida por valores, principios, directrices y disposiciones, que "pese a que vulgarmente suele calificársela como *principio*, la norma constitucional de interdicción de la arbitrariedad es, en rigor, una *disposición directa prohibitiva*, no un valor ni un principio, una directriz u otro tipo de norma...", lo que supone que sea precisa una subsunción para la aplicación de la norma constitucional, subsunción que "requiere una previa operación de fijación del concepto jurídico indeterminado "arbitrariedad" que la Constitución toma como supuesto de hecho al que anuda la terminante consecuencia jurídica de su prohibición". Creemos, sin embargo, que la concepción principal de la interdicción de la arbitrariedad es la que mejor responde su esencia; lo que no es óbice para reconocer que, efectivamente, este principio establece una prohibición referida a conductas arbitrarias, aunque a la vez encierra un valor positivo tras esa prohibición, como se argumenta más adelante en el texto.

debemos precisar, en primer lugar, que este principio va dirigido a todos los poderes públicos. Como el TC se ha encargado de poner de relieve, la interdicción de la arbitrariedad es de aplicación, además de al poder ejecutivo, tanto al legislador como al poder judicial. En referencia al legislador, el TC ha declarado, de forma no muy precisa, que la actuación del legislador es arbitraria cuando engendra desigualdad[359], cuando el fin perseguido es constitucionalmente ilícito o inadecuado o existe desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido, existiendo un "sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza"[360], cuando lo establecido en la ley "carece de toda explicación"[361], o es "capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ora en situaciones personales que se crean o estimen permanentes"[362], no siendo suficiente la mera discrepancia política respecto de la opción elegida por el legislador al regular una materia para tachar a la misma de arbitraria, puesto que éste goza de una amplia configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de elección de representantes parlamentarios[363]. En relación con el Poder Judicial, el principio ha sido usado por el TC para establecer el deber de motivar las sentencias, así como el de vinculación a los propios precedentes, los cuales no pueden ser

---

[359] STC 27/1981, de 20 de julio.

[360] STC 66/1985, de 23 de mayo.

[361] STC 108/1986, de 26 de julio.

[362] STC 99/1987, de 11 de junio.

[363] STC 227/1988, de 29 de noviembre.

inaplicados a falta de una fundamentación suficiente y racional[364].

Sin embargo, y a los efectos del presente trabajo, nuestro interés debe centrarse en la virtualidad del principio en relación con la actividad administrativa. En referencia a ésta, el TC ha indicado que ""arbitrario" equivale a no adecuado a la legalidad, y ello tanto si se trata de actividad reglada - infracción de la norma - como de actividad discrecional - desviación de poder -, etc."[365]. Como puede apreciarse, se produce una equiparación entre arbitrariedad e infracción del ordenamiento jurídico, con lo que la interdicción de la arbitrariedad se referiría a cualquier vulneración del mismo. Esta caracterización del principio no aporta una mínima precisión técnica, que permita dotarlo de operatividad propia y deslindarlo de otras figuras. En esta necesaria línea de concreción de su significado, nos parece relevante la postura ya aludida de GARCIA DE ENTERRIA, puesto que la interdicción de la arbitrariedad se configura en la obra de este autor como un principio matriz, el cual englobaría diversos principios generales del Derecho[366]. No se trataría de que fuera equivalente a ningún otro principio, sino que, desde esta perspectiva, constituiría un concepto más general que acogería cualquiera de ellos. Aun siendo valioso -puesto que reduce la cuestión al ámbito de los principios generales del Derecho, excluyendo la consideración de elementos reglados de las decisiones administrativas - creemos que este enfoque no consigue dotar al concepto de una fuerza normativa propia, al aparecer como un pabellón donde se cobijarían otros principios. En esta línea parece moverse la jurisprudencia del TC referida a su aplicación al legislador, donde puede apreciarse la mezcla con los

---

[364] Vid. al respecto LEGUINA VILLA, J., "Principios...", op.cit., pág. 33. Vid. más adelante el epígrafe dedicado en el siguiente capítulo a la motivación de las decisiones administrativas y la conexión que allí se efectúa entre el mismo y el art. 9.3 CE.

[365] STC 27/1981, de 20 de julio.

[366] Vid. supra lo expuesto sobre la construcción del principio por el profesor GARCIA DE ENTERRIA.

principios de proporcionalidad e igualdad, confusión que, en referencia específica a este último ha llevado a RUBIO LLORENTE a plantear la identidad de razón entre arbitrariedad y discriminación, y, en consecuencia a entender equivalentes el principio de interdicción de la arbitrariedad y el de igualdad plasmado en el art. 14 CE[367].

Consideramos que el principio de interdicción de la arbitrariedad posee virtualidad intrínseca, atesorando una idea característica que lo diferencia del resto de principios constitucionales y lo hace útil en sí mismo. Ese elemento original lo constituye *la idea de racionalidad en la actuación administrativa*. La exigencia de racionalidad en el actuar administrativo está recogida en diversas normas jurídicas de nuestro ordenamiento. Al más alto nivel, el art. 45.2 de la Constitución impone a todos los poderes públicos la obligación de *velar* por "la *utilización racional* de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente", obligación de comportamiento racional que ha sido utilizada judicialmente para contrastar la ordenación efectuada de un recurso natural como es el suelo[368]. Pero no sólo la Constitución alude al valor de la racionalidad en el actuar administrativo. En el ámbito urbanístico, la Ley del Suelo de 1976 ya recogía el principio de racionalidad en la ordenación del uso del suelo, al señalar como una de las funciones comprendidas en la competencia urbanística la de "asegurar el *uso racional* del suelo en cuanto al mantenimiento de una densidad adecuada al

---

[367] Al respecto, vid. RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, pág. 679, recogiendo ideas suyas ya expuestas con anterioridad en "Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en AA.VV., *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 91 y ss. La réplica a este último trabajo por parte de GARCIA DE ENTERRIA puede hallarse en ¿Es inconveniente...?, op.cit., pp. 224 y ss.

[368] Es el caso de la STS de 18 de junio de 1993 (Ar. 4884), donde la sentencia de instancia maneja en el Fundamento de Derecho Sexto, aceptado por el TS, el art. 45.2 CE al que cita expresamente y utiliza para comprobar si una decisión administrativa se ajusta al deber en él establecido, afirmando que "no se cumple tal misión autorizando en la zona edificios que desentonan con el lugar, empobreciendo el paraje y limitando espacios y vistas al mar".

bienestar de la población". En la misma línea, el artículo 15 de la LS indica que "los terrenos clasificados como suelo no urbanizable, o denominación equivalente atribuida por la legislación autonómica, no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la *utilización racional* de los recursos naturales, conforme a lo establecido en la legislación urbanística y sectorial que los regule, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente". También en la legislación autonómica pueden hallarse numerosos ejemplos del principio de actuación racional en el ámbito de la utilización del suelo, entre los que pueden mencionarse el art. 1 de la Ley Asturiana 1/1987, de 30 de marzo, de Ordenación del Territorio[369], el art. 2 de la Ley Canaria 5/1987, de 7 de abril, de ordenación urbanística del suelo rústico[370], o el art. 13 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo[371]. En referencia más amplia a todos los recursos naturales, la Ley gallega 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental, consagra en su art. 2 c) entre los *principios* que la inspiran el de "*utilización racional* y de defensa de los recursos naturales y el paisaje, que constituyen el patrimonio natural de Galicia, al objeto de que *su utilización se realice de manera racional...*".

Fuera del ámbito urbanístico, el art. 38.1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, el cual establece que "la planificación hidrológica tendrá por objetivos generales

---

[369] "La presente Ley tiene como finalidad establecer los principios básicos y crear los instrumentos necesarios para la coordinación de la política territorial y la ordenación del espacio del Principado de Asturias al objeto de favorecer *una utilización racional del territorio asturiano* y proteger el medio ambiente, mejorar la calidad de vida y contribuir al equilibrio territorial".

[370] "La ordenación territorial y la urbanística procurarán *la utilización racional* y la debida protección y mejora del suelo rústico..."

[371] "La ordenación del Territorio es una función pública de gobierno del territorio para *la organización racional* y equilibrada *de su utilización* y, en general, de los recursos naturales, que propicie la cohesión e integración social de la Comunidad de Madrid".

conseguir la mejor satisfacción de las demandas de agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y *racionalizando sus usos* en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales". Finalmente, entre estos ejemplos normativos que se traen aquí a colación debe tenerse en cuenta el art. 90.1 de la LBRL, el cual indica que la aprobación por las Corporaciones locales de las plantillas donde se comprendan todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, deberá efectuarse de conformidad a "los principios de *racionalidad*, economía y eficacia".

Este deber de actuación racional ha sido también destacado por la jurisprudencia del TS, especialmente en referencia a la ordenación urbanística, ámbito en el que se ha afirmado que "nadie pone en duda que la fijación de la extensión y de la entidad de las dotaciones ha de obedecer a los criterios de *uso racional del suelo*"[372], que uno de los criterios que debe tomar en cuenta el planificador al ordenar la ciudad es "la utilización *racional* del suelo"[373], y que "la concreta calificación de los terrenos está en función de los criterios y finalidades perseguidos por el planificador para una adecuada ordenación de la ciudad, teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad y la utilización *racional* del suelo"[374]. Obligación, pues, de proceder racionalmente en la asignación de usos a los recursos naturales. Comportamiento racional que no debe limitarse a este ámbito, puesto que precisamente, el art. 9.3 CE lo contempla como un deber generalizado en todo actuar administrativo. El principio de interdicción de la arbitrariedad supone la prohibición de actuaciones irracionales,

---

[372] STS de 29 de noviembre de 1988 (Ar. 8371).

[373] STS de 27 de febrero de 1995 (Ar.1081).

[374] STS de 27 de febrero de 1995 (Ar.1081).

equiparándose la arbitrariedad a la irracionalidad[375]. Este es el sentido que la jurisprudencia del TS ha otorgado reiteradamente a este principio, especialmente en el ámbito del urbanismo, donde en numerosas sentencias se ha afirmado que este principio "aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones de no resulten justificadas"[376]. Pero, a la vez, este principio consagra un *valor jurídico* que se percibe como evidente en las sociedades modernas[377], el de la *racionalidad*

---

[375] A esta acepción más específica del concepto se refiere FERNANDEZ,Tomás-Ramón, "De nuevo...",op.cit., pág. 589, al indicar que "en un sentido más concreto, arbitrario y, por lo tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de o ajeno a toda razón capaz de explicarlo". Vid. del mismo autor, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, 2ª ed., pág. 243, donde se insiste en la misma idea, al señalar que arbitrariedad es "la antítesis de racionalidad". En idéntico sentido, IGARTUA SALAVERRIA, J., "Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial", *RVAP*, núm. 46, 1996, pág. 98.

[376] En este sentido, entre otras muchas, STS de 20 de enero de 1992 (Ar. 715). Vid. una referencia a esta jurisprudencia en DELGADO BARRIO, J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 98 y ss., DE VICENTE, D., *Las alteraciones del planeamiento urbanístico*, La Ley, Madrid, 1994, pp. 165 y ss., PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 181 y ss, y TRAYTER JIMENEZ, J.M., *El control del planeamiento urbanísitico*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 443 y ss.

[377] Sobre la plasmación de los valores jurídicos de una sociedad en los principios generales del Derecho, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., *Reflexiones...*, op.cit., pp. 29 y ss., y BELADIEZ ROJO, M. *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 29: "Una vez que en una determinada sociedad se ha consolidado la idea de que la soberanía reside en el pueblo, parece lógico que el Derecho se fundamente en sus convicciones jurídicas, pues es de la comunidad de donde surge todo el poder jurídico. Los principios jurídicos serían así los valores jurídicos propios de esa sociedad".

En referencia a la racionalidad como valor jurídico de las sociedades modernas, vid. AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable*, CEC, Madrid, 1991, pág. 251: "las raíces de la racionalidad se encuentran en nuestra cultura, es decir, en las formas como usamos este concepto en el lenguaje ordinario. Nuestra forma de vida está construida de manera tal que esperamos que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas. En este sentido, la racionalidad es un hecho intersubjetivo (supraindividual) dado en nuestra cultura. Tomemos un ejemplo. Todas las interpretaciones presentadas por A son totalmente incoherentes en todo respecto. ¿Qué pensamos acerca de A? Nos sentimos inclinados a decir que A está loco o que pertenece a una cultura que nos es desconocida. Nos es imposible entenderlo. La forma coherente de pensar está tan enraizada en nuestra cultura que la usamos como pauta cuando evaluamos el comportamiento de otras gentes. En este sentido, el concepto de coherencia es un elemento necesario de nuestro concepto común de racionalidad. Pertenece a la base de la comunicación humana. Nuestra vida social y nuestra interacción comunicativa funcionan sólo si esta precondición está satisfecha. Por ello, sería correcto decir que la reconstrucción de la racionalidad sólo explicita algo que está profundamente oculto en

del actuar administrativo. Este valor jurídico contenido en este principio ha sido señalado por la jurisprudencial del TS, la cual se refiere a que el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 "aspira a que *la actuación de la administración sirva con racionalidad los intereses generales*"[378], derivándose del mismo la exigencia de que las decisiones hayan de ser "coherentes y *racionales*"[379], afirmándose en esta línea "la *racionalidad* exigible desde el punto de vista del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"[380], destacando en este sentido que "interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución) no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto *necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación*"[381]. En definitiva, "la racionalidad es una exigencia del ordenamiento jurídico y, más concretamente, del principio de interdicción de la arbitrariedad"[382], el cual establece un mandato-prohibición: el mandato de que la Administración actúe racionalmente y la prohibición de comportamiento irracionales[383]. Por ello, este principio convierte en

---

el uso lingüístico común de la gente occidental con mentalidad moderna".

[378] STS de 11 de junio de 1991 (Ar. 4874).

[379] STS de 27 de febrero de 1987 (Ar. 3378).

[380] STS de 21 de febrero de 1994 (Ar. 1455).

[381] STS de 17 de abril de 1990 (Ar. 3644).

[382] DE VICENTE, D., *Las alteraciones*..., op.cit., pág. 190. En idéntico sentido, GRANADO HIJELMO, I., "La interdicción...", op.cit., pág. 170, quien equipara interdicción de la arbitrariedad a exigencia de racionalidad en el actuar administrativo.

[383] En este sentido, y en referencia genérica a todos los principios generales del Derecho, vid. NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 40, y BELADIEZ ROJO, M., *Los principios*..., op.cit., pp. 83 y ss., quien alude al mandato jurídico derivado de los mismos consistente en el deber de respetar el valor jurídico en ellos contenido, sin que pueda actuarse en su contra.

deseable una finalidad u objetivo, que el modo de actuar administrativo sea racional[384], imponiendo una *directiva* de actuación a la Administración pública, un *deber positivo* de comportamiento[385] para la consecución del valor jurídico en él consagrado: el reto de una administración racionalizada, parafraseando el título de una conocida obra de un importante autor español[386]. En este sentido, debe recordarse la jurisprudencia constitucional, la cual en diversas ocasiones ha destacado la distinta vinculación de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución, dado que "una interpretación sistemática del texto constitucional derivada de los principios que la inspiran, y en particular del art. 9.1..., se deriva que la sujeción a la Constitución, entendida como deber negativo de no actuar contra ella, se aplica a todos y que esta sujeción actúa como *deber positivo de obrar con arreglo a la misma*, respecto de quienes son titulares de poderes públicos..."[387]. En consecuencia, aparece claro *el deber constitucional de la Administración Pública de actuar racionalmente en su servicio a los*

---

[384] LEGUINA VILLA, J., "Principios...", op.cit., pág. 13, indica respecto de los principios constitucionalizados, entre los que se halla el de interdicción de la arbitrariedad, que son "normas finales y permanentes, en el sentido de que, por una parte, señalan los objetivos a alcanzar por el ordenamiento constitucional y, por otra, definen las reglas básicas de organización y funcionamiento del sistema jurídico...".

[385] En relación a las distintas funciones cumplidas por los principios generales del Derecho, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 350, se refiere a una función *directiva* general de los principios, función a la que también se refiere PRIETO SANCHIS, L., *Sobre principios y normas. Principios del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pág. 155, donde al citar las distintas funciones normativas de los principios alude, citando a BOBBIO, a un función directiva "que orienta la actividad del legislador o de otros operadores a la hora de adoptar una decisión o de dotar de contenido a una norma". En referencia específica al principio de racionalidad derivado del art. 9.3 CE, DE VICENTE, Domingo, *Las alteraciones...*, op.cit., pág. 190, indica que toda potestad administrativa está delimitada por la idea de la racionalidad, la cual vincula positivamente a la Administración.

[386] Se alude así, como es obvio, al trabajo de MARTIN-RETORTILLO, S., *El reto de una Administración racionalizada*, Civitas, Madrid, 1983.

[387] STC 122/1983, de 16 de diciembre. En idéntico sentido, STC 101/1983, que destaca que los titulares de los poderes públicos tienen un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución. Vid. una referencia a esta doctrina del TC en LEGUINA VILLA, J., "Principios...", op.cit., pp. 18 y 19.

intereses generales, obligación derivada del principio contenido en el art. 9.3 CE. Como ha indicado Tomás-Ramón FERNANDEZ, no es posible afirmar que "la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos se agota en una pura negación, de la que no pueden extraerse otras consecuencias", sino que, bien al contrario, "la prohibición de arbitrariedad incorpora así un contenido positivo al exigir razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones, esto es, la voluntad, de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos", voluntad que debe ser racional[388].

Comprobada la existencia de un deber de comportamiento racional de la Administración en el desarrollo de su función, es preciso avanzar un paso más e intentar determinar qué significa esa exigencia de racionalidad. En esa línea, sería preciso distinguir, en primer lugar, la *racionalidad formal* de la *racionalidad material*. La primera, en la conocida elaboración de WEBER[389] sería la que tiende a la vinculación jurídico-formal más precisa y que favorece en mayor medida el cálculo de probabilidades, puesto que se basa en la aplicación automática de las normas. La segunda, en cambio, tiende a lo que mejor satisface, desde el punto de vista del contenido, de la substancia, las exigencias prácticas, utilitarias y éticas. La racionalidad formal es la que impregna la visión weberiana de la actividad administrativa, entendida como subsunción de los hechos en la norma y aplicación automática de la misma, de conformidad con el esquema propio de la lógica deductiva que debe impregnar la administración burocrática, la cual según esta caracterización "es a tenor de toda la experiencia la forma *más racional* de ejercerse una dominación; y lo es en los sentidos siguientes: en precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y los interesados; intensidad y extensión en el servicio;

---

[388] FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad...*, op.cit., pp. 240, 243 y 245.

[389] WEBER, M., *Economía...*, op.cit., pp. 603 y ss.

aplicabilidad formalmente universal a toda suerte de tareas; y susceptibilidad *técnica* de perfección para alcanza el óptimo en sus resultados"[390]. Esta racionalidad administrativa formal se basa en la aplicación mecánica de la regla: siendo ésta racional, también el comportamiento administrativo debe serlo. Sin embargo, tal visión del actuar administrativo, que ha adquirido ya la solidez de un mito, sólo tiene sentido en la actualidad en el ámbito de las potestades regladas, no en los casos en los que el ordenamiento jurídico abre espacios decisionales a la Administración[391]. Cuando tal cosa sucede, y como vimos en su momento se trata de un fenómeno de progresiva importancia, se produce una *materialización* del Derecho, una pérdida de precisión de las normas y en consecuencia un decrecimiento del nivel de racionalidad formal. Ésta, entonces, deja paso a una racionalidad material, en la que deben ser tenidos en cuenta valores y criterios extrajurídicos[392]. El principio de racionalidad del art. 9.3 CE adquiere auténtica relevancia en este campo, al imponer, en relación con los supuestos de valoraciones metajurídicas, la idea de comportamiento racional, que permita garantizar soluciones *razonables*, utilizando este concepto en el sentido visto con

---

[390] WEBER, M., *Economía...*, op.cit., pág. 178.

[391] OFFE, C., "Criterios de racionalidad...", op.cit., pág. 12: "mientras en el primer modelo (burocrático) los *inputs* desempeñan la función de únicos "impulsores" determinantes de los posibles *outputs*, en el tipo de estructura político-administrativa del Estado Social, se sitúan en primer lugar los resultados proyectados de la actividad administrativa (tareas o su realización) como criterios de evaluación de las actividades y decisiones internas administrativas: depende de ellos cada impulso que hay que tratar de conseguir y de aprovechar. La eficacia no se define aquí ya por el seguimiento de reglas, sino por el logro de resultados o la realización de funciones. Desde el punto de vista de tareas concretas de ordenación, la Administración tiene que mantener variables sus propios impulsos y premisas, siendo eficaz en la medida en que lo consiga; las premisas de la actividad administrativa ya no son *reglas* a cumplir a rajatabla, sino *recursos* a utilizar desde el punto de vista de su adecuación para ciertas tareas".

[392] ATIENZA, M., "Sobre el control...", op.cit., pág. 18, ha puesto de relieve que "el Derecho de las sociedades democráticas avanzadas no puede guiarse únicamente por una racionalidad tan limitada como la racionalidad formal, sino que necesita contar con un modelo complejo de racionalidad práctica que incorpore también la dimensión instrumental (finalista) y la moral (referida a los fines últimos)".

anterioridad. Al no venir ya la solución establecida totalmente en la norma, la cual llama a la Administración o al Gobierno para que procedan a su determinación, el modo como se adopta la decisión discrecional se convierte en un elemento esencial de garantía de la racionalidad.

SIMON ha destacado como el comportamiento administrativo racional está conectado a la buena administración, señalando que la racionalidad exige: a) un listado de alternativas; b)la determinación de las consecuencias asociadas a esos distintos cursos de acción u omisión; c)la valoración comparativa de esas consecuencias. Ello supone la necesidad de tener información disponible sobre la situación actual existente y sobre las hipotéticas consecuencias de las alternativas manejadas, así como la realización de una evaluación mediante el uso de un sistema de valores determinado[393]. En el desarrollo de ese comportamiento racional, entendemos que el procedimiento administrativo actúa como una útil institución, como será detalladamente expuesto en su momento.

Ahora bien, y esta precisión es importante, si bien el comportamiento administrativo ha de ser racional, esta racionalidad no es de tipo *absoluto*, sino *limitado*. A nuestro entender, la racionalidad exigida por el art. 9.3 CE es una racionalidad limitada, en el sentido de que no postula una racionalidad utópica, consistente en el análisis de absolutamente todas las alternativas de conformidad conforme a un criterio perfectamente adecuado para obtener con seguridad la mejor de las decisiones, sino que exige una racionalidad limitada, conforme a las posibilidades del órgano decisor en la concreta situación, que implica la necesidad de análisis y reflexión antes de decidir[394].

---

[393] SIMON, HERBERT A., *Administrative...*, op.cit., pp. 72 y ss.

[394] Sobre la distinción entre estas dos racionalidades, vid. FIELDMAN,M., "Social limits to Discretion: An organizational perspective", en HAWKINS, K (Dir), *The uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 167 y ss., SUBIRATS, J., *Análisis de políticas públicas y*

Diversos autores han puesto de relieve la incapacidad del ser humano para efectuar la elección óptima y descubrir en abstracto la mejor solución, puesto que "il se trouve en effet dans l´impossibilité intellectuelle et matérielle d´appréhender tous les choix possibles qui s´offrent à lui: d´une part, il ne dispose pas des moyens de connaissance indispensables à cet effet, d´autre part, il raisonne "sequentiellement", c´est-à-dire en choissant "pour chaque problème qu´il à a rédoudre la première solution qui correspond pour lui au seuil minimal de satisfaction""[395]. SIMON ha destacado que la racionalidad administrativa ha de ser, necesariamente, una racionalidad limitada, puesto que la capacidad humana sólo permite conocer de forma fragmentaria las consecuencias de las alternativas manejadas, que, por otro lado, no son *todas* las posibles, sino sólo algunas pausibles. El administrador no busca la mejor alternativa, sino una suficientemente buena. El administrador no toma en consideración *absolutamente todas* las circunstancias, sino sólo los factores del caso más relevantes y cruciales. En definitiva, el administrador público no maximiza, sino que satisface necesidades, acudiendo, cuando es necesario, a su *intuición*, es decir, al uso de su experiencia personal y de su preparación específica, factores que permiten la acumulación en la memoria de una gran cantidad de conocimiento, el cual facilita el rápido manejo de alternativas y la acertada decisión[396].

---

eficacia de la Administración, MAP, Madrid, 1989, pp. 78 y ss, y MENY, I. y THOENIG, J.C., *Las políticas Públicas*, Ariel, 1992, pp. 139 y ss., los cuales destacan en la pág. 143 que "la actividad del decisor consiste en recordar y explorar el pequeño número de alternativas de que dispone, que conoce o que le parecen aceptables a él y a terceros. Minimiza la búsqueda y el análisis de las alternativas. Seguidamente adopta un criterio de juicio razonable, mezcla de racionalidad y de intuición. Finalmente, en el conjunto de alternativas exploradas, se detiene en la primera solución que les parece satisfactoria a él y a los demás. No busca lo mejor o lo óptimo; se contenta con evitar lo peor o menos razonable. Quien decide concilia factores de dos órdenes diferentes".

[395] TIMSIT, G., *Théorie de l´Administration*, Económica, Paris, 1986, pág. 192.

[396] SIMON, HERBERT A., *Administrative...*, op.cit., pp. 92 y ss. y 118 y ss. Vid. también LINDBLOM, C., "The science of "Muddling through"", *Public Administration Review*, num. 19, 1959, pp. 79 y ss.

No es posible, pues exigir una racionalidad absoluta a los órganos administrativos decisores, siendo bastante una racionalidad limitada, entendida, es importante destacarlo aquí, en el sentido de *deber de colocarse en la mejor situación para adoptar la más racional solución posible*; su deber de racionalidad se concreta entonces en la obligación de buscar "en tout cas *à adopter l´attitude* la *plus rationelle possible* au regard du *contexte particulier* dans lequel ils agissent"[397].

En definitiva, el principio constitucional de racionalidad administrativa tiene su campo de aplicación primordial en el ámbito de las decisiones discrecionales, en las que el juego de la racionalidad formal no es suficiente y es preciso completar con criterios de racionalidad material la actividad administrativa[398]. Este principio es incapaz de determinar la solución aplicable al caso, puesto que "no existe un canon único de racionalidad en las decisiones colectivas complejas, que deben armonizar múltiples y contrapuestos intereses sociales"[399], pues, como en su momento se argumentó, no existe una única solución racional aplicable en la elección valorativa de la alternativa adecuada al interés general. Lo que sí aporta este principio es la exigencia de que la elaboración de la decisión discrecional sea (limitadamente) racional, en el sentido de análisis reflexivo y ponderación efectiva de la información y alternativas manejables en el caso concreto, para, de esa manera, lograr la solución más racional y razonable posible en función de la situación[400]. En este sentido, MAcCORMICK

---

[397] TIMSIT, G., *Théorie...*, op.cit., pág. 192.

[398] CHEVALLIER, J. y LOSCHAK, D., "Rationalité juridique et...", op.cit., pp. 76 y ss., ponen de relieve como ambas racionalidades no son incompatibles sino que, bien al contrario, ambas deben ser complementarias.

[399] PAREJO, A., *Administrar...*, op.cit., pág. 38.

[400] Sobre la racionalidad y su relación con el conocimiento que se tiene de las circunstancias que influyen en la decisión vid. CARACCIOLO, R.A., "Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva", *DOXA*, 4, 1987, pp. 145 y ss, especialmente pág. 146.

sostiene que la racionalidad es una virtud *limitada* pues "no es algo que pueda determinar la opción entre posibilidades igualmente racionales", dado que entonces entran en juego elementos valorativos que van más allá de la racionalidad, pero también es una virtud *fundamental*, entendida en el sentido de "*cálculo* de la adecuación de los medios a los fines y en la sistematización de principios de opción entre razones potencialmente en conflicto dentro de un sistema consistente y coherente", de "*estudio* cuidadoso" antes de adoptar decisiones, cuya ausencia o déficit conduce a actuaciones irracionales "por precipitación, o por miedo, o por ira, o por ignorancia del verdadero estado de cosas"[401]. Como veremos, el procedimiento administrativo debe representar un papel de primer orden en el logro de esta racionalidad en el actuar administrativo.

---

[401] MAcCORMIK, N., "Los límites...", op.cit., pp. 16 y ss.

2. **La Administración debe actuar de forma objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica**.

Junto al deber constitucional de actuar racionalmente, la Administración está obligada a respetar otros deberes de actuación, deberes que derivan de los arts. 103.1 y 31.2 CE.

Respecto al primer precepto constitucional, se ha dicho que es el precepto cabecera del Derecho Administrativo, del que debe partir la moderna construcción dogmática del mismo[402], señalándose que, junto con los arts. 97 y 106.1 CE, contiene las líneas maestras y fundamentales de la definición y configuración constitucional del aparato administrativo[403]. Sin embargo, creemos que no se extraido de este artículo toda la virtualidad jurídica encerrada en él. Junto a las opiniones expuestas, no faltan voces que reducen su importancia, limitándola al ámbito estático de lo puramente organizativo, la perspectiva que hasta el momento más ha llamado la atención doctrinal[404], o negándo la virtualidad jurídica de algunos de los principios en él consagrados[405].

---

[402] SANCHEZ MORON, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 99 y 110.

[403] Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, 1983, pp. 121 y ss., "Objeto...", op.cit., pág. 22, y *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, 1995, espcialmente pp. 61 y ss.

[404] En este sentido es revelador el título de la monografía de Manuel ALVAREZ RICO *Principios Constitucionales de la Organización de las Administraciones Públicas*, IEAL, 1986.

[405] En este sentido, vid. GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 1422 y ss., donde se indica que el artículo 103.1 alude a principios de organización contradictorios entre sí, no teniendo alguno de ellos como el de eficacia ninguna consecuencia jurídica. En la mísma línea, BAENA DEL ALCAZAR, M., en su comentario al precepto en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir), *Comentarios...*, op.cit., pp. 250 y ss., cuyo título ("La organización y la función pública") es ya bastante revelador, a pesar de que con posterioridad apunta algunas ideas en torno a la incidencia del art. 103.1 en la actuación administrativa. Este autor, al igual que GARRIDO, niega que del principio de eficacia se desprenda "ninguna consecuencia en la práctica ni para la comprensión de lo que sea la Administración pública ni para el valor jurídico de sus actos y la garantía del ciudadano frente a ellos" (pág. 273).

En nuestra opinión, efectivamente el art. 103.1 CE tiene una importancia capital y no sólo a efectos organizativos. Como a continuación se expondrá, entendemos que de este precepto de deducen una serie de deberes de comportamiento administrativo[406], los cuales constituyen útiles pautas orientativas del actuar de la Administración, especialmente cuando ésta toma decisiones discrecionales. La importancia del artículo se ve acrecentada si, como se verá, se procede a interpretar sistemáticamente el texto constitucional, conectándolo con otros preceptos, como el 149.1.18, en su referencia al procedimiento administrativo común, o el 105, partiendo de la premisa, reiteradamente afirmada por nuestro TC, de que la Constitución es un conjunto normativo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación con los demás, lo que postula, inexcusablemente, una interpretación sistemática de la misma[407].

Efectivamente, el art. 103.1 CE contiene una serie de pautas sobre el modo en que la Administración pública debe desarrollar su actividad de servicio a los intereses generales,

---

[406] Aplicables a todas las Administraciones Públicas, pues el TC ha declarado en diversas ocasiones que el art. 103.1 es aplicable a todas las Administraciones públicas (así, Sentencias 85/1983, de 25 de octubre, FJ 8, y 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 2), con lo que se ha resuelto cualquier duda al respecto. La misma postura sostiene el TS, por ejemplo en su sentencia de 16 de septiembre de 1988 (Ar. 6717), en la que se indica que este precepto "independientemente de la *sedes materiae* es aplicable a todas las Administraciones Públicas...". Sobre esta cuestión vid. BAENA DEL ALCAZAR, M., "La organización...", op.cit., pp. 258 y ss, quien se mostraba favorable a la extensión del preceptos a todas las Administraciones públicas en base al art. 149.1.18 CE (excepto respecto de las Administraciones de "otros ámbitos del Estado que no forman parte del complejo orgánico constituido por el Gobierno y la Administración que le está subordinada", poniendo como ejemplos la Casa Civil del Rey y el Patrimonio Nacional, las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional) y ALVAREZ RICO, M., *Principios...*, op.cit., pp. 35 y ss., donde se exponen las diversas posturas alrededor del tema. En nuestra opinión, y sobre la base de la jurisprudencia constitucional aludida, disentimos de la opinión de BAENA DEL ALCAZAR, por cierto carente de fundamentación jurídica, puesto que no alcanzamos a comprender por qué va a excepcionarse en los casos citados el art. 9.1 CE y la superlegalidad material del texto constitucional.

[407] En este sentido, vid. por todos, LEGUINA VILLA, J., "Principios...", op.cit., pág. 18., ALONSO GARCIA, E., *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pp. 492 y ss., y SAINZ MORENO, F., voz "Interpretación jurídica", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 3700 y ss.

señalando que ésta debe ser ejercida de forma objetiva, eficaz y coordinada[408]. Respecto a su naturaleza jurídica, el art. 103.1 predica la condición de "principios" para la eficacia y la coordinación, siendo la opinión doctrinal mayoritaria la de que nos encontramos cuando nos referimos a la totalidad de este precepto ante principios generales del Derecho, postura que parece ser reafirmada en el art. 3 de la LRJPAC, cuyo encabezamiento es el de "principios generales", que incluye en su apartado primero los mismos conceptos aludidos en la Constitución[409]. En referencia en concreto a la eficacia, esta ha sido la caracterización dada por el TC[410], el cual ha señalado que la misma es "... un principio esencial

---

[408] En este precepto también se alude a los principios de jerarquía, descentralización y desconcentración, pero éstos no van a ser objeto de nuestra atención, centrada en el procedimiento de adopción de decisiones discrecionales, puesto que su virtualidad opera preferentemente en el ámbito estático organizativo, respecto a la distribución del poder, no en el dinámico o procedimental, referido a cómo se ejerce ese poder. En este sentido, vid. PAREJO ALFONSO, L., *Estado social...*, op.cit., pp. 136 y 137.

[409] Consideran a las figuras contenidas en el art. 103.1 CE principios generales del Derecho LEGUINA VILLA, J., "Principios...", op.cit., pág. 12, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 482, y, en relación especifica a la eficacia, PAREJO ALFONSO, L., "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública", *D.A.*, 218-219, 1989, pp. 15 y ss. En cambio, otros autores sostienen que en el caso de la eficacia no estaríamos ante un principio sino ante una directriz, en la denominación ya aludida de ALEXY equivalente a la de *policy* utilizada por DWORKIN. En este sentido, GRANADO HIJELMO, I., "La interdicción...", op.cit., pág. 130, y ATIENZA, M., "Sobre...", op.cit., pp. 12 y 13, fundamentando su afirmación de la siguiente manera: "Cuando se trata de un principio en sentido estricto (y la interdicción de la arbitrariedad lo es), su aplicación en un caso individual presupone una tarea previa de ponderación (en relación con otros principios y reglas) para examinar si el principio en cuestión prevalece en ese caso; pero una vez determinado esto, el principio exige un cumplimiento pleno: lo que ordena es no actuar de manera arbitraria (o no discriminar, no afectar la dignidad de las personas, etc.), y no simplemente procurar en la mayor medida posible actos arbitrarios (o bien discriminatorios o que supongan una merma de la dignidad humana, etc.). Por el contrario, en el caso de las directrices (la eficacia de la acción administrativa es un claro ejemplo de directriz) la idea de optimización parece cobrar pleno sentido: la Administración debe procurar, en la mayor medida posible y dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, actuar de manera eficaz. Por lo demás, mientras que las directrices generan razones de tipo instrumental o estratégico, de los principios en sentido estricto derivan razones de corrección (a las que, lógicamente están subordinadas las primeras), de manera que no tendría sentido, por ejemplo, sostener que la interdicción de la arbitrariedad debe limitarse simplemente por razones de eficacia en el funcionamiento de la Administración".

[410] En este sentido, STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4,("... el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse el de eficacia con sometimiento pleno a la ley y al Derecho"), STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 2 ("... el principio de eficacia

sancionado constitucionalmente en el art. 103.1 de la propia Carta fundamental, que debe presidir junto con otros que ahora no hacen al cas, toda actuación de la Administración pública...". Lo que significa, como vimos sucedía en el caso del principio de interdicción de la arbitrariedad, que los principios del art. 103.1 CE - así como los del art. 31.2 CE - suponen la consagración de una serie de valores jurídicos referidos a la organización y, en lo que ahora nos interesa, al modo de desarrollarse la función administrativa, al procedimiento administrativo en suma. Es decir, los arts. 103.1 y 31.2 CE establecen mandatos, deberes jurídicos de actuación, o, en otras palabras, obligaciones de medios. La constitución establece, pues, como quiere que la Administración realice su función de servicio al interés general. Así, en referencia específica al principio de eficacia pero con razonamiento extensible al resto, la citada STC 178/1989, de 2 de noviembre, afirma en su FJ 3 que "es, además un *mandato* para la Administración, en la medida en que ésta *ha de actuar "de acuerdo" con él* (art. 103.1 CE)". Deberes que, en conexión con el procedimiento, como veremos, tienen singular importancia cuando se trata de ejercer poderes discrecionales.

Existencia en la Constitución, pues, de deberes positivos, de pautas orientativas para la Administración en la toma de decisiones discrecionales. Procede ahora intentar desarrollar el significado último de estas obligaciones constitucionales.

---

administrativa..., que debe predicarse no sólo de cada Administración pública, sino del entero entramado de los servicios públicos...), y STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5.

a) El deber de desarrollo de la actividad administrativa de forma objetiva.

Mientras el primer apartado del art. 103 CE establece el deber de la Administración de servir a los intereses generales "con *objetividad*", el apartado tercero del mismo precepto señala que la ley deberá regular "las garantías para la *imparcialidad*" en el ejercicio de las funciones que corresponde desarrollar a los funcionarios públicos. Aparecen, pues, en la constitución los conceptos de objetividad e imparcialidad, nociones a los que la doctrina ha conectado la idea de *neutralidad*. Debemos, entonces, ante todo intentar averiguar si todas estas nociones son o no equivalentes, y en caso de que no los sean tratar de precisar su significado, dado que como ha sido destacado por SANTAMARIA PASTOR, "qué cosa significan estos conceptos de objetividad e imparcialidad es algo que cualquier jurista aprehende intuitivamente. Concretar este significado, sin embargo, se revela de inmediato como una tarea cargada de problemas. No está claro, en primer término, si imparcialidad y objetividad son sinónimos o, antes bien, designan principios diversos. Tampoco lo está si uno y otro concepto equivalen al de neutralidad política o despolitización de la Administración (sin que se sepa muy bien, adicionalmente, en qué consista ésta) y, en caso negativo, cuáles sean las relaciones entre todos estos términos"[411].

---

[411]SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 249.

a.1) **La distinción entre neutralidad, principio de imparcialidad y principio de objetividad**.

Si efectuamos una primera aproximación al tema desde una perspectiva etimológica[412], constatamos que según el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia[413], objetividad es la "cualidad de objetivo", figurando entre las acepciones pertinentes al caso del término objetivo las de "perteneciente o relativo al objeto en sí y no a nuestro modo de pensar o de sentir", "desinteresado, desapasionado" y aquello "que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce". A su vez imparcial es "que juzga o procede con imparcialidad", definiéndose imparcialidad como "falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud". Finalmente, siendo la neutralidad la "cualidad o actitud de neutral", neutral aparece entonces como lo "que no es ni de uno ni de otro; que, entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas". Palabras todas ellas, como puede apreciarse, de gran similitud, lo que conduce a que sean consideradas sinónimos[414]. Sin embargo, en primer lugar, similitud no significa identificación total de significados y, en segundo lugar, debe tenerse presente que la inserción de un término en un texto jurídico, en este caso el Texto Fundamental, puede provocar una mutación en su significado, teniendo presente además la interpretación sistemática que debe utilizarse en la fijación del significado de los

---

[412] Consideramos que la misma es inexcusable, ya que, como ha sido puesto de relieve por SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pp. 97 y ss., el lenguaje jurídico es el mismo lenguaje ordinario, aunque usado con una finalidad jurídica.

[413] La edición manejada es la vigésimo primera, de 1992.

[414] En este sentido, vid. por ejemplo el *Diccionario de sinónimos y contrarios*, Teide, Barcelona, 14ª ed., 1991. Para un análisis etimológico de estas palabras en lengua francesa, vid. KONDYLIS, V., "La notion de neutralité de la fonction publique", *ERPL*, vol. 7, nª 2, 1995, pág. 358, donde se pone de relieve la similitud entre estas tres palabras.

términos jurídicos[415]. Partiendo de estas premisas, vamos a proceder en primer lugar a analizar las opiniones doctrinales sobre el tema, para posteriormente exponer la virtualidad del principio de objetividad en relación con el desarrollo de la función administrativa.

En primer lugar, existen opiniones que identifican los significados de objetividad, imparcialidad y neutralidad, refiriéndolos a las *relaciones entre Gobierno y Administración Pública*. Así, en la conocida formulación de GARRIDO FALLA, "*objetividad*, término que se emplea en el párrafo primero del artículo 103; *imparcialidad*, en el párrafo 3 del propio artículo, demuestran la preocupación de los redactores de la Constitución por garantizar lo que hemos llamado "neutralidad política de la Administración".(...). Aquí nos basta con subrayar que la neutralidad política de la Administración determina en ésta una forma típica de actuar, en cuanto institución, a la que en otra ocasión he llamado la "eficacia indiferente""[416]. En la misma línea de identificación entre objetividad e imparcialidad se sitúa Tomás-Ramón FERNANDEZ, si bien este autor introduce una matización importante al considerarlos conceptos relativos, dado que, en primer lugar, "el impulso que mueve a la organización es un impulso decididamente político que hace - o puede hacer - sentir su influencia no sólo en la fase de decisión, sino también dentro del propio proceso de preparación de ésta". Lo político y lo administrativo "forman un continuo a todos los niveles hecho de mutuas interacciones", por lo que "debe subrayarse que esa visión tópica de una administración neutral, mero aparato técnico de ejecución de unas decisiones que le llegan desde afuera y se le imponen, tiene mucho de simplista y de ingenua y no se corresponde en absoluto con la realidad. Todo el proceso administrativo - y empleo ahora la expresión en

---

[415] Vid. SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pp. 103 y ss.

[416] GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 1423 y 1424, y *Tratado...*, op.cit., pág. 62.

un sentido material y no propiamente jurídico - está inevitablemente impregnado de sustancia política y no es susceptible, además, de esterilización"[417]. También GARCIA DE ENTERRIA ha destacado la importancia de los principios de objetividad e imparcialidad, conectados con la idea de neutralidad política - usando todos estos términos de forma indistinta -, los cuales actuarían en la esfera de las relaciones entre la Administración y el Gobierno y propugnarían "la necesidad de separar, en alguna medida, el plano estrictamente político y el administrativo, sin perjuicio de la dirección política general que corresponde, sin ninguna duda, al Gobierno (art. 97)"[418].

Desde esta perspectiva, la cuestión se reconduce a la protección de la función pública "des diverses pressions provenant principalement du monde politique, c´est-à-dire du Gouvernement, des élus, des partis politiques et (à un moindre degré) du corps social en général", implicando entonces "une séparation de la Fonction publique et du politique", lo que no debe significar "l´ "autonomisation" de la Fonction publique et de la Administration du Gouvernement en place dont les décisions doivent s´appliquer. Le fait que, dans un pays démocratique, l´Administration doit être un "instrument" aux mains du pouvoir politique incite à trouver la meilleure solution entre la dépolitisation de la gestion de la Fonction publique et la nécessaire subordination, qui seule garantit la mise en oeuvre des décisions du Gouvernament responsable devant le peuple et, par conséquent, l´eloignement du danger technocratique qui fausse le jeu démocratique et constitue une dérive dangereuse pour les libertés des citoyens"[419]. En la misma línea de reflexión, la doctrina italiana otorga al

---

[417] FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Los principios constitucionales del procedimiento administrativo", en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol.I, Madrid, 1988, pág. 113.

[418] GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia...*, op.cit., pp. 104 y ss.

[419] KONDYLIS, V., "Neutralité...", op.cit., pp. 360 y ss.

principio de imparcialidad, como ya sabemos consagrado en el art. 97.1 de la Constitución, virtualidad en el ámbito de las relaciones entre Gobierno y Administración, donde actuaría como "regola di eliminazione della politicità indotta nella funzione amministrativa dalla presenza del potere governativo compresente ai suoi vertici"[420].

Sin ánimo de abordar en profundidad la cuestión de las relaciones entre Gobierno y Administración, lo que excedería del objeto del presente trabajo[421], y centrándonos en la virtualidad de los principios constitucionales que estamos analizando, el punto de partida debe necesariamente pasar por el art. 97.1 CE, el cual indica que el Gobierno "dirige (...) la Administración civil y militar", idea que se repite en los sistemas jurídicos de las Comunidades Autómas[422]. En conexión con este precepto constitucional, el art. 3.3 de la

---

[420] GIANNINI, M.S., *Diritto...*, op.cit., pág. 90. En el mismo sentido, vid. CASSESE, S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Giuffrè, Milán, 1973, pp. 27 y ss., y ALLEGRETTI, U., *L´imparzialità...*, op.cit., pág. 22.

[421] Sobre esta cuestión, aparte de los trabajos ya citados, puede consultarse en la doctrina española, entre otros, BAR CENDON, A., "La estructura y funcionamiento del Gobierno en España", en AA.VV., *El gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985, pp. 13 y ss., GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A., "Artículo 97. Funciones...", op.cit., pp. 49 y ss., PAREJO ALFONSO, L. et al., *Manual...*, op.cit., pp. 45 y ss., SAINZ MORENO, F., voz "Dirección política de la Administración", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2509 y ss., y "Principios...", op.cit., pp. 117 y ss., GONZALEZ PEREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed., pp. 407 y ss., LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas", *RAP*, núm. 130, 1993, pp. 119 y ss., SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pp. 237 y ss., y "Gobierno y Administración: una reflexión preliminar", *DA*, 215, 1988, pp. 67 y ss., BARCELONA LLOP, J., "Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, Ley y Reserva de Ley en el art. 103.2 de la Constitución)", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (Dir.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2357 y ss., así como los trabajos de DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., "El Gobierno en la Constitución: sus claves conceptuales", y PORRAS NADALES, A.J., "La función de gobierno y la dialéctica entre política y Administración", ambos incluidos la obra en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II, Madrid, 1988, pp. 1209 y ss. y 14081 y ss., respectivamente.

[422] Así, por ejemplo, el art. 65 de la Ley Catalana 3/1982, de 23 de marzo, del Parlamento, del Presidente y del Consejo Ejecutivo de la Generalitat, señala que "el Govern és l´òrgan superior col.legiat que dirigeix la política i l´Administració de la Generalitat de Catalunya...".

LRJPAC señala que "Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico". Dirección, pues, del gobierno, en cada uno de los niveles de poder en que se articula nuestro estado compuesto, sobre la Administración[423]. Partiendo de la distinción entre ambas realidades, señalada por el TC[424], al Gobierno corresponde orientar la acción

---

[423] También en el nivel local, donde no es posible negar que la autonomía local conlleva un elemento político, desarrollado por los órganos representativos, a los que corresponde el gobierno y la dirección del aparato administrativo (arts. 140 y 141 CE). Cosa distinta es que como pone de relieve TORNOS MAS, J., "Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor", en TORNOS MAS, J., *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Bosch, 1994, Barcelona, pág. 48, nota 62, al comentar el art. 3.3 LRJPAC, la equiparación de los entes locales, donde no es posible separar asamblea representativa-gobierno-ejecutivo, con el Estado y la Comunidades Autónomas deba ser matizada. Efectivamente, ello es así porque nos encontramos ante lo que GIANNINI, M.S., *El poder...*, op.cit., pp. 91 y ss., ha denominado Administraciones concentradas, en contraposición al Estado y Comunidades Autónomas que tendrían Administraciones desagregadas. Los aparatos administrativos locales serían un ejemplo de Administración concentrada, en el sentido de que "son organizaciones en las cuales la tutela del interés público, o del haz de intereses públicos asignados por las normas, compete a los órganos institucionales del ente: con relación al municipio, el pleno, la comisión de gobierno y el alcalde(..). Son éstos órganos los que deciden las líneas políticas, adoptan las resoluciones administrativas y los negocios jurídicos. Las unidades administrativas, como en las empresas privadas pequeñas y grandes, son "auxiliares" o "ejecutores". De hecho, al menos desde su aspecto jurídico, son algo más, porque predisponen materiales para la toma de decisiones, aportan consejo, actúan con discrecionalidad de no pequeña medida, e incluso ejecutan en sentido estricto: el denominador común es, en todo caso, que no tienen una potestad de contenido decisional primario, a pesar de que puedan ser técnicos de renombrado valor".

Sobre el componente político de la autonomía local, vid., entre otros, EMBID IRUJO, A. "Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal", *REDA*, núm. 30, 1981, pp. 437 y ss., SANCHEZ MORON, M., *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 174 y 175, y GARCIA FERNANDEZ, J., "Autonomía municipal y acción de gobierno", en AA.VV., *Informe sobre el Gobierno Local*, Madrid, MAP-Fundació Carles Pi i Sunyer d´Estudis Autonòmics, 1992, pp. 347 y ss. En relación con las peculiaridades de la organización municipal, donde no puede hablarse en puridad de división de poderes en el seno del Ayuntamiento, vid. SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pp. 1411 y ss.

[424] STC 204/1992, de 26 de noviembre, "Tampoco cabe entender que, por "Gobierno", el art. 107 comprenda en general el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración Pública, como hace, en cambio, el art. 103 CE, pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en que el art. 107 se inserta". En este sentido, la

administrativa, definiendo las líneas generales de actuación y elaborando, así, las políticas públicas en cada sector de actuación, entendidas como la plasmación práctica del programa de acción del gobierno en un sector de la sociedad o en un espacio geográfico. Debe señalarse que no estamos haciendo referencia en este momento a la existencia de actos políticos o de gobierno no controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a algo totalmente distinto y más sutil: a un poder gubernamental de orientación, de definición de prioridades en la actuación discrecional administrativa[425], en la línea del concepto de *indirizzo político* manejado por la doctrina italiana, aunque no pueda ser totalmente

---

Exposición de Motivos de la LRJPAC señala que partiendo del art. 97 CE "se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno", ya que "la Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del gobierno correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla". En relación con la distinción entre Gobierno y Administración, vid. en la doctrina, por todos, GARRIDO FALLA, F., "Gobierno y Administración en la Constitución", en GARRIDO, F., BAENA, M. y ENTRENA CUESTA, R., *La Administración en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pp. 14 y 15, TORNOS MAS, J., "Título competencial del Estado...", op.cit., pág. 49, y LOPEZ RAMON, F., "Reflexiones...", op.cit., pág. 120.

[425] Sobre la cuestión de los actos políticos o de gobierno, que como decimos no tienen nada que ver con el poder de dirección de la Administración al que estamos haciendo referencia, pueden consultarse, entre otros, los trabajos de GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lucha...*, op.cit., pp. 50 y ss., y "Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el "modelo constitucional"", *REDA*, 93, 1997, pp. 67 y ss., EMBID IRUJO, A., "La justiciabilidad de los actos de Gobierno. (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, (Ed), Estudios sobre la Constitución Española.Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, vol.III, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pp. 2697 y ss., y "La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de gobierno de los poderes públicos", *REALA*, 258, 1993, pp. 251 y ss., y SAINZ ARNAIZ, "Los actos poltíticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RAP*, 134, pp. 225 y ss. Por lo que se refiere a la jurisprudencia del TC y del TS, son destacables las sentencias del TC núm. 45/1990, de 15 de marzo, y 196/1990, de 29 de noviembre, así como las sentencias del TS de 28 de junio de 1994 (Ar. 5050), recaida a propósito del nombramiento del Fiscal General del Estado, y las de 4 de abril de 1997, en relación con la desclasificación de determinados documentos del C.E.S.I.D.. Estas sentencias de 4 de abril fueron precedidas por la sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995, comentada por LOZANO, Blanca, "El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración", *REDA*, núm. 91, 1996, pp. 437 y ss.

equiparable con éste[426]. En este sentido, la distinción anglosajona entre *politics* y *policy* (en plural *policies*) es especialmente útil para la distinción que aquí se pretende subrayar entre la poltítica o lo político y las concretas líneas de acción gubernamental implementadas por la Administración en cada ámbito específico[427]. PAREJO ALFONSO ha subrayado "la frecuencia del empleo por las normas de fórmulas que otorgan no ya sólo amplios márgenes de apreciación, sino incluso verdaderas facultades discrecionales, a través de las cuales la función directiva considerada puede jugar un papel propio (basado, incluso, en criterios de oportunidad) nada despreciable en la fijación de los parámetros relevantes para una actuación administrativa eficaz" siendo normal que "la programación legal de los fines de la actuación administrativa permita e incluso requiera ulteriores precisiones para hacerla operativa, concretamente las de establecimiento de prioridades y formulación de objetivos concretos en

---

[426] Puesto que el concepto de *indirizzo político* italiano es mucho más amplio, siendo una función desplegada por varios órganos estatales, no sólo por el Gobierno, e incluso por otras organizaciones como partidos políticos o sindicatos. Sobre el *indirizzo político* pueden consultarse, entre otros, GIANNINI, M.S., *Diritto...*, op.cit., pp. 69 y ss., MARTINES, T., voz "Indirizzo politico" en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milán, pp. 134 y ss., DOGLIANI, M., *Indirizzo politico*, Napoli Jovene, 1985, y PICOZZA, E., *L´attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, CEDAM, 1988.

[427] En este sentido, vid. CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pág. 31, donde destaca la distinción entre *politics* y *policy*, señalando que la segunda se entiende "la determinazione di fini, la scelta di mezzi e ogni altra azione politica che non comporta necessariamente l´intervento dei partiti", y AGUILERA DE PRAT, C.R. y VILANOVA, P., *Temas de ciencia política*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 345 y ss., donde se destaca que "en la tradición angloamericana siempre ha tenido gran importancia la distinción entre política (o *lo* político) y las políticas concretas, términos que en inglés son perfectamente diferenciables, por sus connotaciones, en los vocables *politics* y *policy* (en plural: *policies*). Por lo tanto, el análisis de las políticas públicas intenta analizar no tanto *la* política gubernamental, sino *las* políticas gubernamentales que componen lo que más comodamente llamamos la acción del Gobierno. Por supuesto existe una estrecha relación entre ambos conceptos, puesto que *la política* es lo que guía la intención del partido que en un momento dado pugna por alcanzar (y lo logra mediante un proceso electoral) el poder político, y esa política es el marco en el cual esa fuerza desarrolla un determinado programa, que a su vez se traduce en iniciativas precisas a llevar mediante un determinado calendario y en plazos fijados, es decir, una serie de "políticas" que denominamos, por convención, políticas públicas".

función, entre otros extremos, de los medios disponibles"[428]. Se pone de relieve, así, las conexiones entre política y discrecionalidad, que, como vimos, la doctrina desde siempre ha intuido[429], puesto que "la verdad es que existe una íntima interconexión entre los aspectos políticos y administrativos, o ejecutivos, de la acción de gobierno. La función de dirección del Gobierno, siendo esencialmente política, tiene también un carácter eminentemente ejecutivo -propio del poder del Estado que representa - y, por tanto, administrativo. Pero a la inversa, la función propiamente administrativa, ejecutiva y gestora, tiene también, a su vez, un carácter evidentemente político, en la medida en que materializa y desarrolla un programa político - el programa político gubernamental -"[430]. Como ha sido acertadamente destacado, "función administrativa, carácter vicarial y discrecionalidad tienen un marcado componente político, al ser la Administración parte del poder ejecutivo, o sea un instrumento en manos del Gobierno que aplica decisiones políticas sobre cómo "servir a los intereses generales". Las políticas públicas (agraria, cultural, económica, etc.) no son otra cosa que millares de decisiones discrecionales tomadas por las autoridades administrativas"[431]. Conexiones entre política pública y ejercicio de discrecionalidad administrativa que recientemente han sido puestas de relieve en referencia al sector urbanístico, donde tanto la

---

[428] PAREJO ALFONSO, L., "La eficacia...", op.cit., pág. 41. En relación a la conexión entre discrecionalidad administrativa y directrices políticas, vid. SUBIRATS, J., "La Administración Pública como problema. El análisis de políticas públicas como propuesta", *DA*, núm. 224-225, octubre 1990-marzo 1991, pp. 15 y ss.

[429] En este sentido, ya en el siglo pasado por ejemplo ORTIZ DE ZUÑIGA sostenía en sus *Elementos de Derecho Administrativo*, Granada, 1842, pág. 10, que "el Gobierno es el alma de la Administración. Es el pensamiento que dirige. La Administración, el brazo que ejecuta".

[430] BAR CENDON, A., "La estructura y funcionamiento...", op.cit., pág. 17. En la misma línea, GREENWOOD, J. y WILSON, D., *Public*.... op.cit., pág. 3, ponen de relieve que "precisely where "policy" ends and "administration" begins is impossible to determine", mientras que CASSESE, S., *Las bases*..., op.cit., pág. 349, señala que "la Administración es política en sí misma, porque cuando se administra se realizan opciones".

[431] BELTRAN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad*..., op.cit., pág. 169.

legislación[432] como el Tribunal Constitucional[433] han subrayado la imbricación existente entre orientación política y adopción de decisiones discrecionales en desarrollo de aquélla[434]. Dirección de la Administración que, debe señalarse, es inexcusable en virtud del *principio democrático* (art. 1.1 CE) que exige la sujeción de todo poder público a los órganos políticos representativos de los ciudadanos[435]. El Gobierno dirige a la

---

[432] En este sentido, art. 2.1 de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, y art. 10 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo. El primer precepto citado indica que "para la mayor realización de los principios rectores de la actividad urbanística, corresponderá a la Administración de la Generalitat y a la Administración Local, dentro de sus respectivas competencias legales, definir, en cada momento la política urbanística que se expresará en la elaboración y aprobación de los Planes y Programas, así como en su revisión o modificación". La Ley madrileña, por su parte, señala que "la concertación social tiene por objeto asegurar la consideración y adecuada valoración por las políticas públicas correspondientes de las necesidades y aspiraciones de la vida económico-social más relacionados con la Ordenación del Territorio y el Urbanismo".

[433] STC de 20 de marzo de 1997 (BOE de 25 de abril de 1997, suplemento del núm. 99), por la que se resuelven diversos recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. En el FJ 6 de esta extensa decisión, se define la materia urbanismo como "la fijación de lo que pudiéramos llamar políticas de ordenación de la ciudad, en tanto en cuanto mediante ellas se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deber surgir o desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo".

[434] En relación a las políticas públicas en el ámbito de ordenación urbanística, vid. TORNOS MAS, J., "Comercio interior y exterior", en MARTIN RETORTILLO, S. (Dir.), *Derecho Administrativo Económico*, vol.II., La Ley, Madrid, 1991, pp. 646 y ss., donde se pueden hallar consideraciones referidas a las conexiones existentes entre las políticas comerciales y el urbanismo comercial, y PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 80 y ss., en las que se pone de relieve los puntos de contacto entre el diseño territorial decidido por los órganos políticos del municipio y la discrecionalidad existente en los planes de ordenación urbana. Una visión panorámica sobre las políticas públicas locales puede consultarse en SUBIRATS, J., "Gobierno Local y políticas públicas. Apuntes en la España de los 90", en *Revista Valenciana d´Estudis Autonòmics*, núm. 15, 1996, pp.17 y ss.

[435] Vid. sobre el principio democrático, ARAGON, M., "La eficacia jurídica del principio democrático", *REDC*, núm. 24, 1988, pp. 9 y ss.

Desde una perspectiva genérica, PORRAS NADALES, A.J., "La función de gobierno...", op.cit., pp. 1485 y ss., pone de relieve que la dirección gubernamental de la Administración supone "el circuito de articulación racional entre sociedad democrática, subsistema político y Administración pública", conectándose mediante ese impulso gubernamental "la esfera dinámica del Estado, concretada en la función política y orientadora del Gobierno y la esfera automatizada y racional de la Administración, sometida al imperio del Derecho".

Administración, imputándosele por ello la responsabilidad política de la actuación administrativa, por la que debe rendir cuentas ante el Parlamento (arts. 108 y ss CE). El poder de dirección al que estamos aludiendo, forma parte, pues, del entramado constitucional, donde representa el papel de correa de transmisión de legitimación democrática, al conectar al pueblo soberano (art. 1.2 CE) con el aparato administrativo[436]. Aparte del ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria, la posibilidad de nombrar y separar altos cargos de la Administración Pública[437], así como el uso de instrucciones y órdenes de servicio, en el marco de la relación jerárquica en el interior de cada Administración (art. 21 LRJPAC)[438], permiten ejercer este poder de dirección gubernamental requerido por el principio democrático[439]. El art. 49 de la Ley catalana 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Catalunya es ilustrativo respecto de este poder gubernamental de fijación de prioridades y orientaciones: "el Govern i, dins de la seva competència, cada Conseller poden emetre *orientacions* o *criteris* adreçats als òrgans de l´Administració de la Generalitat per

---

[436] Vid. en este sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Crisis...*, op.cit., pp. 97 y ss., PAREJO ALFONSO, L. et al., *Manual...*, op.cit., pp. 45 y ss., SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 240, y SCHMIDT-ASSMAN, E., "La legitimación de la Administración como concepto jurídico", *DA*, núm. 234, 1993, pp. 164 y ss., especialmente pp. 192 y ss.

[437] Al respecto, vid. SCHMIDT-ASSMAN, E., "La legitimación...", op.cit., pp. 197 y ss., quien alude al establecimiento de una cadena de designaciones, compuesta de plurales eslabones que garantiza la legitimación del aparato administrativo, y el interesante trabajo de JIMENEZ ASENSIO, R., "Política y administración: los puestos de designación política en las Administraciones Públicas", *RVAP*, 32, 1992, con análisis de los Derechos estadounidense, británico, francés y alemán, así como un estudio de la situación española, con aportación de datos sobre la Administración del Estado y las Administraciones autonómicas.

[438] Vid. SCHMIDT-ASSMAN, E., "La legitimación...", op.cit., pág. 195.

[439] En relación a los diversos instrumentos de que disponen los gobiernos estatal, autonómicos y locales para dirigir a sus respectivas Administraciones, vid. GALLEGO ANABITARTE, A. y MENENDEZ REXACH, A., "Funciones...", op.cit., pp. 49 y ss., y SAINZ MORENO, F., voz "Dirección política...", op.cit., pp. 2511 y ss.

assolir més coherència en els objectius respectius o una harmonització de llurs actuacions, sense que això impliqui l´exercici de la potestat reglamentària"[440]. En este ámbito tiene un destacado papel, como es conocido, la figura del Ministro u órgano equivalente en la esfera autonómica, dado su carácter de órgano "bisagra", de conector entre ambas esferas, al que se le imputa la responsabilidad por la actuación administrativa en el ámbito de su departamento (art. 98 CE)[441]. Teniendo presente el aludido principio democrático, no cabe sostener una neutralidad política de la Administración, entendida como una total desvinculación de ésta respecto de la orientación gubernamental, como una absoluta indiferencia política, como una autonomía posicional del aparato administrativo frente al Gobierno. La Administración está sujeta en el ejercicio de su discrecionalidad a la orientación

---

[440] El proyecto de Ley del Gobierno (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, 23 de enero de 1997, núm. 27-1) señala en su art. 5.1 j) que al Consejo de Ministros, como órgano colegiado del Gobierno, le corresponde "adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado en el marco del programa político y de las directrices fijadas por el Presidente del Gobierno".

[441] Resalta este hecho la Exposición de Motivos de la LOFAGE, al señalar que "los Ministros, miembros del Gobierno y titulares del máximo órgano de la Administración General del Estado, constituyen la pieza básica de la Ley. Su condición de responsables públicos hace que la Ley les otorgue la capacidad de decisión sobre la definición, ejecución control y evaluación de las políticas sectoriales de su competencia,...", estableciéndose en el art. 12 que "Los Ministros, además de las atribuciones que les corresponden como miembros de Gobierno, dirigen en cuanto titulares de un departamento ministerial, los sectores de actividad administrativa integrados en su Ministerio y asumen la responsabilidad inherente a dicha dirección", correspondiéndoles, entre otras competencias, la fijación de los objetivos del Ministerio. En el ámbito autonómico, vid. por ejemplo la Ley Catalana 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Catalunya, cuyo art. 12 b) establece que corresponde a cada conseller "dirigir, organizar y *establecer las prioridades* del Departamento". En la misma línea, en el ordenamiento jurídico italiano, el Decreto Legislativo num. 29, de 3 de febrero de 1993, relativo a la racionalización de la organización de la Administración Pública y revisión de la normativa en materia de empleo público, indica en su art. 3.1 que "gli organi di governo defiscono gli obiettivi ed i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite", correspondiendo esa función directiva en concreto al Ministro, de conformidad con el art. 14, precepto que señala que éste "definisce gli obiettivi ed i programmi da attuare, indica le priorità ed emana le conseguenti direttive generali per l´azione amministrativa e per la gestione". En relación con esta norma y otras que se inscriben en un paquete de medidas legislativas de reforma administrativa en Italia, vid. SANCHEZ MORON, M., "Sobre la reforma administrativa italiana del periodo de transición, con especial referencia a la organización y al empleo público", *RAP*, 134, 1994, pp. 471 y ss.

del Gobierno, a las prioridades y objetivos que ese poder de dirección fija mediante directivas orientativas, y por ello no es. ni puede ser, estrictamente neutral[442]. Ahora bien, al mismo tiempo, "otra cosa es que la Administración no sea ni deba ser un instrumento pasivo, y que la eficacia de la acción estatal aconseje reconocerle una cierta autonomía técnica de principio, que juegue como poder compensatorio del capricho político", puesto que "cierta autonomía de la burocracia frente al mando político es algo necesario para el funcionamiento del Estado contemporáneo"[443], lo que conduce a "lo que se ha calificado como la gran paradoja del sistema administrativo: Administración dirigida por el Gobierno, pero establecida al servicio de los intereses generales"[444]. Es aquí donde el principio de imparcialidad del art. 103.3 CE debe desplegar sus efectos, garantizando esa "cierta autonomía" del aparato administrativo, el logro de una tensión equilibrada entre el legítimo y necesario poder de orientación gubernamental y la "despolitización" de una Administración cuya función es el servicio objetivo de los intereses generales, "no, pues, los intereses de un partido, no digamos los personales de cualquier gestor"[445]. En este sentido, la doctrina italiana ha referido el principio de imparcialidad constitucional a la Administración en su aspecto institucional[446], teniendo un papel este principio "di garanzia della funzione

---

[442] En este sentido, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pp. 240 y 249.

[443] SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 250.

[444] MARTIN-RETORTILLO, S., "Presupuestos...", op.cit., pág. 16.

[445] GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia...*, op.cit., pág. 110.

[446] En la doctrina española, FONT LLOVET, T., "Examen específico del proyecto de Ley del Estado sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos", en AA.VV., *Las bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*, Institut d´Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, 1992, pág. 49, ha llamado la atención sobre esta vertiente institucional de la imparcialidad, al señalar que ésta "no afecta sólo a la posición jurídica del ciudadano que se relaciona con la Administración, sino que afecta a la Administración en conjunto, como institución; el principio citado debe satisfacer correctamente el interés público, no sólo la garantía del interés del particular que se relaciona con la

amministrativa: norme a garanzia della independenza di taluni organi, riserva di legge circa l´organizazione amministrativa, norme a tutela dei funzionari publicci nei confronti del governo"[447]. A esta vertiente del principio de imparcialidad ha hecho referencia la Corte Constitucional italiana en su sentencia núm. 453 de 1990, de la cual ha dado puntual noticia entre nosotros ALEGRE AVILA[448], en la que se ha subrayado la virtualidad del principio de imparcialidad en el ámbito de la selección de empleados públicos, en el que "impone la persecución del sólo interés conectado a la elección de las personas más idóneas para el ejercicio de la función pública, independientemente de toda consideración referida a la orientación política y las condiciones personales y sociales de los distintos concursantes", lo que condujo en este preciso supuesto a que la Corte Constitucional declarara la inconstitucionalidad de diversas leyes de la región de Sicilia, en las cuales se regulaba el procedimiento de designación de las comisiones encargadas de juzgar la selección de empleados públicos locales. Este *aspecto institucional* del principio de imparcialidad supondría en consecuencia "l´idée d´abstention et de non-intervention des critères politiques dans le statut juridique de la Fonction publique, dans la détermination des règles relatives à la nomination et au déroulement de la carrière de ses membres, prédomine et s´adresse aux auteurs des règles contenues dans ce statut", a la vez que "l´exclusion des critères politiques ou autres (en tout cas no professionnels) dans la gestion de ces personnels, sans pourtant mettre en péril leur nécessaire subordination au Gouvernement en place"[449].

El principio de imparcialidad del art. 103.3 CE estaría relacionado desde esta

---

Administración".

[447] CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pág. 45.

[448] ALEGRE AVILA, J.M., "Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección", *RVAP*, núm. 34, 1992, pp. 9 y ss.

[449] KONDYLIS, V., "Neutralité..", op.cit., pág. 362.

perspectiva institucional con la regulación de la función pública, y desplegaría su virtualidad "no sólo durante el decurso de la vida funcionarial *strictu sensu*, sino también, lógicamente, con anterioridad a la constitución del vínculo funcionarial, esto es, en el momento de la selección de los empleados públicos, de suerte que, tanto por imperativo del principio de mérito y capacidad, como por exigencias del citado de imparcialidad, la selección de servidores públicos ha de efectuarse de entre aquéllos que acrediten la mejor aptitud técnica, acreditación que, naturalmente, sólo podrá ser llevada objetivamente a cabo por quienes cuenten con la suficiente y necesaria idoneidad y cualificación profesionales"[450].

En conexión con este aspecto institucional, el principio de imparcialidad consagrado en el art. 103.3 CE en referencia a la función pública tiene también otra vertiente que podríamos denominar *personal* o *subjetivo*[451], *referida a la actividad desplegada por los concretos funcionarios públicos*. En este sentido, el principio de imparcialidad contendría una prohibición de discriminación, dado que si "parzialità è preferenza, potrà dirsi imparzialità il divieto di far preferenze"[452], por lo que la imparcialidad comporta que la actividad de los empleados públicos se desarrolle "sans discriminations de caràcter politique, philosophique ou religieux", con independencia de sus opiniones o preferencias personales[453]. El principio de imparcialidad se opone pues a "la decisión singular determinada por la influencia de un interés particular o tomada por quien puede parecer que

---

[450] ALEGRE AVILA, J.M., "Objetividad...", op.cit., pág.20. En el mismo sentido, BARCELONA LLOP, J., "Principio de legalidad...", op.cit., pág. 2364 y ss., quien partiendo de que de acuerdo con el art. 103 CE "el aparato administrativo vendría caracterizado dinámicamente y a *grosso modo* por lo neutral, y lo técnico, por lo objetivo", se refiere a los mecanismos de acceso a la función pública y promoción en la misma como elementos garantizadores de esa cierta autonomía necesaria de la Admnistración en relación con la esfera de la política.

[451] Así lo hace CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pág. 30 y 88 y ss.

[452] CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pág. 20.

[453] KONDYLIS, V., "Neutralité...", op.cit., pág. 365.

actúa motivado por ese interés"[454], por lo que tendría un contenido negativo, en el sentido de que en él se contendría "la prohibición de los favoritismos; de este modo, éste viene a tener una clara configuración, como principio que rige el ejercicio de la potestad discrecional dirigido a establecer que en dicho ejercicio no puedan entrar intereses políticos partidistas, intereses particulares de grupos de presión públicos o privados, ni pueden ser empleados *favores* u *odia*, que no estén establecidos por normas o por indicaciones legítimas del parlamento o del gobierno"[455].

Puede apreciarse como el principio de imparcialidad en su vertiente subjetiva aparece conectado con el principio de igualdad[456]. La imparcialidad se dirigiría a cada servidor público, imponiéndole "la prohibición de otorgar preferencias o disfavores, a unas u otras personas, que no se amparen en normas concretas o en directivas legitimamente dictadas por el Parlamento o por el poder ejecutivo. En este plano, la imparcialidad es un correlato o consecuencia del principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE)"[457], apareciendo el principio de imparcialidad como "derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados, conforme al cual, la Administración no debe tomar parte, inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar una decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad del interés general

---

[454] SAINZ MORENO, F., voz "Imparcialidad", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol.II, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3374.

[455] GIANNINI, M.S., *Derecho administrativo...*, op.cit., pág. 114. Vid. también ALLEGRETTI, U., *L´imparzialità...*, op.cit., pp. 20 y ss.

[456] Ponen de relieve esta conexión CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pp. 12 y ss., con cita de diversas decisiones del Consejo de Estado italiano en tal sentido, y SALA, G., *Il principio...*, op.cit., pp. 97 y ss., y KONDYLIS, V., "Neutralité...", op.cit., pág. 364.

[457] SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 250.

que la motiva"[458].

La igualdad es mencionada en distintas ocasiones por nuestra Constitución. Así, en el art. 1 la igualdad tiene la consideración de valor superior de nuestro ordenamiento jurídico; en el art. 9.2 se alude a la misma desde un punto de vista material o real, al señalar el deber de los poderes públicos de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas", removiendo a tal efecto "los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud" facilitando "la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"; en el art. 14 la Constitución alude a la igualdad desde un aspecto formal, al declarar que "todos los españoles son iguales ante la Ley" y prohibir que "pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condicióno circunstancia personal o social". En referencia a este art. 14 CE, el voto particular de la STC 75/1983, de 3 de agosto, sostuvo que contenía tres figuras distintas: "un principio general del derecho, de suerte que cualquier excepción a él tiene que ser sometida a una "estricta" interpretación "restrictiva""; "un derecho subjetivo de los ciudadanos que les permite recabar de los Tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea restablecida; y "una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades", poniéndose de relieve así la complejidad de la naturaleza jurídica de la igualdad[459]. Dejando ahora de lado los aspectos relativos al derecho subjetivo

---

[458] DIEZ SANCHEZ, J.J., *El procedimiento administrativo y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 85.

[459] En este sentido, ALVAREZ CONDE, E.. *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 264 y ss.

y a la limitación del legislador[460], nos interesa en relación con el principio de imparcialidad la virtualidad de la igualdad como principio general del Derecho que prohibe la discriminación de los ciudadanos por la Administración, entendiendo, obviamente, como ha repetido en numerosas ocasiones la jurisprudencia del TC que no todo trato desigual comporta discriminación, sino sólo aquella diferenciación carente de fundamentación, de justificación racional y razonable[461]. La jurisprudencia del TS relativa a la actividad administrativa, en consonancia con la del TC, ha sostenido que "para que se aprecie desconocimiento del derecho de igualdad debe concurrir una desigualdad de tratamiento que sea injustificada por no ser razonable"[462], puesto que no toda desigualdad de trato supone una discriminación" ya que el art. 14 CE "veda tan sólo las desigualdades que carezcan de toda justificación objetiva"[463], siendo aplicable tal prohibición, por supuesto, a la potestad reglamentaria, en relación a la que el TS ha señalado que "donde tiene sentido preguntarse por la fundamentación en Derecho de una diferenciación normativa es, sobre todo, cuando la singularización entre categorías personales se realiza en la propia disposición atribuyendo a las mismas regímenes jurídicos diversos, pues entonces e procedente indagar sobre las

---

[460] Vid. en relación a los mismos, JIMENEZ CAMPO, Javier, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *REDC*, núm. 9, septiembre-diciembre 1983, pp. 71 y ss., RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel Y FERNANDEZ LOPEZ, Maria Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, RUBIO LLORENTE, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", *REDC*, núm. 31, Enero-Abril 1991, pp. 9 y ss, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Ed. CEC, 1993, pp. 637 y ss., BAÑO LEON, José María, "La igualdad como derecho público subjetivo", *RAP*, 114. 1987, pp. 179 y ss.

[461] Vid. LEGUINA VILLA, J., *Principios...*, op.cit., pág. 32, JIMENEZ CAMPO, J., "La igualdad...", op.cit., pág. 72 y ss. y 108 y ss., y ALONSO GARCIA, E., *La interpretación...*, op.cit., pp. 203 y ss.

[462] STS de 16 de octubre de 1985 (Ar. 6273).

[463] STS de 16 de febrero de 1994 (Ar. 1485).

razones de la diferenciación y su justificación constitucional"[464].

Pues bien, el principio de imparcialidad, como reflejo del de igualdad, impide a los empleados públicos dejarse influenciar por intereses personales, por intereses políticos partidistas, o por intereses privados provinientes de la sociedad que puedan dar lugar a un trato discriminatorio[465]. En este sentido, las SSTS de 19 de mayo de 1988 (Ar.5060) y de 10 de mayo de 1992 (Ar. 3744), han acertado a poner de relieve esta virtualidad del principio de imparcialidad:

> "La Administración Pública tiene encomendada directamente por el texto constitucional la misión de gestionar los intereses generales; "servir" es el verbo que utiliza el art. 103, incorporando así el significado etimológico de la propia denominación. La "generalidad" de los asuntos, que conforman ese ámbito de actuación excluye, pues, por definición, cualesquiera otra perspectiva parcial, tanto si provine de la propia organización burocrática o de sus agentes como si tiene un carácter sectorial dentro de la sociedad, aun cuando en principio puedan ser absolutamente legítimos. En el campo de

---

[464] STS de 15 de abril de 1994 (Ar. 2827).

[465] Es en conexión con el principio de igualdad y su reflejo en la actividad de los empleados públicos a través del principio de imparcialidad como debe interpretarse el art. 31.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública, cuando considera como falta muy grave "toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (apartado a) y "la violación de la neutralidad o independencia políticas, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito". Por otro lado, varios autores conectan la imparcialidad con el deber de los funcionarios públicos de fidelidad en el desempeño de su cargo. En este sentido, EMBID IRUJO, A., *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución*, INAP, Madrid, 1987, pág. 153. y MORELL OCAÑA, L., "El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L., *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en Homenaje al Profesor Jesús Gonzalez Pérez*, vol.I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 155 y ss.

fuerzas de los intereses particulares, individuales o de grupo, la resultante histórica en cada momento conforma el interés público, que no es, por tanto, mera suma o yuxtaposición, algo cuentitativo, sino más bien una sublimación cualitativa. La característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos. Ello constituye el reflejo de dos principios acogidos ambos en la Constitución, uno general, el de la igualdad de todos, con múltiples manifestaciones de las que el art. 14 es sólo núcleo, sin agotarlas. El otro principio es inherente a la concepción contemporánea de la Administración Pública, y consiste en el "sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", principio de legalidad (art. 103 y 9). No rige aquí la autonomía de la voluntad y menos aún el voluntarismo o decisionismo, ni por supuesto la arbitrariedad".

Dejando ahora de lado la identificación entre objetividad e imparcialidad, puede apreciarse como también nuestro TS conecta imparcialidad e igualdad, existiendo una prohibición de discriminación o trato preferente en el servicio a los intereses generales, actuando el principio de imparcialidad como garantía de los ciudadanos frente a los empleados públicos, a la vez que como garantía del servicio objetivo a los intereses generales, de la función administrativa en definitiva. Ahora bien, no creemos que pueda sostenerse que el principio de imparcialidad del art. 103.3 CE implique definir a la Administración en términos de neutralidad, como instancia "que, entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas", en la definición ya vista, puesto

que la Administración "es una organización compleja, una estructura viviente en el seno de una sociedad con la que se relaciona. En cuanto tal, sufre de diversa forma el influjo de los distintos intereses que emanan de la colectividad. No sólo eso, sino que hoy en día, a medida que aumenta su relevancia social, el volumen y la pluralidad cualitativa de sus actividades, su magnitud organizativa, alcanza asimismo un mayor grado de autonomía estructural. La Administración está formada por un conjunto de personas y medios materiales, de relaciones sociales. En cuanto tal, expresa intereses propios en su seno, intereses así mismo diversos, que se confrontan a su vez con la presión de los que operan desde el exterior, ya sea a través de su formalización pública mediante el juego de las instituciones políticas, ya sea como simple intereses privados con su distinto grado de influencia"[466]; como vimos, la Administración no es neutral, en el sentido de autónoma, respecto de la orientación gubernamental, pero, además, tampoco es neutral, en el sentido de indiferente respecto a los intereses presentes en la sociedad[467]. puesto que "la organización administrativa es depositaria de unos intereses los intereses públicos, que son los que debe hacer suyos. Las autoridades y funcionarios administrativos no gozan de una posición de superioridad sobre los intereses en juego, en cada situación concreta. Muy al contrario, están en uno de los dos lados de la controversia, si la misma queda trabada", por eso es posible sostener, a pesar de que parezca una paradoja, que, debiendo ser imparcial, los agentes de la Administración

---

[466] SANCHEZ MORON, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, CEC, Madrid, 1980, pág. 31.

[467] En este sentido, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 249,: "Ciertamente, y tomada en su sentido más abstracto, la neutralidad es un principio dificilmente aplicable a toda acción administrativa. Si por neutral ha de entenderse toda actividad desarrollada en posición de ajenidad e indiferencia respecto a la materia y a los intereses de los sujetos sobre los que se opera, parece claro que dicha posición es incompatible con el deber de los órganos administrativos de adoptar decisiones discrecionales. Neutral debe ser, en cierta forma, la función judicial, y aun la de los órganos de la Administración con tareas predominantemente técnicas; pero dificilmente puede serlo la toma de decisiones no vinculadas jurídicamente. En su conjunto, pues, la Administración no es ni puede ser neutral".

tienen una "*posición de parte*" que "les vincula a la satisfacción de unos determinados intereses, los intereses públicos, que son los que han de hacer suyos; y, si es preciso, enfrentarlos a cualesquiera otros que se les opongan o contradigan"[468]. Apariencia de paradoja, decimos, porque en realidad no es tal: el principio de imparcialidad en su vertiente subjetiva exige de los agentes de la Administración que no discriminen, no que sean indiferentes a las legítimas orientaciones del Gobierno ni a su "posición activa, podríamos decir necesariamente apasionada en su tarea fundamental: "Promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)""[469].

Ello explica las diferencias existentes entre la imparcialidad de los agentes administrativos (103 CE) y la independendencia judicial (117.1 CE), por cuanto los primeros deben servir a los intereses generales, de los cuales son depositarios, defendiéndolos en caso de conflicto con los intereses privados, individuales o colectivos, que puedan dañarlos, en tanto que los segundos no son portadores de ningún interés, sino que se sitúa en una posición de superioridad y desvinculación de las partes, limitándose a la aplicación del Derecho en base a razonamientos jurídicos[470]. *Posición diversa que explica a su vez la distinción necesaria entre procedimiento y proceso*, ya destacada en su momento, por cuanto el primero debe conducir a una decisión imparcial, en el sentido de no discriminatoria, pero además la más adecuada a los intereses generales que en cada concreto caso deben ser servidos por la Administración, por lo que como ha subrayado el TC en su sentencia de 76/1990, de 26 de

---

[468] MORELL OCAÑA, L., "El principio...", op.cit. pp. 151 y ss.

[469] SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 129.

[470] Vid. al respecto las consideraciones de MORELL OCAÑA, L., "El principio...", op.cit., pp. 150 y ss.

abril, FJ 8 B, "la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos"[471].

En consecuencia, el principio de imparcialidad supone una prohibición para las autoridades y el personal al servicio de la Administración, con singular importancia en el caso de elecciones discrecionales, consistente en la imposibilidad de efectuar discriminaciones en el ejercicio de sus funciones, es decir a no tener "designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas", y, por tanto, a tomar decisiones "con rectitud". En servicio del cumplimiento del principio, el ordenamiento articula, como es sabido, las técnicas de abstención y recusación (arts. 28 y 29 LRJPAC), con el objeto de evitar la intervención de un funcionario "interesado" en el asunto[472], a fin de salvarguardar la rectitud de la decisión a tomar, evitando preventivamente decisiones discriminatorias[473], así como la buena apariencia de la Administración. puesto que si bien la decisión tomada por quien debería abstenerse puede ser correcta jurídicamente puede también "dañar la imagen

---

[471] En este sentido, CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pág. 97, subraya la distinta posición de Administración y juez y los diversos efectos de la imparcialidad en relación a ambos, pues si bien existe un punto común consistente en la eliminación de los intereses personales en la toma de decisiones, "si che sembra possa dirsi che scopo del giudice è realizzare l´imparzialità mentre scopo della amministrazione è realizzare l´interesse pubblico o gli interessi pubblici, che abbiamo detto finali, nel respetto della imparzialità".

[472] Vid. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Los principios...", op.cit., pág.113, DIEZ SANCHEZ, J.J., *El procedimiento...*, op.cit., pp. 85 y ss., y CASSESSE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pp. 88 y ss., con referencia a diversos sistemas jurídicos.

[473] CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pág. 111, destaca en este sentido el "stretto legame existente tra imparzialità ed eguaglianza" en el sentido de que "che la parzialità non è altro che un modo di essere della desiguaglianza (...), non importando tanto la causa che possa aver provocato la diseguaglianza (ad esempio, se essa sia stata dovuta a favoritismi politici) quanto questa stessa come effeto", no siendo importante a estos efectos "distinguere se la preferenza sia dovuta alla compresenza del potere politico al vertice della amministrazione o alle pressioni derivanti da interventi di gruppi della società civile", dado que el resultado es en todo caso la existencia de la discriminación causada por el agente administrativo "interesado" o "parcial".

de la Administración"[474].

Sin embargo, las vertientes institucional y subjetiva del principio de imparcialidad contenido en el art. 103.3 CE no se identifican, en nuestra opinión, con el principio de objetividad, contenido separadamente en el primer apartado del mismo precepto constitucional[475], pese a que, como hemos comprobado, existen opiniones doctrinales que emplean ambos conceptos de forma indistinta. Esta separación en apartados diferentes y la distinta terminología empleada por nuestro Texto Fundamental son datos que permiten establecer esta diferencia conceptual entre ambos principios. En este sentido, consideramos que el principio de imparcialidad, en sus dos caras ya aludidas, es un presupuesto necesario del principio de objetividad, pero no agota éste, ya que la objetividad viene referida en un sentido dinámico a la actividad de la Admnistración, indicando cómo debe desarrollarse ésta y estableciendo, en consecuencia, un *deber positivo* de comportamiento administrativo, una regla de conducta. *Es decir, para que la Administración actúe objetivamente (art. 103.1 CE) es condición necesaria el respeto del principio de imparcialidad (art. 103.3 CE), pero no es suficiente, por cuanto el deber de ejercicio objetivo de la función administrativa comporta algo más, un plus característico del principio de objetividad: el deber de investigación y ponderación cuidadosa de los elementos fácticos y de los intereses envueltos en el supuesto antes de proceder a la toma de la decisión discrecional, a fin de lograr la decisión más acertada.* La afirmación de este importante deber, capital en el entendimiento del ejercicio de la discrecionalidad y del papel del procedimiento administrativo, merece una atenta consideración.

---

[474] SAINZ MORENO, F., voz "imparcialidad", op.cit., pág. 3374.

[475] También se refieren al principio de objetividad, los arts. 3.1 LRJPAC, 3.2 g) LOFAGE y 6.1 LBRL.

a.2)**Objetividad y deber de análisis del caso concreto en el ejercicio de la discrecionalidad. Análisis de diversos sistemas jurídicos comparados**.

Cuando afirmamos la existencia de un deber de buena administración, común en varios ordenamientos europeos, entendido como obligación de la Administración de situarse en la mejor de las posiciones posibles antes de tomar una decisión discrecional a fin de posibilitar que ésta fuera la más acertada posible en su servicio a los intereses generales, ya avanzamos que una de las implicaciones del mismo era la necesaria existencia de una ponderación efectiva de los hechos e intereses envueltos como paso previo al ejercicio de la discrecionalidad. Prestando ahora atención particularizada a esta obligación, puede observarse como la misma es afirmada en diversos sistemas jurídicos.

Así, en *Francia* la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido reiteradamente como un principio fundamental en el ejercicio de las potestades administrativas, especialmente en el caso de las discrecionales, la obligación de la Administración de proceder en el ejercicio de su función a un examen particular y completo de las circunstancias del caso concreto[476]. En primer lugar, pues, los órganos administrativos encargados de ejercer la discrecionalidad deben "de procéder à un examen des circonstances propres de l´affaire et ne peut se borner a à la repousser en faisant état d´un motif d´ordre général"[477], lo que supone que no quepan decisiones globales que se refieran a varios supuestos, debiendo

---

[476] Vid. al respecto, 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, pp. 77 y ss., G. ISAAC, *La procèdure...*, op.cit., pp. 438 y ss., PAVLOPOULOS, P., *La directive en Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1978, pp. 31 y ss..

[477] MEGRET, "De la obligation...", op.cit., pág. 77.

procederse al análisis de cada uno de ellos de forma individualizada[478]. Pero, además, este principio del examen particularizado de las circunstancias de cada supuesto implica la obligación administrativa de no adoptar decisiones sobre la base de un principio de actuación previamente fijado. En la decisión *Piron* de 1942, el Consejo de Estado francés estableció el principio de que cuando la Administración dispone de una potestad discrecional no cabe que convierta a ésta en reglada mediante la adopción de una línea rígida de conducta a aplicar en casos similares, fijando de esta manera una posición de principio o regla general, sino que debe realizar un auténtico examen pormenorizado del supuesto concreto antes de elegir en base a criterios de oportunidad[479], obligación que ha sido reiterada con posterioridad en numerosas decisiones posteriores[480]. En segundo lugar, ese examen particularizado debe ser, además, real, auténtico, efectivo, es decir, "ne doit être formel, mais loyal et complet"[481]. Ambos deberes, examen particularizado y completo de las circunstancias de cada caso, constituyen auténticas directivas de comportamiento administrativo, directivas que orientan el ejercicio de la discrecionalidad y constituyen un principio básico del procedimiento administrativo francés, puesto que éste es el instrumento que permite su realización y su influencia sobre la actuación discrecional de los órganos administrativos: el

---

[478] Vid. G. ISAAC, *La procédure...*, op.cit., pp. 440 y 441, con cita de numerosas decisiones del Consejo de Estado francés en tal sentido. Se alude entre ellas, por ejemplo, a la decisión *Dolbeau*, de 16 de noviembre de 1962, en la que se analizaba la prohición de circulación de determinadas publicaciones extranjeras en Nueva Caledonia y otros territorios de ultramar por la autoridad francesa competente, de acuerdo con la legislación en vigor. El Consejo de Estado declaró que la prohibición relativa a todas la publicaciones de una determinada empresa vulneraba el principio de examen particularizado, puesto que la autoridad debía, antes de adoptar ninguna decisión, analizar cada publicación por separado, y no englobar de forma general a todas ellas en la prohibición.

[479] Sobre esta decisión del Consejo de Estado francés, vid. PAVLOPOULOS, P., *La directive...*, op.cit., pág. 32, y G. ISAAC, *La procédure...*, op.cit., pág. 442.

[480] Vid. G. ISAAC, *La procédure...*, op.cit. pág. 443, y la jurisprudencia allí citada.

[481] G. ISAAC, *La procédure...*, op.cit.,pág. 444.

principio de la efectividad del procedimiento, que impide que éste sea una mera sucesión de trámites formales desprovistos de sentido e impone el análisis real, auténtico de las circunstancias y alternativas posibles en el ejercicio de la discrecionalidad, mediante su estudio "completo y leal"[482].

El deber de investigación y ponderación cuidadosa de las circunstancias e intereses concretos del caso con carácter previo al ejercicio de la discrecionalidad también lo hallamos en *Derecho alemán*, donde en relación al ejercicio de la potestad de planificación ha sido afirmado por la jurisprudencia. Así ocurre en el ámbito del planeamiento urbanístico, donde la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal ha establecido un deber de ponderación de los intereses envueltos, pues "un Plan urbanístico no es legal si no reposa sobre una apreciación correcta de los intereses públicos y privados en presencia" debiendo ser esta apreciación "correcta, a la vez, en su proceso y en su resultado"[483]; así, un aspecto fundamental de la planificación urbana en derecho alemán es la necesidad de toma en consideración y apreciación equilibrada de todos los intereses públicos y privados pertinentes dentro del ámbito del plan, según esta jurisprudencia[484]. El deber de ponderación de

---

[482] En este sentido, G. ISAAC, *La procédure...*, op.cit., pág. 447, "ce principe est une "directive" de portée tout à fait générale: il est le fondament non seulement de l´obligation d´examen effectif des affaires que nous venons de préciser, mais de toutes les règles de Procédure Administrative Non Contentieuse dont le juge impose le respect à l´administration: le caractère effectif des procédures d´instruction, des mesures de publicité; le caractère impartial de la procédure... etc...".

[483] Sentencia de 12 de diciembre de 1968, citada por TOLEDO JAUDENES, J., "La alteración del planeamiento urbanístico: derechos adquiridos y control judicial", *RAP*, núm. 110, 1986, pág. 149. Vid. también referencias a esta jurisprudencia en LOPEZ GONZALEZ, J.A., *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, pág. 45. Una visión genérica del Derecho Urbanístico alemán, puede encontrarse en MERTEN, D., "El repartiment de competències en ordenació territorial i urbanisme", y CLEMENT, A., "Els instruments de l´Administració en urbanisme", ambos trabajos incluidos en AA.VV., *Seminari sobre el règim urbanístic*, Institut d´Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 25 y ss. y 71 y ss., respectivamente.

[484] Vid. una referencia a este deber (Abwängung) en CONSEIL D´ÉTAT, *L´urbanisme: pour un Droit plus efficace*, La Documentation Française, Paris, 1992, pp. 178 y ss.

intereses no se circunscribe únicamente al ámbito urbanístico. El Tribunal Administrativo Federal ha subrayado este deber en sectores muy variados en relación al ejercicio de la potestad de planificación. Según la jurisprudencia este deber de ponderación "deriva de la naturaleza misma de la planificación jurídico-estatal y es, por tanto, válida independientemente de su positivación legal", exigiendo que "realmente se haga una valoración", que "todos los intereses públicos y privados importantes para la decisión deberán ser instruidos y determinados", pues si no se produciría una falta o déficit de instrucción, determinándose los hechos y realizándose un análisis lo más exacto y concreto posible, que "no deben ignorarse los intereses públicos y privados en la valoración", puesto que en caso contrario la ponderación sería equivocada, y que "no puede llevarse a cabo una compensación entre los intereses públicos y privados contrarios que no esté en proporción con el valor objetivo de los intereses concretos", dado que si tal cosa sucediera la ponderación sería desproporcionada[485]. De igual manera, en los Países Bajos también es posible encontrar un deber parecido de ponderación, el cual "requires that the conflicting public and private interests involved should be weighed up against each other objectively and in due proportion in such way that none of the conflicting viewpoints is misjudge as to its significance or ignored, or that, on the other hand, none of the interests has its importance exaggerated"[486].

En parecidos términos, también existe en *Derecho británico* un deber de la Administración de ejercer su discrecionalidad previo análisis específico del supuesto

---

[485] HOPPER, W., "Planificación", *D.A.*, núm. 235-236, 1993, pág. 225 y ss.

[486] SCHWARZE, J., *European...*, op.cit.,pág. 701.

concreto[487]. Este deber ha sido afirmado en distintas ocasiones por la jurisprudencia, la cual ha declarado gráficamente en el caso *British Oxygen v. Board of Trade* que "the general rule is that anyone who has to exercise a statutory discretion must not "shut his ears" to an application", afirmando la necesidad de un análisis administrativo de las circunstancias del caso antes de adoptar la decisión discrecional[488]. En la importante decisión judicial de 1948 en el caso *Associated provincial picture houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, Lord GREEN señaló, en referencia a una de las acepciones de la noción de *unreasonableness*, que la Administración al ejercer la discrecionalidad no debía tomar en consideración factores irrelevantes, y, a la inversa, no debía negligir tener en cuenta ningún factor relevante para la decisión. Lord GREEN declaró que cuando el ordenamiento entrega la posibilidad de que la Administración decida discrecionalmente, existen una serie de principios conforme a los cuales la discrecionalidad debe ser ejercida. Entre estos se encuentran la necesidad de que el ejercicio de la discrecionalidad en el caso específico debe ser real, comportando una toma en consideración de aquellas cuestiones relevantes y pertinentes al caso, pero sólo de éstas, no de las irrelevantes, doctrina que ha continuado siendo aplicada por los tribunales británicos con posterioridad, estableciendo de esta manera un deber procedimental de la Administración en la toma de decisiones discrecionales[489]. Como ha sido notado, la

---

[487] HARLOW, C., "Una rassicurazione simbolica: il ruolo di un controlo giurisdizionale in una democrazia liberale", en CHITI, M.P., *Cittadino e potere in Inghilterra*, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 216, quien alude, en referencia a la *procedural impropriety*, a la noción conocida en Inglaterra como *fettering discretion* (que podría traducirse como discrecionalidad encadenada), según la cual las decisiones no pueden ser tomadas globalmente, sino que deben ser adoptadas con referencia a las situaciones específicas.

[488] Puede consultarse esta jurisprudencia en CRAIG, P.P., *Administrative...*, op.cit., pp. 391 y ss., y GALLIGAN, D.J., "The nature and function of policies within discretionary power", en GALLIGAN, D.J. (Dir.), *Administrative Law*, Dartmouth, 1992, pp. 311 y ss.

[489] En relación con esta doctrina judicial, vid. CRAIG, PP., *Administrative...*, op.cit., pp. 404 y ss., RADFORD, M., "Controllo giurisdizionale e controllo dell´esecutivo" y HARLOW, C., "Una rassicurazione...", op.cit., en CHITI, M.P., *Cittadino...*, op.cit., pp. 80 y ss., y pág. 222,

naturaleza misma de la discrecionalidad requiere que cada decisión sea adoptada teniendo en cuenta las circunstancias de cada particular situación, puesto que el ejercicio de la discrecionalidad conlleva necesariamente la toma en consideración real, efectiva, de las circunstancias de cada caso específico antes de decidir[490].

Este deber de ponderación cuidadosa de las circunstancias antes de ejercer la discrecionalidad para garantizar la toma de la decisión más acertada posible late también en *Derecho norteamericano* en la doctrina jurisprudencial del *hard look*, cuyo fin es garantizar que las agencias administrativas se han situado en la mejor situación posible antes de hacer uso de la discrecionalidad, implicándose en un proceso de decisión racional en el que se efectúe una valoración auténtica, real, del alcance de los datos y documentos que constan en el expediente que conduzca a la elección de una alternativa fundada en un análisis razonado de los hechos e intereses envueltos en el supuesto[491]. Sin perjuicio de volver más adelante sobre esta exigencia judicial de un *hard look* administrativo[492], puede destacarse en este momento que esta doctrina jurisprudencial, desde los años setenta, impone un deber a la

---

respectivamente, y HADFIELD, B., "Judicial...", op.cit., pp. 13 y ss.

[490] En este sentido, GALLIGAN, D.J., "The nature...", op.cit., pág. 311 y pág. 346, "there is something about the nature of discretionary power which requires each decision to be made according to the circumstances of the particular situation..."; "... discretion involves taking account of the circumstances and merits of the individual case.".

[491] Sobre esta doctrina vid. LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de Europa*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 129 y ss., y de este mismo autor "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América", en BARNES, J (Coord.), *El procedimiento...*, op.cit., pp. 350 y ss., CUCHILLO, M., Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, Civitas, Madrid, 1996, pp. 163 y ss., GONZALEZ GARCIA, J.V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 117 y ss.

Vid., asimismo, las referencias que se efectúan del mismo, con cita de abundante doctrina norteamericana *infra* Capítulo VI.3.3.

[492] Vid. *infra* Capítulo VI.3.3.

Administración consistente en la toma en consideración de todos los elementos relevantes para la toma de la decisión, en no tener en cuenta factores que no eran pertinentes al caso, en la existencia de una conexión lógica entre datos manejados, decisión y motivación de la misma y la toma en consideración de las otras alternativas susceptibles de elección diferentes a la finalmente escogida y que han surgido durante el procedimiento administrativo. En definitiva, esta jurisprudencia - que tiene su punto álgido en la sentencia del Tribunal Supremo *State Farm* de 1983, en la que se anuló, en aplicación de la doctrina del *hard look*, una norma referida al equipamiento de vehículos automóviles con mecanismos automáticos de seguridad para los viajeros[493] -, establece la obligación administrativa de efectuar un auténtico ejercicio razonado de la discrecionalidad mediante un procedimiento efectivo de elaboración de la decisión, lo que, como se analizará en su momento, tiene consecuencias directas sobre la necesidad de elaborar un expediente adecuado o la obligación de responder a las alegaciones presentadas por los ciudadanos durante el procedimiento de elaboración de reglamentos, incluyendo las respuestas en el preámbulo de la norma finalmente adoptada, potenciando así la efectividad de la participación ciudadana.

Finalmente, dentro de este sucinto repaso a diversos sistemas jurídicos donde es posible detectar la existencia de este deber de ponderación de hechos e intereses envueltos en el ejercicio de la discrecionalidad, debemos destacar la virtualidad que en este sentido despliega el art. 97.1 de la *Constitución italiana* al consagrar el principio de imparcialidad, al que ya hemos hecho repetida referencia. Como vimos en su momento, este principio, desde una perspectiva negativa equivalente a la prohibición de parcialidad, supone que en el

---

[493] En concreto el Tribunal Supremo anuló la derogación de la normativa que imponía la obligación de que todos los vehículos fabricados a partir de una determinada fecha llevaran incorporado bolsas de aire de inflado automático en caso de colisión o cinturones de seguridad automáticos. Sobre esta sentencia, vid. LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación...*, op.cit., pp. 132 y ss.

ejercicio de la discrecionalidad no puede producirse una discriminación a causa de intereses políticos partidistas o presiones provinientes de intereses privados. Junto a este significado, la doctrina italiana ha destacado el papel de *orientación positiva de la discrecionalidad* que este principio representa. Efectivamente, diversos autores han subrayado la función del principio constitucional de imparcialidad como regla de conducta administrativa, como directiva referida al proceso de transformación de la función en la concreta decisión administrativa, constituyendo, así, un canon de comportamiento especialmente importante cuando del ejercicio de la discrecionalidad se trata[494]. La imparcialidad de esta manera se "objetiviza" al ser referida a la actuación administrativa[495]. En este contexto, este principio expresa la obligación "di compiere un esame comparativo e di tener conto dei risultati di tale esame", el deber de reunir todos los datos precisos, ponderar todos los intereses envueltos y tomar una decisión que sea el resultado de una conexión lógica con la ponderación efectivamente efectuada; lo que postula el principio de imparcialidad, en esta vertiente positiva, es que "no ha importanza tanto un risultato quanto il modo in cui al risultato si arriva", ya que se trata de un principio instrumental, cuyo fin es permitir la toma de la mejor decisión posible[496]. Este principio impone, pues, el deber a la Administración de conocer las circunstancias relativas al supuesto y, partiendo de ese conocimiento, ponderar

---

[494] En contra de este enfoque se muestra GIANNINI, M.S., *Diritto...*, op.cit., pág. 91, quien considera que esta vertiente positiva del principio "diventa ovvio, e giuridicamente privo di risultato; e infatti per giustificarne la presenza si vorrebe vedere in esso il fondamento del procedimento amministrativo, delle norme di garanzia di uffici e di titolari di uffici, e simili. Tale indirizzo non è però accettabile, perché il principio d´imparzialità ha vigenza negli ordinamenti generali contemporanei anche lá dove gli ordinamenti non conoscono i procedimento amministrativo, le norme di garanzia, ecc. ecc.". Sin embargo, como a continuación comprobaremos, no coincidimos con la aseveración de que no puedan extraerse consecuencias jurídicas de la consideración del principio de imparcialidad como obligación administrativa de considerar de modo objetivo los intereses envueltos en el ejercicio de la discrecionalidad.

[495] Vid. SALA, G., "Il principio...", op.cit., pp. 102 y ss.

[496] CASSESE, S., *Imparzialità...*, op.cit., pág. 83.

equilibradamente los intereses presentes en el ejercicio de la discrecionalidad, sin ignorar, minusvalorar o otorgar un peso excesivo e injustificado a alguno de ellos, tomando una decisión final acorde con esa ponderación[497]. La imparcialidad supone, entonces, que la autoridad que ha de ejercer la discrecionalidad "deve tenere conto delle posizioni soggetivi del privato, apprezzando il valore, senza ripiegare partigianamente sulle proprie ragioni"[498], valorando comparativamente los diversos intereses implicados; este principio constitucional impone que "l´autorità che procede alla scelta valuti con equilibrio - *rectius* con imparzialità - il peso degli ulteriori interessi publici e privati, che sono collegati all´interesse affidato alla sua cura"[499].

En definitiva, *puede apreciarse como en diversos sistemas jurídicos está consagrdo un deber de los órganos administrativos de conocimiento y ponderación de las circunstancias e intereses presentes en el caso antes de ejercer la discrecionalidad y elegir una de las alternativas posibles, a fin de orientar el núcleo extrajurídico de la decisión, logrando de este modo un incremento en la calidad de ésta, así como una mayor garantía del acierto de la misma.*

Este deber ha tenido reflejo en el ámbito del Derecho Comunitario en 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. 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

---

[497] Vid. ALLEGRETTI, U., *L´imparzialità...*, op.cit., pp. 22 y ss.

[498] BARONE, G., *L´intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1969, pág. 69.

[499] BARONE, G., "Discrezionalità", op.cit., pp. 4 y ss., donde se cita diversa jurisprudencia en la que se afirma este deber administrativo de conocer los elementos de fácticos pertinentes al caso y de valorar los intereses públicos y privados envueltos en el ejercicio de la discrecionalidad.

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).

a.3) **El principio constitucional de objetividad como directiva de comportamiento administrativo**.

Pues bien, consideramos, como ya adelantamos, que *en España existe también una regla positiva de comportamiento administrativo semejante, impuesta por el principio de objetividad plasmado en el apartado primero del art. 103 CE.* Mientras el principio de imparcialidad prohíbe el comportamiento administrativo parcial, es decir, influido por consideraciones ajenas al caso que dan lugar a discriminación, el de objetividad expresa un plus, una exigencia añadida, la necesidad de que el órgano administrativo ejerza su discrecionalidad previo conocimiento suficiente de las circunstacias del caso y ponderando los intereses, públicos o/y privados, envueltos en el asunto. Esta exigencia, característica del principio de objetividad, explicaría la distinción que realiza nuestra Constitución - en este punto más precisa que la italiana - entre imparcialidad (103.3) y objetividad (103.1). En este sentido, SANTAMARIA PASTOR ha señalado que si bien la objetividad está estrechamente relacionada con la imparcialidad, ambos principios tienen contenidos diversos, constituyendo el de objetividad "una directriz que se refiere a la actividad administrativa objetivamente considerada.

Desde esta perspectiva, la objetividad exige la concurrencia de un doble requisito: primero, que la actividad pública sea fiel a los fines que el ordenamiento atribuye a la potestad concreta que se ejerce, que persiga éstos y no otros distintos (de donde el vicio de desviación de poder es, ante todo, una ausencia de objetividad en la actuación). Y segundo, *que la actividad se desarrolle mediante una exacta ponderación de todos los intereses en juego* que la Ley ordena proteger en cada caso (por ej., los de todos los aspirantes a un concurso), mediante el empleo de los criterios que la propia norma establezca; y, en otro

caso, de acuerdo con criterios técnicos de congruencia o razonabilidad, generalmente admitidos y que sean adecuados al fin para el que la potestad conreta ha sido atribuida"[500]. Es el segundo requisito de los aludidos por este autor el que nos parece derivado del principio de objetividad, no así el primero, puesto que la necesidad de que la Administración sirva a los intereses generales no deriva del principio de objetividad, sino, más propiamente, de la misma esencia de la función administrativa tal y como se define en el art. 103.1 CE. El servicio a los intereses generales es un presupuesto lógico sobre el que opera el principio de objetividad, el cual establece un deber referido al cómo deben servirse esos intereses generales.

MORELL OCAÑA señala, en el mismo sentido, que la objetividad "implica una constatación y valoración del supuesto ajena a toda consideración personal, por una parte; por otra, la *ponderación* de ambos intereses [el privado y el público] de conformidad con lo establecido por la voluntad distinsta de la del funcionario que actúa: la voluntad de la norma", actuando este principio como "regla de conducta" de los agentes administrativos, los cuales si no la respetan, vulneran el Derecho, aun cuando el resultado del ejercicio de la discrecionalidad no sea contrario al mismo, por cuanto se estaría ante un uso defectuoso de la discrecionalidad, la cual implica necesariamente "la necesidad de elegir aquéllo que se más conforme a los principios generales y bienes jurídicos a proteger", no cabiendo la libre decisión, el arbitrio, en el ejercicio de la misma[501]. Por su parte, PAREJO ALFONSO entiende que "la objetividad es a la Administración (organización) lo que la imparcialidad es a los funcionarios públicos (que el art. 103.2 CE requiere que se garantice para el correcto

---

[500] SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 250. Los subrayados son nuestros.

[501] MORELL OCAÑA, L., "El principio...", op.cit., pp. 159 y ss.

ejercicio de sus funciones por éstos). La imparcialidad de los funcionarios es, pues, una condición necesaria, aunque no suficiente, para la objetividad de la Administración. Y ésta supone, así, un mandato de consideración de todos y cada uno de los elementos relevantes para su actuación, pero sólo de éstos, y de ponderación correcta de los mismos, es decir, a tenor de todos los criterios pertinentes y justificables, pero sólo de éstos"[502]. En esta línea, SAINZ MORENO destaca que "entendida la objetividad de la Administración como la cualidad de la adecuación a su objeto, a los fines que la justifican, el principio de objetividad coincide con el de "buena administración", esto es, con la exigencia de una actuación administrativa bien fundada en el conocimiento de los hechos, en el Derecho vigente y en los objetivos que se propone alcanzar"[503]. Coincidimos con esta opinión, si bien debemos matizar que, a nuestro entender, el principio de buena administración no se identifica con el principio de objetividad. Como tuvimos ocasión de exponer, el principio de buena administración exige que la Administración se sitúe en la mejor de las situaciones posibles antes de ejercer la discrecionalidad, puesto que ésta conlleva la obligación de lograr la decisión más acertada en su servicio al interés general. Este principio comporta, a su vez, una serie de principios y deberes más específicos, los cuales se articulan en persecución de esa finalidad de obtención de una decisión discrecional de la mejor calidad. Entre estos principios derivados y conectados con el de buena administración se encuentra, además del

---

[502] PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, MAP, Madrid, 1995, pág. 127. Este mismo autor, en su obra *Administrar...*, op.cit., pág. 94, indica, en relación con la discrecionalidad inherente a la potestad normativa local, aunque creemos que con aplicación al ejercicio toda discrecionalidad, que la toma de la decisión está sujeta a una serie de deberes: "de investigación y determinación del material a ponderar según la situación real de las cosas (mandato de información suficiente y selección correcta de la misma)", "de ponderación objetiva y distanciad, es decir, imparcial y desinteresada, que procure aquilatar los bienes según su peso o valor (primariamente constitucional) respectivo", y el deber de "consideración de las consecuencias de la ponderación".

[503] SAINZ MORENO, F., voz "objetividad" en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 4491, y en "Principios...", op.cit., pág. 128.

de racionalidad visto y otros que analizaremos más adelante, el de objetividad, el cual, en consecuencia, no se identifica con aquél, sino que lo integra sin agotarlo.

Consideramos que el principio de objetividad del art. 103.1 CE constituye *una directiva de comportamiento administrativo*, especialmente importante cuando de decisiones discrecionales se trata. Este principio impone un deber positivo de actuación a la Administración, consistente en la exigencia de que el órgano administrativo, al ejercer la discrecionalidad y antes de optar por una de las alternativas posibles, investigue las circunstancias del caso concreto y pondere los intereses envueltos en el mismo. El principio de objetividad, pues, exige una ponderada estimación de los intereses presentes antes de decidir, debiendo efectuarse un examen efectivo de los datos relativos al caso concreto, puesto que la decisión discrecional no puede ser producto de la intuición personal del órgano administrativo, sino resultado de un "juicio lógico de estimación", conectado lógicamente con esas circunstancias propias del supuesto, previamente investigadas[504]. La Administración debe, en primer lugar, conocer las circunstancias del caso, para lo que ha de hacerse con la información necesaria. En función de la misma, la Administración debe *ponderar* los datos e intereses afectados por la decisión antes de adoptar ésta. Este deber de ponderación, derivado del principio de objetividad constitucional, ha sido recogido en la legislación sectorial. Es el caso, por ejemplo, del ámbito urbanístico, donde la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, señala en su art. 3 que:

---

[504] Vid. en este sentido SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos...*, op.cit, pp. 348 y ss., y "Reducción...", op.cit., pp. 92 y ss., quien, con anterioridad a la promulgación de la Constitución, ya hacía referencia a una serie de deberes de actuación administrativa derivados de la esencia misma de la discrecionalidad y de la noción de interés público.

"La actividad urbanística constituye, en su conjunto, una función pública, cuya titularidad y responsabilidad corresponden a las Administraciones Públicas competentes, *que la gestionarán y desarrollarán conforme a una equilibrada ponderación de los bienes jurídicos relevantes* territorialmente protegidos por la Constitución y para la máxima realización posible en cada caso del orden por ésta definido".

El verbo ponderar se utiliza aquí en dos de las acepciones del mismo en lengua castellana: como acción de examinar con cuidado algún asunto y como acción de contrapesar y equilibrar, lo que supone desde una perspectiva matemática la atribución de un peso a un elemento de un conjunto con el fin de obtener una media ponderada[505]. Ambos significados merecen una atención singularizada a los efectos de nuestra exposición.

En primer lugar, el deber de ponderación ínsito en el principio constitucional de objetividad exige que el órgano administrativo resolutorio considere atentamente y con cuidado los datos y circunstancias relativas al supuesto antes de decidir[506]. En palabras de palabras de CASSESE, "la Administración debe valorar y definir todo el contexto formal y material, adquiriendo un conocimiento pleno y exhaustivo de las circunstancias relativas a la situación concreta"[507]. Tras este estudio auténtico y riguroso de los datos relativos al caso concreto - deber que como hemos tenido ocasión de analizar está presente también en diversos sistemas jurídicos distintos del español - la Administración está, ahora sí, en la

---

[505] *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*, vol.II, Espasa-Calpe, Madrid, 21ª ed., 1992.

[507]CASSESE, Sabino, *Las bases...*, op.cit., pág. 263.

situación adecuada para valorar los distintos intereses implicados, atribuyéndoles pesos diversos en función de criterios metajurídicos, lo que conducirá, finalmente, a la elección de una de las alternativas posibles en ejercicio de la discrecionalidad. Lógicamente la valoración de los intereses envueltos implica su conocimiento, con lo que la cuestión de la *participación ciudadana* en la toma de decisiones se conecta, como veremos, con el principio de objetividad, puesto que el desarrollo del deber de conocimiento de esos intereses lleva aparejada esa participación.

Como pone de relieve la jurisprudencia del TS, la discrecionalidad "ha de fundarse en *razones suficientes y ponderadas* que no se opongan por su finalidad, al Ordenamiento Jurídico armónico establecido"[508], debiéndose en el ejercicio de la misma "tenerse en cuenta una *ponderada estimación* de esa noción de interés público"[509], puesto que "la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue"[510]; en definitiva, la decisión discrecional debe ser el resultado de "un proceso razonado e intelectivo en que sin duda habrán de ser valoradas las circunstancias que puedan dar lugar y contribuir a que esa decisión sea adoptada con la mejor voluntad y buen criterio"[511]. Sólo tras el seguimiento de tal proceso la Administración estará en condiciones de sopesar y decidir teniendo presentes las circunstancias del caso.

---

[508] STS de 23 de marzo de 1990 (Ar. 2669).

[509] STS de 29 de noviembre de 1985 (Ar. 5574).

[510] STS de 6 de mayo de 1992 (Ar. 3486).

[511] STS de 10 de febrero de 1984 (Ar. 795). En idéntico sentido, vid. la STS de 11 de abril de 1984 (Ar. 1919).

En segundo lugar, la ponderación derivada del principio de objetividad supone la posibilidad de la Administración de atribuir diferente peso específico a los intereses envueltos en la decisión en virtud de criterios metajurídicos. Esta decisión constituye, como ya nos consta, el corazón mismo de la discrecionalidad, su "núcleo duro". No vulnerando el ordenamiento jurídico, la Administración decidirá según el criterio de la norma y cuando ésta no contemple ninguno según aquél que se considere más adecuado para obtener la decisión mejor en su servicio a los intereses generales, ponderando equilibradamente los intereses presentes de conformidad con las circunstancias específicas del supuesto. El principio de objetividad impone el deber positivo de que tal ponderación se efectúe, pero no fija ninguna escala o *ranking* entre los diversos intereses que puedan estar en juego. Sí debe tenerse presente la pauta constitucional, la cual supone que deban recibir especial protección los derechos fundamentales y las libertades públicas consagradas en el Texto Fundamental[512], así como que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores de la política social y económica aludidos en el Capítulo Tercero del Título Primero (arts. 39 y ss. CE) deba informar, la actuación administrativa y, por tanto, en lo que ahora nos atañe, orientar la elección de alternativas en ejercicio de la discrecionalidad, todo ello de conformidad con el art. 53.3 CE. La virtualidad jurídica[513] desplegada por estos

---

[512] La STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4º, partiendo de "el ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado Social de Derecho", ha subrayado que "de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también *la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano*". (Los subrayados son nuestros).

[513] Existe acuerdo doctrinal respecto a la eficacia jurídica de estos principios. Vid. en este sentido, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E., *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 1983, 3ª ed., pp. 39 y ss., DE ESTEBAN, J. y LOPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, vol.I, Labor Universitaria, 1981, pp. 342 y ss.

principios[514] supone que los poderes públicos - entre ellos la Administración - tengan "la obligación (...) de tomarlos en cuenta, orientando conforme a ellos la elaboración y aplicación de las normas y el diseño de sus políticas"[515]. En consecuencia, la ponderación de intereses en juego en el caso deberá tener presente las directivas constitucionales aludidas, las cuales establecen una guía de decisión, pauta que no permite deducir la solución más adecuada de forma automática, pero que contribuye a orientar el uso de la discrecionalidad y, en consecuencia, la elección final entre alternativas.

Teniendo presente en todo caso esas orientaciones constitucionales, el resultado de la ponderación de intereses públicos y/o privados en el caso dependerá, en última instancia, del criterio metajurídico de la Administración[516]. Ahora bien, en este último caso, el criterio puede venir vinculado previamente, a través de la *orientación política del Gobierno*, como ya sabemos, o de la autolimitación efectuada por la Administración en virtud del establecimiento de una *directriz* o de la resolución continuada de igual forma de supuestos semejantes, lo que hace entrar en escena la doctrina del *precedente administrativo*. Sin embargo, esa vinculación de la discrecionalidad no es total, sólo limitada, y esa limitación es producto, como a continuación se explicará, de la virtualidad, precisamente, del principio

---

[514] BELADIEZ ROJO, M., *Los principios...*, op.cit., pp. 88 y ss., ha destacado su condición técnica de auténticos principios generales del Derecho.

[515] SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 453.

[516] Corresponde al órgano administrativo, con pleno conocimiento de causa del supuesto, determinar en ejercicio de la discrecionalidad cuál sea el equilibrio ente los intereses envueltos. Una guía en este sentido puede ser el principio denominado por HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1983, pág. 48, de *concordancia práctica*, el cual, respecto de valores constitucionales, demandaría que en caso de conflicto se intentara optimizar los bienes enfrentados, de tal manera que cada uno obtuviera la mayor efectividad posible. Debe tenerse en cuenta que, como pone de relieve este autor, este principio impide que a causa de una ponderación precipitada se realice absolutamente un bien o valor en detrimento de otro. No permite, sin embargo, la determinación de cuál sea ese equilibrio, que quedará entonces, como se expone, a criterio de la Administración cuando se trate del ejercicio de la discrecionalidad, siempre, eso sí, que no se vulnere el ordenamiento.

de objetividad constitucional.

a.4) **Objetividad y orientación política de la actividad administrativa por el Gobierno. Objetividad y criterios generales administrativos.**

Por lo que se refiere a la orientación por el Gobierno de la discrecionalidad, vimos en su momento como esta era posible en virtud de los poderes de dirección de la Administración que la Constitución reconoce al Gobierno (art. 97.1). El Gobierno, responsable político de la actuación administrativa, dirige a la Administración, elaborándose así las políticas públicas en cada sector, mediante la orientación de las decisiones discrecionales. En principio, el principio de objetividad del art. 103.1 CE no se opone a esta dirección gubernamental, pues como ha sido notado "el principio de objetividad no excluye la legítima orientación política de la Administración, sino sólo la actuación partidista, contraria al principio de igualdad de los ciudadanos; la objetividad exige una buena administración, pero no una Administración políticamente indiferente"[517].

En consecuencia, dirección política de la Administración y objetividad no tienen que ser incompatibles, sino que, por el contrario, son nociones complementarias, puesto que "una conducta objetiva implica atenerse a los hechos comprobados y a los datos de la realidad de una manera estricta, aunque la línea de conducta no puede nunca ser ajena a las directrices políticas impartidas por el Gobierno, pues corresponde a éste apreciar cuáles son los intereses generales y establecer prioridades entre ellos. Sólo a partir de estas decisiones

---

[517] SAINZ MORENO, F., "Dirección...", op. cit., pp. 2509 y 2510. Deben efectuarse, sin embargo, algunas matizaciones a las palabras citadas. En primer lugar, la actuación parcial no está prohibida por el principio de objetividad, sino, más precisamente, por el de imparcialidad (103.3 CE), el cual es presupuesto necesario del de objetividad, como tuvimos ocasión de analizar. En segundo lugar, el principio de buena administración no deriva del de objetividad, sino al contrario. Una exigencia de la buena administración, no la única, es que la actuación administrativa sea objetiva, pero la objetividad no agota el deber de buena administración sino que lo integra, junto a otros principios, tales como el de racionalidad, ya visto, o los de eficacia y coordinación que analizaremos más adelante.

gubernamentales será obligado para los administradores actuar con objetividad"[518]. Es más, la orientación política del Gobierno puede tener efectos positivos, puesto que introduce un factor de racionalización del actuar administrativo, al contribuir a acabar con la imagen de una Administración que actúa saltuaria e improvisadamente, sin ningún criterio asumido. En este sentido MARTIN-RETORTILLO ha destacado el papel racionalizador representado por la fijación gubernamental de posiciones y criterios que orienten el diario actuar administrativo, otorgando una coherencia de conjunto a la actividad de la Administración Pública[519].

Ahora bien, a lo que sí se opone el principio de objetividad - y ello exige interpretar sistemáticamente el art. 97.1 y el 103.1 CE - es al establecimiento por el Gobierno de unos criterios rígidos de resolución referidos al ejercicio de una potestad discrecional administrativa, que supongan la adopción *a priori* de una posición de principio por la Administración en el uso de la discrecionalidad. Si como hemos visto el principio de objetividad exige que la Administración antes de adoptar una decisión discrecional pondere las circunstancias del caso concreto y resuelva de acuerdo con esa ponderación, entonces este principio es incompatible con un ejercicio de la discrecionalidad ajeno a esa ponderación y consecuencia de la aplicación automática de la orientación política del Gobierno, expresada,

---

[518] BAENA DEL ALCAZAR, M., "La organización...", op.cit., pp. 270 y 271.

[519] MARTIN-RETORTILLO, S., *El reto*..., op.cit., pp. 44 y ss. En este sentido, en la pág. 50, este autor destaca que "en la vida ordinaria de nuestra naciente democracia se presentan, día a día, temas acuciantes cuya premura parece impedir una actuación responsable y serena, conforme a una directriz política establecida y prevista. Nos hemos referido ya a ello. De todos modos, hay que enfrentarse con el tema y superar la carencia de este tipo de directrices en el seno de nuestra Administración, en la que quizá sea la ordenación presupuestaria la única dosis de racionalidad, *siquiera sea formal*, con la que actualmente se encuentra el quehacer diario de nuestra Administración".

en ejercicio del principio de jerarquía, mediante instrucciones o circulares[520] o, simplemente, por ejemplo, en forma oral, por parte de los órganos superiores de la Administración. En consecuencia, el deber de ponderación de las circunstancias del caso impuesto por el principio de objetividad impide la sujeción de la discrecionalidad administrativa a posturas de principio desconectadas del supuesto. Por ello ha sido notado, en relación con la posición supraordinada del Gobierno respecto de la Administración, que "no puede continuar calificándose a la Administración como un orden puramente jerárquico (que supone que el órgano superior reúne en su mano, además de sus competencias propias, todas las encomendadas a los órganos inferiores, a los que puede sustituir en sus tareas). Ello no entraña, sin embargo, una pulverización de la maquinaria administrativa: la reconducción a la unidad y a la coherencia de la acción de cada uno de los centros competenciales queda garantizado no por el mecanismo clásico de la jerarquía, sino por los poderes de dirección, a los que tan certeramente alude nuestro texto constitucional. Poderes éstos de contenido más flexible, que no permiten la suplantación total de la voluntad del inferior por la del superior, sino el condicionamiento de la actuación del primero a la consecución de un determinado marco de objetivos que los órganos superiores establecen: frente a la orden concreta e imperativa, típica manifestación de la jerarquía, el poder de dirección se expresa (primordialmente, aunque no de modo exclusivo) en la *definición de objetivos*, que el órgano inferior ha de alcanzar en el ejercicio de ls competencias que el ordenamiento le atribuye, y en la orientación de su actividad mediante *directivas* vinculantes"[521].

---

[520] Sobre las instrucciones y circulares como denominaciones distintas que se refieren a una misma noción, vid. BAENA DEL ALCAZAR, M., "Instrucciones y circulares como fuente del Derecho Administrativo", *RAP*, 48, 1965, pág. 110, y BOQUERA OLIVER, *La publicación de disposiciones generales*, *RAP*, 31, 1960, pág. 72.

[521] SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos*..., op.cit., pág. 240.

El principio de objetividad postula, pues, una cierta autonomía de los órganos administrativos en el ejercicio de la discrecionalidad, autonomía que, a la vez, debe ser compatible con la legítima orientación política del Gobierno. En esta tensión entre objetividad y dirección política de la Administración, la figura jurídica de la *directriz* creemos que puede desempeñar un papel relevante.

Como ha sido puesto de relieve en el estudio de la figura jurídica de la directriz efectuado en nuestro país por Pablo MENENDEZ[522], ésta tiene virtualidad en distintos ámbitos de la actividad administrativa: respecto a las relaciones entre Administración territorial e institucional[523], en referencia a las relaciones interadministrativas entre Administraciones territoriales[524] y, aspecto que es el que nos interesa en este momento, en la esfera de las relaciones entre órganos administrativos jerárquicamente ordenados en el seno de una misma Administración territorial[525]. En este último ámbito, la directriz constituye una figura de orientación y limitación de la discrecionalidad del órgano inferior, sin eliminar en ningún caso ésta. Esto diferencia a la directriz de la órden jerárquica, por cuanto ésta última sí supone la desaparición de la discrecionalidad, al comportar la obediencia de la orden la anulación de la voluntad del órgano inferior. En cambio, la directriz no supone la desparición de la discrecionalidad, sino sólo su condicionamiento o limitación; el órgano que

---

[522] Nos referimos a su obra *Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial*, Civitas, Madrid, 1993.

[523] MENENDEZ, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 97 a 149.

[524] MENENDEZ, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 150 y ss.. Por lo que se refiere al papel de las directrices en el ámbito de las relaciones entre la competencia autonómica de ordenación del territorio y la municipal de ordenación urbanística como elemento coordinador de ambas, vid. PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 114 y ss.

[525] MENENDEZ, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 33 y ss. Vid. al respecto las consideraciones efectuadas ya por MARTIN-RETORTILLO, S., en "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", *RAP*, 22, 1957, pp. 152 y ss.

recibe una directriz no puede ignorarla - puesto que no se trata de una mera recomendación o consejo -, pero tampoco debe aplicarla automáticamente sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto: deberá tenerla en cuenta y aplicarla en principio, salvo que una ponderación de las circunstancias e intereses envueltos en el supuesto concreto conduzcan al órgano administrativo a considerar conveniente su inaplicación, en cuyo caso deberá motivar el porqué considera necesario, a la vista del caso, excepcionar la aplicación de la directriz[526].

La directriz permite conciliar así las exigencias del poder de dirección político del art. 97.1 CE con las derivadas del principio de objetividad de la actividad administrativa del art. 103.1 CE. Por un lado, el establecimiento de directrices previo al ejercicio de una potestad discrecional permite racionalizar la actividad administrativa, al señalar unos criterios, según los cuales, en principio, se ejercitará aquella[527]. Por otro lado, la existencia de directrices potencia el respeto del principio de igualdad, en el sentido de que la directriz contribuye a garantizar que los ciudadanos serán tratados de forma igual en supuestos semejantes de ejercicio de la misma potestad discrecional[528]. La directriz permite la dirección de la

---

[526] MENENDEZ, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 52 y ss. Este autor señala en la pág. 58, a modo de resumen, que "la directriz interorgánica *condiciona* o *limita* pero no *vincula* la actividad discrecional del órgano destinatario. No conlleva, como en el caso de la orden, un deber de obediencia del subordinado, que deberá "tenerla presente" pero que podrá inaplicarla en un supuesto de hecho concreto, siempre que lo motive suficientemente, ya que sólo él será responsable de su observancia o inobservancia".

[527] En este sentido, vid. SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos...*, op.cit., pág. 264, PAVLOPOULOS, P., *La directive...*, op.cit., pp. 76 y ss., GALLIGAN, D.J., "The nature...", op.cit., pág. 314..

[528] En este sentido, MENENDEZ, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 79 y ss., PAVLOPOULOS, P., *La directive...*, op.cit., pp. 94 y ss., y PELLISSIER, G., *Le principe d´égalité en droit public*, LGDJ, Paris, 1996, pp. 96 y ss., en las que se señala que la directiva "constitue aussi un moyen indirect d´imposer l´egalité non pas dans le contenu de l´acte mais dans les éléments de son édiction. L´existence d´une directive soumet les mesures individuelles qui en dépendant aux mêmes exigences formelles que le principe d´égalité, car la directive et le principe d´égalité sont appliqués selon les mêmes regles. La directive doit en principe être respectée, et en cela elle constitue une règle constante

actividad administrativa, racionalizándola y potenciando el respeto del principio de igualdad y, a la vez, salva el principio de objetividad de la Administración, pues evita rígidas posiciones de principio incompatibles con el ejercicio ponderado de la discrecionalidad, que requiere un análisis efectivo de las circunstancias del caso antes de tomar una decisión[529]. La directriz permite así la *flexibilidad* exigida por el principio de objetividad, sin renunciar por ello a la orientación general de la actividad administrativa, pudiendo la Administración en ejercicio de la discrecionalidad ""adaptar" las decisiones tomadas más "arriba" al terreno concreto de aplicación"[530], lo que deviene especialmente necesario, por ejemplo, en el campo de la intervención en la economía.

Así, la ya citada Recomendación R (80) 2 de 11 de marzo del Consejo de Ministros señala en el apartado II.6 de su apéndice que uno de los principios fundamentales que deben guiar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa es el de la aplicación de las directrices administrativas generales de forma constante y consecuente[531], aunque teniendo, al mismo tiempo, en cuenta las particulares circunstancias de cada caso. El apartado III.8 en relación con lo acabado de exponer matiza que cuando la Administración en ejercicio de su

---

dont tous les administrés peuvent se prévaloir. Son existence crée une situation originelle d´égalité. L´administration peut déroger à la directive lorsque la situation considérée n´entre pas dans le cadre de la directive, ou lorsque l´intérêt général le justifie".

[529] Sobre la imposibilidad de establecer a priori posiciones de principio que excluyan el análisis de las circunstancias del caso concreto antes de ejercer la discrecionalidad, vid., MENENDEZ, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 66 y ss., G. ISAAC, *La procédure...*, op.cit., pág. 29 y ss., PAVLOPOULOS, P., *La directive...*, op.cit., pp. 32 y ss., GALLIGAN, D.J., "The nature...", op.cit., pp. 325 y ss., HADFIELD, B., "Judicial...", op.cit., pág. 13, RADFORD, M., "Controllo...", op.cit., pág. 86, CRAIG, P.P., *Administrative...*, op.cit., pp. 391 y ss.

[530] SUBIRATS, J., *Un problema de estilo*, CEC, Madrid, 1992, pág. 52.

[531] Las cuales, indica el apartado III.7 deben ser hechas públicas o comunicadas de una manera apropiada y en la medida necesaria al interesado que así lo solicite, con anterioridad o posterioridad a la toma de la decisión que le afecta. Sobre la publicidad de las directrices vid. las consideraciones de MENENDEZ, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 92 y ss.

discrecionalidad se aparte en un caso concreto de una directriz y afecte negativamente los derechos libertades o intereses de un interesado, deberá informar éste de los motivos de la excepción realizada[532]. En consecuencia, las directrices deben ser tenidas en cuenta por el órgano administrativo resolutorio, pero no cabe su aplicación rígida sin tomar en consideración las circunstancias del caso concreto, las cuales una vez ponderadas, conforme a las exigencias del principio de objetividad[533], pueden conducir a que se considere adecuada su inaplicación mediante la correspondiente motivación, tal y como se reconoce por la jurisprudencia francesa[534], italiana[535] y británica[536].

Lo expuesto en relación con las directrices políticas del Gobierno es igualmente aplicable al establecimiento *a priori* por el propio órgano administrativo encargado de ejercer

---

[532] Obligación de motivación que en Derecho español se deriva del art. 54.1 c) LRJPAC que obliga a motivar los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

[533] GALLIGAN, D.J., "The nature...", op.cit., pág. 331, menciona la existencia de un *procedural duty* de la Administración consistente en decidir ponderando en cada caso las circunstancias concretas si se aplica o no la directriz: "an authority, in fulfilling its procedural duty, is being forced constanly to reasses and re-individuate its policies in the light of new claims, and thus to develop a critical, reflective attitude to its policies and decisions. Only the excepcionally cynical will think such a procedural duty a mere formality that offers little guarantee of simpathy to the individual case. In answer one can only reiterate both the principle embedded in democratic systems that sound procedures encourage sound decisions, and the constitutional principle that in respect of administrative discretions the courts are best equipped for developing procedural safeguards rather than dabbling in matters of substantive policy".

[534] En relación a ésta, y en particular a la importante decisión *Crédit foncier de France* del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 1970, vid. MENENDEZ PABLO, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 43 y ss., y PAVLOPOULOS, P., *La directive...*, op.cit., pp. 131 y ss.

[535] En este sentido vid. la decisión del Consejo de Estado de 29 de abril de 1975 citada por BARONE, G., "Discrezionalità", op.cit., pág. 5., según la que la Administración Pública "non può, a mezzo di circolare interna, stablire principi e criteri direttivi, per l´esercizio di potestà tecnico-discrezionali, di natura tale da elidire, nella fase di concreta applicazione di quelle potestà, la possibilità di alcun discrezionale apprezzamento, col che risuterebbe innovato l´ordinamento, transformando quelle medesime potestà, dalla legge volute como discrezionali, in potestà affato vincolate".

[536] Un análisis de la misma puede consultarse en CRAIG, P.P., *Administrative...*, pp. 392 y ss. y sobre todo en el estudio de GALLIGAN, D.J., "The nature...", op.cit., pp. 325 y ss.

la discrecionalidad de criterios y posiciones a aplicar en la resolución de casos semejantes.

Es posible que éste antes de ejercer la discrecionalidad se otorgue a sí mismo directrices que la limiten orientándola. Aquí cabe hacer las mismas consideraciones ya expuestas: no será posible el establecimiento de criterios rígidos de aplicación automática, lo que sería contrario al principio constitucional de objetividad. Lo discrecional no puede convertirse por esta vía en reglado por la propia Administración[537], pero sí puede ser orientado de forma flexible mediante una directriz de aplicación, en principio, a casos semejantes, aunque frente a cada uno de ellos el órgano administrativo debe efectuar una ponderación real de las circunstancias e intereses envueltos y en base a la misma confirmar la aplicación del criterio de la directriz o exceptuarla motivadamente.

---

[537] Se contesta así a la cuestión sugerida por BELTRAN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 195, nota 32, cuando se afirma que "del mismo modo también valdría la pena preguntarse si la Administración puede válidamente convertir siempre y en todo caso en reglado lo que el Parlamento le delegó bajo forma de apreciación discrecional. Sin duda hay casos en que sí (los ya mencionados concursos o licitaciones para el otorgamiento de concesiones demaniales). Pero, ¿puede la Administración - siempre y ante cualquier tipo de habilitación legal y de situación subjetiva del ciudadano - libremente fijar criterios no establecidos por las leyes y autolimitar su discrecionalidad?". En nuestra opinión, se plantean aquí dos cuestiones distintas. Respecto a si la Administración puede convertir en reglado lo que la norma configuró como discrecional, mediante la fijación de criterios predeterminados a aplicar rígidamente, la respuesta, a nuestro entender, debe ser negativa, puesto que tal conversión contravendría el principio de objetividad en la actuación administrativa, que exige una ponderación de las circunstancias e intereses envueltos en cada ejercicio de la discrecionalidad. Por lo que se refiere a si la Administración puede autolimitar su discrecionalidad, no vemos inconveniente jurídico alguno, siempre y cuando no se vulnere el mencionado principio de objetividad, fijándose *a priori* criterios de aplicación rígida a todos los casos que releven a la Admnistración de su deber de consideración del caso concreto.

a.5) **Objetividad y precedente**.

Finalmente, en relación a la directiva constitucional de objetividad del comportamiento administrativo debe aludirse la vinculación limitada que posee el precedente administrativo para la actividad de la Administración. Sin ánimo de efectuar una exposición pormenorizada de la doctrina del precedente administrativo[538], y a los efectos del presente estudio, debe destacarse su conexión con el principio de igualdad[539], así como con el de buena fe[540]. El uso repetido de los mismos criterios metajurídicos para resolver casos semejantes referidos a particulares diferentes puede derivarse de la existencia de una directriz expresa, bien sea gubernamental o establecida por el propio órgano administrativo, como ya expusimos. Por otro lado, la aplicación repetida de los mismos criterios puede basarse no en una directriz explícita, sino en la propia práctica administrativa, que, caso a caso, ha ido configurando una guía de actuación implícita, basada en la praxis cotidiana, en la repetición continua de un

---

[538] Sobre el precedente administrativo pueden consultarse los trabajos ORTIZ DIAZ, "El precedente administrativo", *RAP*, 24, 1957, pp. 75 y ss., MARTIN-RETORTILLO, S., "El exceso de poder...", op.cit., pp. 141 y ss., ENTRENA CUESTA, R., "El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho Administrativo", *RAP*, 37, 1962, pp. 67 y ss., DIEZ PICAZO, L.M., "La doctrina del precedente administrativo", *RAP*, 98, 1982, pp. 18 y ss., y MENENDEZ, P., *Las potestades...*, op.cit., pp. 79 y ss.

[539] En este sentido, por ejemplo, MARTIN-RETORTILLO, S., "El exceso de poder...", op.cit., pág. 142.

[540] GONZALEZ PEREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989, 2ª ed., pág. 143, distingue la conexión con el principio de igualdad o de buena fe según quien sea el particular afectado por el cambio de criterios de la Administración, puesto que "si se ha ejercido una potestad administrativa aplicando el texto legal en un determinado sentido y más tarde se cambia de criterio, el nuevo acto ha de valorarse respecto de los precedentes de diversa manera, según que los precedentes se hayan dictado respecto de otros o respecto del mismo sujeto:

> - Si respecto de otros, el nuevo acto incurrirá en infracción del principio de igualdad.
> - Si respecto del mismo sujeto, infringirá el principio de buena fe: el administrado ha venido actuando en la confianza de que la Administración seguiría su conducta previa".

mismo criterio en la apreciación de lo adecuado para los intereses generales en supuestos semejantes[541]. Sea cual sea el origen del precedente, lo cierto es que la aplicación continua de un mismo criterio metajurídico para resolver supuestos parecidos, en aplicación del principio de igualdad, hace que la discrecionalidad administrativa quede (limitadamente) vinculada, puesto que como señala la jurisprudencia del TC y del TS, la Administración puede desvincularse del precedente, siempre que motive adecuadamente esa separación y el correlativo cambio de criterio que la causa. Así en la STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2, se señala que el principio de igualdad el que "impone que un mismo órgano administrativo no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales", puesto que cuando éste quiere apartarse de sus precedentes "tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable".

En consecuencia, la Administración está vinculada al precedente en el sentido de que para apartarse de él debe motivar suficientemente el porqué, bien alegando que los supuestos no presentan la semejanza necesaria para que entre en funcionamiento la vinculación, puesto que las circunstancias son distintas, bien exponiendo, en caso de que esa semejanza concurra, el nuevo criterio que le lleva a excepcionar la aplicación del criterio utilizado en otros casos anteriores. Cuando el cambio de criterio aparece razonable y objetivamente fundado, no se produce discriminación aún cuando la Administración se separe del precedente[542]. En la mísma línea, la jurisprudencia del TS ha puesto de relieve la limitada virtualidad del

---

[541] En relación a este aspecto, vid. MARTIN-RETORTILLO, S., "El exceso de poder...", op.cit., pp. 159 y ss., donde se alude a la vinculación de la praxis admistrativa respecto de la actividad discrecional.

[542] En este sentido, por ejemplo, STC 39/1989, de 16 de febrero, FJ, 4, negando la existencia de discriminación respecto a una decisión discrecional puesto que el cambio de criterio de la Administración "aparece razonablemente fundado", y STC 54/1993, de 15 de febrero, FJ 1, donde se afirma que el principio de igualdad no protege "la legítima aspiración a la igualdad material o de hecho, frente a desigualdades de trato que no derivan de criterios jurídicos discriminatorios, sino de otras circunstancias objetivas y razonables"

precedente administrativo[543], indicando que la ausencia de vinculación "sólo exige la suficiente motivación en la que el Órgano justifique la rectificación del anterior criterio, conciliando así la seguridad jurídica con el ajuste de legalidad de la actuación administrativa", motivación exigida en la actualidad por el art. 54.1 c) LRJPAC[544], puesto que el cambio de criterio, si está fundamentado, no supone la existencia de discriminación; el principio de igualdad no veda en sí la alteración del criterio admnistrativo, sino sólo la variación no adecuadamente motivada[545].

Pues bien, sobre el cuadro descrito, basado en exclusiva en el principio de igualdad y en el de buena fe, creemos que incide también el principio de objetividad del art. 103.1 CE. En nuestra opinión, la virtualidad de éste en relación con el precedente administrativo se despliega de la siguiente forma. En primer lugar, el principio de objetividad, entendido, ya lo hemos visto, como deber de ponderación de las circunstancias del supuesto antes de proceder al ejercicio de la discrecionalidad, a fin de garantizar el acierto de la decisión, supone que el órgano resolutorio deba tener en cuenta y ponderar también la aplicación repetida que se haya hecho de un mismo criterio en casos semejantes. Es decir, la Administración debe ser consciente, - y manejar ese dato antes de ejercer la discrecionalidad - de la *política pública* que hasta el momento ha estado desarrollando en ese concreto ámbito

---

[543] Virtualidad que, por otro lado, el TS limita a la actividad discrecional de la Administración, excluyendo a la reglada. Vid. por ejemplo SSTS de 18 de febrero de 1987 (Ar. 664) y 29 de junio de 1987 (Ar. 4942). Algunos autores han destacado la falta de virtualidad del precedente en relación con la actividad reglada, como por ejemplo MARTIN-RETORTILLO, S., "El exceso de poder...", op.cit., pág. 142, ORTIZ DIAZ, "El precedente...", op.cit., pp. 84 y ss. En contra se pronuncia DIEZ PICAZO, L.M., "La doctrina...", op.cit., pp. 28 y ss., para quién también jugaría en relación a las potestades regladas, puesto que en las mismas es necesario efectuar una interpretación normativa para proceder a su ejercicio, interpretación que comporta un cierto margen de apreciación administrativo donde también jugaría el precedente.

[544] STS de 3 de marzo de 1995 (Ar. 2292).

[545] En este sentido, por ejemplo, STS de 20 de diciembre de 1995 (Ar. 9657).

de actuación, bien sea en aplicación de una explícita directriz bien sea mediante el establecimiento de una praxis constante. Ahora bien, la toma en consideración del precedente no supone la aplicación automática de éste a los supuestos futuros[546]. Por el contrario, *el propio principio de objetividad impone que, caso a caso, el precedente se pondere como un dato a tener en cuenta, pero que no se aplique automáticamente, puesto que el principio exige el estudio particularizado de las circunstancias de cada supuesto*[547], lo que puede llevar a que la Administración, tras este examen, y a la vista del asunto concreto, pueda variar el criterio hasta el momento aplicado[548], siempre, eso sí, motivando adecuadamente esa alteración[549].

En consecuencia, el principio de objetividad contribuye a explicar la vinculación

---

[546] Como pone de relieve MARTIN RETORTILLO, S., "El exceso de poder...", op.cit., pág. 143, "si admitiéramos tal vinculación directa derivada del propio acto en sí mismo, tendríamos que un acto sustantivamente individualizado determinaría a la propia Administración directamente el contenido de una interminable cadena de actos administrativos, ajenos totalmente y desconocidos a su voluntad en aquel momento".

[547] Como señala SALA, G., *Il principio...*, op.cit., pág. 99 y ss., del principio de imparcialidad recogido en la Constitución italiana se deriva la necesidad de una paridad de tratamiento de supuestos iguales, pero "pure in presenza di fattispecie identiche l´amministrazione non può dunque limitarsi a ripetere il provvedimento già assunto ma deve reiterare il procedimento per verificare se esistono i presuposti per la concretizzazione del potere in un atto avente un identico contenuto", ya que el principio de imparcialidad también exige que "situazioni diverse abbiano una correspondente differenziazione di trattamento", por lo que es necesario un análisis ponderado de los intereses envueltos y de los elementos característicos de cada supuesto concreto.

[548] Así, MENENDEZ, P., *Las potestades administrativas...*, op.cit., pág. 83, indica que la Administración "podrá eventualmente apartarse del precedente cuando cambie su criterio sobre el interés general o cuando la situación de hecho sea diferente (porque en el caso concreto concurran determinadas circunstancias peculiares que hacen que ese supuesto de hecho no sea idéntico a los anteriores) (...). La Administración, eso sí, tendrá la obligación de explicitar las razones concretas de hecho y de derecho que le han llevado a ese apartamiento".

[549] GONZALEZ GARCIA, J.V., *El alcance del control...*, op.cit., pp. 122 y ss., pone de relieve, con cita de diversas decisiones judiciales, como de la doctrina jurisprudencial norteamericana del *hard look* se deriva una exigencia de particular motivación cuando la agencia se separa de sus precedentes. Dado que el control *hard look* supone la comprobación de que la Administración ha tenido en cuenta todos los elementos necesarios para tomar la decisión más acertada, cuando ésta decide separarse del precedente debe demostrar la existencia de un análisis razonado de sus políticas previas así como de la idoneidad de los nuevos criterios que vienen a sustituir a los anteriores.

limitada del precedente, y la imposibilidad de su aplicación automática, sin la ponderación de los elementos pertinentes a cada caso. El precedente actúa así como una guía de la actividad administrativa a tener en cuenta, pero no vincula, no puede hacerlo, la discrecionalidad administrativa cuando varían las circunstancias o el criterio metajurídico utilizado. En este sentido, la motivación es el elemento que debe permitir constatar tanto que la Administración ha ponderado los precedentes existentes antes de resolver como que, en caso de apartarse de ellos, su decisión se basa en las diferentes circunstancias existentes o en el cambio del criterio empleado para la toma de la decisión discrecional, respetándose de esta manera los principios de objetividad e igualdad.

a.6) **El principio de objetividad como guía en positivo del comportamiento administrativo. Su distinción del principio de proporcionalidad.**

A tenor de todo lo expuesto, puede comprobarse, pues, *como el principio de objetividad actúa como una pauta de comportamiento de la Administración en el ejercicio de sus funciones. Este deber consiste en la ponderación de las circunstancias, hechos e intereses, envueltos en la toma de la decisión discrecional. Esa ponderación implica en primer lugar tener un conocimiento de causa adecuado de esas circunstancias, para, en segundo lugar, ejercer la discrecionalidad teniendo en cuenta esos datos previamente manejados. El principio de objetividad impone así un deber positivo de actuación administrativa, no un límite meramente negativo a la discrecionalidad.*

La existencia de un deber de ponderación como el que aquí se sostiene ha sido afirmado en la doctrina española por LOPEZ GONZALEZ[550]. Este autor sostiene el deber de la Administración de proceder a una apreciación concreta, caso a caso, del interés general, lo que supone "valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto y ponderar la adecuación de las medidas adoptadas al fin que señala el ordenamiento jurídico". Este deber lo deriva LOPEZ GONZALEZ del *principio general de proporcionalidad*, el cual actuaría "no sólo como *límite de legalidad* de la acción administrativa, en la medida que la actuación desproporcionada de la Administración vulnera el deber de servicio "con objetividad" a los intereses generales, sino además como *pauta de comportamiento* de la actuación administrativa, en cuanto que disciplina el "modus operandi" de la Administración para satisfacer con objetividad el interés general". Esta *función positiva* de la proporcionalidad

---

[550] LOPEZ GONZALEZ, J.I., *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ediciones del Instituto Garcia Oviedo, Universidad de Sevilla, 1988, especialmente pp. 86 y ss. y 135 y ss.

implica que, aparte de ser límite sustantivo en el ejercicio de potestades administrativas, ésta además "actúa como criterio funcional y directivo de la acción administrativa al servicio del principio de legalidad y de los valores de libertad y de justicia que vinculan asimismo a la Administración".

Coincidimos con este autor en la existencia de un deber, constitucional, de ponderación administrativa en el desarrollo de sus funciones, deber que es de especial significación respecto al ejercicio de la discrecionalidad, como hemos desarrollado extensamente en páginas anteriores. Sin embargo, disentimos respecto al fundamento de tal deber. En nuestra opinión, ya expuesta, es el principio de objetividad la fuente de esa pauta de comportamiento administrativo, no el de proporcionalidad. Las razones que apoyan nuestra tesis son diversas. En los sistemas jurídicos de nuestro entorno, en los que también rige, como veremos, el principio de proporcionalidad, no se deriva de éste el deber positivo de comportamiento aludido, sino que el mismo se conecta a la esencia misma de la discrecionalidad o, caso de Italia, a otros principios constitucionales dirigidos a la disciplina *en positivo* del actuar de la Administración.

Este último inciso es importante y nos conduce a un punto de singular importancia. El principio de proporcionalidad es entendido y analizado en los países europeos de nuestro entorno, y en el Derecho Comunitario, como una herramienta de control judicial y, en consecuencia, como un límite *en negativo* del actuar administrativo. En cambio, el principio de objetividad es una guía o pauta constitucional *en positivo*, dirigida por el texto fundamental a orientar la actividad de la Administración. Por ello consideramos más acorde con la interpretación sistemática de la Constitución y con la naturaleza del principio de proporcionalidad, de la que nos ocuparemos en su momento, considerar ligado el deber de ponderación, en sus dos manifestaciones descritas, al principio de objetividad del art. 103

CE. Sin perjuicio de volver sobre la cuestión en su momento[551], quisieramos citar unas palabras de BARNES, quien niega la coincidencia entre el principio de proporcionalidad y el principio de concordancia práctica al que antes aludíamos. Para este autor el principio de proporcionalidad "consiste en un juicio negativo, por cuanto prohíbe que el medio sea "desproporcionado"; la ponderación que propugna la concordancia práctica, en cambio, se resuelve en un juicio positivo, al perseguir el máximo grado de plenitud de los bienes en presencia. Un medio puede ser proporcional (principio de proporcionalidad), pero no el óptimo (principio de concordancia práctica). Pero el medio óptimo es en todo caso proporcional"[552]. En esta línea, aunque cambiando los conceptos, podemos afirmar que el principio de objetividad propugna que la decisión sea ponderada; el de proporcionalidad que no sea desproporcionada; una decisión ponderada puede ser desproporcionada, puesto que el resultado de la ponderación puede vulnerar el principio de proporcionalidad. Ahora bien, una decisión que no sea desproporcionada puede vulnerar, en cambio, el principio de objetividad, porque, ésta, a pesar de no infringir el límite del principio de proporcionalidad, no ha sido el resultado de un proceso ponderado de decisión, que es lo que exige el principio del art. 103.1 CE.

---

[551] Vid. *infra* en este mismo Capítulo el epígrafe 4.3.

[552] BARNES, J., "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario", *RAP*, 115, 1994, pág. 532, nota 166.

b) **El deber de actuación administrativa coordinada. La obligada ponderación de los diversos intereses públicos.**

La Administración debe, además de actuar objetivamente, desarrollar sus funciones de forma coordinada, eficaz, eficiente y económica. Debe advertirse, antes de iniciar el análisis de estos dos deberes constitucionales, que los diversos deberes contenidos en el texto constitucional no desarrollan su virtualidad de forma aislada o inconexa. Por el contrario, como se verá, los deberes de actuación racional y objetiva despliegan sus efectos en íntima conexión con los de eficacia y coordinación. A su vez, estos dos últimos también presentan puntos de contacto, interactuando entre sí en su labor de orientación de la actividad administrativa. Así, ha sido notado como el principio de coordinación es *presupuesto* necesario del de eficacia. Entre ambos principios existe una directa relación "pues sólo una Administración coordinada puede ser capaz de una acción y, por tanto, de un resultado eficaz en los términos constitucionales"[553]. Por otro lado, eficacia, eficiencia y economía, siendo conceptos diferentes como se verá, presentan una serie de interconexiones y de relaciones.

Sin olvidar esta interconexión entre estos principios y los deberes de conducta administrativa de ellos derivados, procederemos a continuación a exponer, a los efectos del presente trabajo, el significado de los deberes constitucionales de actuación administrativa coordinada, eficaz, eficiente y económica.

---

[553] PAREJO ALFONSO, L., *Estado social...*, op.cit., pág. 146.

Respecto al deber de *actuación coordinada*, el punto de partida obligado debe ser la constatación de la pluralidad y diversidad de las Administraciones públicas, consecuencia, en parte, de la estructura descentralizada de nuestro Estado[554]. Como es sabido, diversos preceptos constitucionales son de obligada consideración en este punto. El art. 2 CE indica que "La constitución se fundamenta en la indisoluble *unidad* de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la *autonomía* de las nacionalidades y regiones que la integran y la *solidaridad* entre todas ellas", mientras el art. 137 sostiene que "el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses".

Como es conocido, la Constitución no utiliza una definición concreta del modelo de Estado, no decantándose por la denominación ni de Estado federal ni de Estado confederal. En el mundo puede sostenerse que existen dos grandes tipos de Estados, desde el punto de vista de la distribución del poder. De un lado, los Estados unitarios, con un único centro de gobierno con poder de decisión política, aunque puedan existir entes administrativos con poderes de gestión, un ejemplo de los cuales podría ser Francia. De otro, los Estados compuestos, con una pluralidad de centros de gobierno con capacidad de decisión política, con diversos niveles de poder, caso de los Estados Unidos de América o Alemania. Pues bien, en esta tipología elemental, el Estado español encaja en el segundo de los modelos aludidos, el de los Estados compuestos, dada la pluralidad de niveles políticos existentes -

---

[554] En lo que sigue, vid. con caracter general las consideraciones contenidas en MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Madrid, 1982, pp. 137 y ss., GARCIA DE ENTERRIA, E., *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1985, AJA, E., et al., *El sistema Jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 80 y ss., SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pp. 257 y ss., y ALBERTI, E., et. al., *Manual de Dret Públic de Catalunya*, Institut d´Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, Barcelona, 1992, pp. 45 y ss., y la abundante bibliografía mencionada en estas obras.

estatal, autonómico, local - y la forma de distribución del poder entre los mismos (en este sentido, STC 37/1981, de 16 de noviembre).

Por lo que se refiere a la distribución del poder entre los distintos centros de gobierno, la Constitución no fija un modelo cerrado y definitivo, sino que establece unos elementos básicos y permite una flexibilidad, desarrollada luego por los Estatutos de Autonomía, en virtud del principio dispositivo imperante, y, en el nivel local, por la legislación propia de éste ámbito. Lo que nos interesa destacar en este momento es la existencia a nivel constitucional de dos principios básicos, auténticos muros de carga del Estado compuesto español. Se trata de la autonomía y la unidad.

Por lo que se refiere al primero, no vamos a profundizar en su estudio ni en el planteamiento de las múltiples cuestiones que el mismo presenta. Simplemente queremos resaltar en este momento que el principio de autonomía, como principio organizativo, supone la capacidad para elaborar políticas propias por cada nivel de poder, en el ámbito de sus competencias, las cuales se constituyen en la articulación técnico-jurídica de la distribución del poder, mediante el ejercicio de una serie de potestades para ejercitar estas competencias y desarrollar aquellas políticas[555].

En definitiva, la existencia de autonomía política comporta, como no podría ser de otro modo, el surgimiento de visiones distintas del interés general en partes distintas del territorio. Se constata así la existencia de una heterogeneidad de los intereses públicos, propia del Estado pluralista, a la que ya hemos hecho referencia en su momento y que ha sido

---

[555] También, claro es, en el nivel local. Al respecto vid. por todos las consideraciones de SANCHEZ MORON, M., *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 174 y ss.

advertida con lucidez por diversos autores ya citados[556].

En el ámbito de estas consideraciones introductorias de carácter genérico que estamos efectuando, debemos aludir al segundo de los elementos basilares del edificio constitucional, el principio de unidad a que se refiere el art. 2 CE. Esta es la otra cara de la moneda respecto al principio de autonomía, con el que interacciona y mantiene una tensión limitadora, fuerza que recorre los dos polos de la aludida relación. El principio de unidad, sin profundizar ahora en su sentido, se nos presenta como una exigencia constitucional, para cuya existencia es imprescindible una uniformidad básica de las instituciones políticas en todo el territorio del Estado y una posición equivalente de los ciudadanos ante los poderes públicos. La Constitución recoge una serie de principios dirigidos a garantizar esta cierta homogeneidad de instituciones y derechos. Sin ánimo, insistimos, de detenernos en estas cuestiones, sí queremos enfatizar que entre los elementos que permiten hablar de la existencia de unidad se encuentra el funcionamiento armónico y coherente de todos los centros de poder y de todas las visiones de los intereses públicos. Para garantizar esta coherencia entre niveles de poder, el art. 2 CE establece un principio, el de *solidaridad*, que podemos encontrar repetido en otros preceptos constitucionales, como el art. 138.1 ("el Estado garantiza la realización efectiva del *principio de solidaridad* consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español...") o en el art. 156.1 ("Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de *solidaridad* entre todos los españoles").

---

[556] Al respecto, vid. GIANNINI, M.S., *Derecho*..., op.cit., pp. 129 y ss, *El poder público*..., op.cit., y el prólogo a esta última obra realizado por Luis Ortega, quien ha insistido en estas ideas en "El reto dogmático...", op.cit., pp. 7 y ss.

El principio de solidaridad "alude a una actitud y a una forma de actuar obligadas de todos los entes públicos territoriales[557]", desde la idea de que, en última instancia, todos los niveles de poder deben buscar el servicio al interés general. Es por ello que del principio de solidaridad surge un deber jurídico de todos los niveles de poder de comportarse "*con arreglo a criterios de buena fe y de lealtad o fidelidad al sistema*"[558]. Este deber de lealtad supone que aunque cada centro de gobierno tenga sus propios y legítimos intereses, ninguno de ellos, como parte integrante del conjunto, no puede sentirse ajeno a la realización de las funciones de los otros, ni puede actuar lesivamente para los mismos. Se trata de un auténtico deber jurídico, inherente a la existencia misma del sistema, sin el cual no es posible su funcionamiento armónico.

El Tribunal Constitucional ha tenido diversas ocasiones de declarar que el principio de solidaridad es tanto un límite negativo en el ejercicio de las competencias cuanto un mandato positivo de actuación. Como *límite negativo* (STC 46/1990, de 15 de marzo, o STC 64/1990, de 5 de abril), el principio de solidaridad y el deber de lealtad impiden actuaciones de una instancia de poder dirigidas a obstaculizar o dificultar el ejercicio de competencias ajenas, así como actividades encaminadas a lesionar los intereses de las otras. Pero, además, como *deber positivo de actuación*, suponen la existencia de un principio general de colaboración o cooperación en el ejercicio de las competencias de las otras instancias (así, STC 18/1982, de 4 de mayo), cuyos intereses también deberán ser ponderados en el ejercicio de las propias.

---

[557] SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 273.

[558] SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos...*, op.cit., pág. 274.

Es en este marco genérico, sumariamente apuntado, donde debe incardinarse el principio de coordinación a que se refiere el art. 103.1 CE, como una de las técnicas al servicio de esta colaboración entre instancias de poder derivada del principio de solidaridad y del deber de lealtad. Además de la Constitución diversas normas hacen referencia al principio de coordinación. Es el caso, por ejemplo, de los arts. 22.1 Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico, 3.1 LRJPAC, 6.1, LBRL, 3.1 f) y 3.2 h) LOFAGE, o, a nivel autonómico, 46.1 de la Ley catalana 13/1989, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat, entre otros.

El Tribunal Constitucional ha tenido diversas ocasiones de pronunciarse sobre el principio de coordinación, desde la conocida sentencia 32/1983, de 28 de abril, donde se refirió a la coordinación en los siguientes términos: "la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto del sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad del sistema". Creemos que no tiene objeto exponer esta jurisprudencia, ya conocida, sobre el principio de coordinación, aunque sí se aludirá a ella en aspectos puntuales conectados con el hilo de nuestra exposición[559].

---

[559] En relación con la jurisprudencia constitucional sobre el principio de coordinación, vid. GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, A., y CORDOBA CASTROVERDE, D., "Principio de coordinación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *DA*, 230-231, 1992, pp. 337 y ss., donde puede encontrarse una recopilación ordenada por materias concretas, y LAVILLA RUBIRA, J.J., voz "Coordinación", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 1726 y ss.

La doctrina también se ha ocupado extensamente del principio de coordinación, tanto en su vertiente intraadministrativa como en la interadministrativa[560], resaltando la dificultad de precisión del término coordinación. A los efectos del presente apartado, centrado en las directivas constitucionales de comportamiento administrativo, nuestra atención se va a centrar en el mandato positivo de actuación que encierra el principio, el cual desplegará su virtualidad especialmente en el caso de la toma de decisiones discrecionales.

Desde esta perspectiva, debe subrayarse que el Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia 25/1993, de 21 de enero, que este principio "ha de inspirar la estructura y el *funcionamiento* de la Administración Pública en todos sus factores o esferas (...), en su interior y en sus relaciones externas con las demás". Ello quiere decir, que el principio de coordinación no actúa sólo sobre la organización administrativa, sino que, desde un punto de vista dinámico, también orienta el modo de actuación, el desarrollo de las funciones administrativas[561]. Diversos autores han puesto de manifiesto que la coordinación es un

---

[560] Aparte de la ya citada y de la que se manejará más adelante, vid. con carácter general ALVAREZ RICO, M., *Principios constitucionales...*, op.cit., pp. 72 y ss., donde puede encontrarse bibliografía al respecto, así como el número monográfico de la revista *DA*, 230-231, 1992, ya aludido en la nota anterior, dedicado al principio de coordinación, donde pueden encontrarse diversos trabajos y bibliografía abundante sobre el mismo.

[561] En este sentido, vid. PAREJO ALFONSO, L., *Estado social...*, op.cit., pp. 138 y ss.: "el alcance propio del principio, teniendo en cuenta su proclamación constitucional, ha de ser, pues, el de vincular a su exigencia propia el ejercicio de la potestad organizatoria (*lato sentido*, comprendiendo también la regulación de los procedimientos y formas de actuación administrativas), en el plano legislativo y reglamentario y con independencia de la instancia territorial de que se trate.(...). Dicho esto, va de suyo que la eficacia del principio ha de consistir en imponer al ordenamiento organizativo y de procedimiento administrativos el arbitrio de las técnicas idóneas y suficientes para asegurar el valor de la coordinación.(...)Finalmente no puede dejar de observarse que en el artículo 103.1 de la Constitución el principio de coordinación se predica de la actuación administrativa. Su ámbito de aplicación propio se extiende naturalmente, por ello, al ejercicio de las potestades administrativas distintas de la reglamentaria, es decir, cubre la total actividad administrativa".

resultado, una situación, un estado[562]. Pero no es menos cierto que a ese resultado se llega mediante un proceso, pudiendo suponer la coordinación la capacidad de asegurar la valoración de todos los intereses en juego en el ejercicio de las funciones. La coordinación desde este punto de vista se constituye en guía del proceso de formación de la voluntad de forma que contribuye a garantizar, según ha puesto de relieve en la doctrina italiana PIGA, "la coherencia con los principios de imparcialidad, buen funcionamiento y eficacia"[563]. Coordinación evoca un resultado "que se prevea alcanzar no ya a través de la contraposición de una voluntad superior - cualquiera que sea su grado de obligatoriedad - a voluntades subordinadas, sino, por el contrario a través del ajuste y la armonización de las diferentes voluntades que, en torno a una ideal mesa redonda, llegan a concordarse, pero no a fundirse en una sola voluntad común"[564], pensándose en la coordinación como en "una actividad jurídica que se desarrolla para armonizar, en función de fines comunes, el comportamiento de determinados sujetos autónomos, a los que al mismo tiempo se garantiza su autonomía"[565].

Esta visión dinámica de la coordinación es especialmente útil si se tiene en cuenta que si bien el Tribunal Constitucional ha establecido que la coordinación "implica un límite

---

[562] En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Estado social...*, op.cit., pág. 137, BLANCO TELLA, L, "El mito de la función coordinadora", en GONZALEZ NAVARRO, F., *Organización y procedimientos administrativos*, Montecorvo, Madrid, 1975, o GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, Fco., *Régimen Jurídico...*, op.cit., pp. 188 y ss.

[563] PIGA, F., "Coordinamento (principio del)", en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell´Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1988, pág. 1.

[564] BACHELET, V., *L´attività di coordinamento nell´amministrazione pubblica dell´economia*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 34 y ss., "Coordinamento", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, Giuffrè, Milán, 1962, pág. 634.

[565] MANZELLA, A., *Il parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1992, pág. 344.

efectivo al ejercicio de las competencias" del ente u órgano coordinado[566], y que "conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado"[567], también ha señalado que "la coordinación no entraña la sustracción de competencias propias de las entidades coordinadas, sino que implica tan solo un límite a las mismas"[568], afirmando, en el ámbito de las relaciones entre Administraciones públicas que "no puede traducirse en la emanación de órdenes concretas que prefiguren exhaustivamente el contenido de la actividad del ente coordinado, agotando su propio ámbito de decisión autónoma; en cualquier caso, los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre elección o de discrecionalidad en favor de las Administraciones sujetas a la misma, sin el cual no puede existir verdadera autonomía"[569].

Por lo tanto, si bien la coordinación es un resultado, también es un *proceso*, en el sentido de que *una actuación coordinada debe implicar la toma en consideración en el ejercicio de las propias competencias de los intereses y competencias de las otras instancias, que no pueden ser eliminadas en aras de la imposición de ese resultado*[570].

En este sentido, y en conexión directa con el principio del art. 103.1, *diversas normas jurídicas insisten en ese deber positivo de toma en consideración de las competencias e*

---

[566] STC 32/1983, de 28 de abril, STC 80/1985, de 4 de julio.

[567] STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f).

[568] STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5.

[569] STC 27/1897, de 27 de febrero, FJ 6.

[570] En este sentido, vid. el art. 10.3 LBRL, que señala que "las funciones de coordinación no afectarán en ningún caso a la autonomía de las Entidades locales". Una aplicación sectorial de estos límites en relación a la coordinación del planeamiento urbanístico municipal mediante el acto autonómico de aprobación definitiva, puede consultarse en PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad...*, op.cit., pp. 99 y ss.

intereses de los otros órganos o Administraciones. En el ámbito local, la LBRL recoge en diversos artículos la idea de colaboración entre instancias públicas derivada del principio de solidaridad constitucional[571]. Nos interesa ahora especialmente el art. 55, en el cual se indica que "para la *efectividad de la coordinación* y la eficacia administrativa, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades Locales, de otro, *deberán* en sus relaciones recíprocas:

> b)*Ponderar* en la *actuación* de las competencias propias, *la totalidad de los intereses públicos implicados*, y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones".

En la misma línea, el art. 4.1 LRJPAC[572], inspirado en el anteriormente citado, señala que "las Administraciones Públicas, *en el desarrollo de su actividad* y en sus relaciones recíprocas, *deberán*:

> b)*Ponderar*, en el el *ejercicio* de las competencias propias, *la totalidad de los intereses públicos implicados* y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones".

---

[571] Sobre el sistema de relaciones interadministrativo establecido en la LBRL, vid. ALBERTI, E., "La inserción de los entes locales en un sistema complejo: las relaciones de colaboración entre administraciones", en AA.VV., *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP-Fundació Carles Pi i Sunyer d´Estudis Autonòmics i Locals, 1992, pp. 123 y ss..

[572] Sobre este art. 4 LRJPAC, vid. ENOCH, A., "Relaciones entre Administraciones Públicas", en LEGUINA, J., y SANCHEZ, M. (coord.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, y los trabajos de MAURI MAJOS, J., "Administraciones Públicas, sus relaciones y los órganos administrativos", y ESTEVE PARDO, J., "Las Administraciones Públicas y sus relaciones", en TORNOS MAS, J. (Coord.), *Administración Pública...*, pp. 85 y ss., y 115 y ss., respectivamente.

Es cierto que ambos preceptos contienen, aparte del párrafo citado, otros deberes de actuación, conectados con el principio de colaboración en sentido amplio, como son los deberes de auxilio y cooperación[573]. Sin embargo, desde el punto de vista del desarrollo de las funciones administrativas y del principio de coordinación, que ahora nos ocupa[574], consideramos este deber de ponderación de suma importancia. Efectivamente, el principio contenido en el art. 103.1, en conexión con los preceptos citados, impone un mandato positivo de actuación en el desarrollo de las funciones por parte de las Administraciones Públicas, y de sus órganos, consistente en el deber de ponderar, de tomar en consideración,

---

[573] Así, el art. 4.1 LRJPAC, de igual forma que lo hace la LBRL en su art. 55, apartados a), c) y d), señala que - además de "respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias, apartado a) - existen los deberes jurídicos de "facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias" (apartado c), y "prestar en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias" (apartado d), precisando además el art. 4.2 y 4.3 las condiciones y límites en que deberán ejercerse estos deberes de auxilio y cooperación.

Precisamente en relación con el deber de auxilio, al que se refiere el art. 4.1 c) LRJPAC y el art. 55 c) LBRL, la STS de 12 de noviembre de 1996 (Ar. 1996) ha realizado una aplicación práctica del mismo. Los hechos que dieron lugar a la sentencia fueron los siguientes. La Jefatura Provincial de Tráfico de Valladolid solicitó información al Ayuntamiento de Madrid, en relación con un procedimiento sancionador por infracción de tráfico, sobre el domicilio que constaba en el Padrón municipal de habitantes de un ciudadano. El órgano competente del Ayuntamiento denegó mediante resolución esa información. El Estado recurrió tal decisión, recurso que fue desestimado en primera instancia. Al conocer mediante recurso de apelación el TS del asunto, éste señala que "la temática decisoria que suscita la apelación actual, se condensa, pues, en la determinación concreta de si el Ayuntamiento de Madrid se encuentra legalmente obligado, cual sostiene la parte apelante, a suministrar a la Jefatura de Tráfico de Valladolid la información que le había solicitado relativa al domicilio, que consta en el padrón municipal de habitantes, de un infractor de las normas de circulación".

Centrada así la cuestión, el TS analiza si se vulnera el derecho a la intimidad del particular o la legislación sectorial específica en la materia en el caso de proporcionar el Ayuntamiento la información solicitada. Finalmente, el TS concluye que no existe ningún impedimento constitucional ni legal, sino que, por el contrario, *el deber positivo de actuación derivado en este caso del art. 55 c) LBRL, impone al Ayuntamiento la entrega de la información*, por lo que se revoca la sentencia de primera instancia.

[574] Sobre la distinción entre el principio de coordinación y los de colaboración o cooperación, vid. las consideraciones de MORON SANCHEZ, M., "La coordinación administrativa como concepto jurídico", *DA*, 230-231, 1992, pp. 25 y ss. y LAVILLA RUBIRA, J.J., voz "Coordinación", op.cit., pp. 1727 y ss., y ALBERTI, E., et.al., *Manual...*, op.cit., pp. 498 y ss.

de sopesar en definitiva, en el ejercicio de sus competencias las competencias del resto de Administraciones, o de los otros órganos existentes dentro de una misma Administración.

Este deber es presupuesto necesario para que, efectivamente, realmente, pueda hablarse de coordinación. Ese resultado sólo será posible si se actúa del modo descrito; el órgano o Administración coordinante debe tomar en consideración los intereses públicos al servicio de los cuales actúa el resto, de igual forma que deben hacerlo éstos cuando desarrollen sus funciones.

Sólo existiendo una auténtica toma en consideración de los intereses públicos envueltos en la toma de la decisión por el órgano competente podrá existir la coordinación buscada como resultado, a la vez que se podrá evitar el surgimiento de conflictos competeciales cuando la decisión ya haya sido adoptada. Como indica LOPEZ GONZALEZ, este deber de ponderación "introduce en el comportamiento de la Administración una dosis de racionalidad que puede hacer evitable en muchos casos el conflicto de competencias", teniendo una "importante capacidad reductora de actuaciones irreflexivas, improvisadas y arbitrarias de la Administración"[575].

Este deber positivo de ponderación de los intereses públicos envueltos en la toma de la decisión, ha tenido también plasmación en la legislación sectorial. Así, por ejemplo, en el ámbito urbanístico, la moderna Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, dedica su Título primero a la "concertación en la gestión de los intereses públicos con relevancia territorial". En el primer capítulo de este título, dedicado a la "concertación administrativa", el art. 6.1 a) señala que la misma tiene por objeto:

---

[575] LOPEZ GONZALEZ, J.I., *El principio...*, op.cit., pág. 88 y ss. y 141 y ss., quien deduce este deber del principio de proporcionalidad. Creemos, sin embargo, más preciso conectar el mismo con el de coordinación, tal y como se sostiene en el texto.

"Asegurar la *correcta valoración y ponderación de todos los intereses públicos implicados* en la definición y ejecución de la ordenación del territorio y del urbanismo *mediante la activa participación de las Administraciones territoriales responsables*".

Partiendo de este enfoque dinámico de la coordinación, parecen evidentes las conexiones que la misma presenta con los principios ya analizados de racionalidad y objetividad, así como con el de eficacia, objeto de exposición en páginas siguientes. Efectivamente, como deber de comportamiento administrativo, la coordinación contribuye a la racionalidad del actuar administrativo, como hemos expuesto ya con anterioridad[576]. Existe, pues una conexión entre el mandato constitucional de actuación racional (art. 9.3 CE) y el de actuación coordinada (103.1 CE), dado que el segundo contribuye al logro del primero. Como ha sido notado por BAENA DEL ALCAZAR, "el principio de coordinación debe ser interpretado en el sentido de que se manifiesta una voluntad de los constituyentes de distribución y funcionamiento racional de la organización administrativa. En efecto, según su planteamiento estático, la coordinación implica distribuir racionalmente las tareas entre los órganos de modo que sea posible un funcionamiento real y eficaz. Según su aspecto dinámico quiere decir que quien tiene el poder debe llevar a cabo una tarea permanente de solución de conflictos y armonización de actuaciones de los órganos administrativos"[577].

Por otro lado, si la actuación coordinada impone, como vimos, un deber de

---

[576] PAREJO ALFONSO, L., *Estado social...*, op.cit., pág. 137: "la coordinación es, indudablemente y por de pronto, una necesidad ínsita en la condición misma de las organizaciones administrativas en cuanto creaciones humanas que obedecen en su constitución, diseño, capacidad y funciones o cometidos a criterios de una racionalidad a la que dificilmente es reductible por entero la compleja y evolutiva realidad".

[577] BAENA DEL ALCAZAR, M., "La organización...", op.cit., pp. 275 y ss.

ponderación en cada supuesto de los intereses públicos envueltos en la toma de la decisión, es clara la interconexión entre el principio de objetividad y el de coordinación. Como analizamos en su momento, el primero impone el deber de una cuidadosa y efectiva consideración de todas las circunstancias e intereses implicados en el supuesto; en esa toma de consideración deberán incluirse, por supuesto, los heterogéneos intereses públicos que puedan existir, como obligación positiva de actuación derivada del principio de coordinación.

Además, el principio de coordinación conecta con los de eficacia, eficiencia y economía que serán objeto de estudio a continuación. En cualquier caso, *puede adelantarse que la ponderación de intereses públicos presentes es condición necesaria para que pueda hablarse de una actuación administrativa eficaz, eficiente y económica*. El Tribunal Constitucional ha puesto de relieve esta imbricación en su sentencia 27/1987, de 27 de febrero, por cuanto la necesidad de un resultado armónico y coherente derivado de la coordinación es una exigencia de "la unidad misma del sistema en su conjunto" y del "principio de eficacia administrativa que debe predicarse (...) del entero entramado de los servicios públicos". Es evidente que el descoordinado ejercicio de competencias conduce a la ineficacia, al dificultarse el efectivo y rápido servicio al interés general, a la ineficiencia, al obstaculizar la óptima relación entre medios y recursos públicos empleados para cumplir los objetivos, al producirse solapamientos y duplicidades, y a la ausencia de economía en la actuación administrativa, al favorecer ya no el ahorro sino el despilfarro de los recursos públicos utilizados en el servicio efectivo al interés general. En las páginas siguientes se desarrollará con más detenimiento las relaciones entre los principios ahora simplemente enunciados[578].

---

[578] Como pone de relieve LAVILLA RUBIRA, J.J., "Coordinación", op.cit., pág. 1728, "la coextensión - al menos parcial - de los ámbitos personal y espacial en los que los diferentes entes públicos y órganos administrativos ejercen sus competencias requiere que las actuaciones en las que

En definitiva, el principio de coordinación constitucional, y el deber de actuación positiva impuesto por el mismo, es una guía de comportamiento administrativo, condición necesaria, aunque no suficiente, para que pueda existir una buena administración. La coordinación debe contribuir a ésta; no es posible entender el principio como retórica huera, o en el peor de los casos, como un factor retardante de la actividad administrativa sin ninguna consecuencia efectiva, que conduzca a una eternización de los expedientes administrativos o a una disolución de responsabilidades[579]. Por el contrario, la coordinación impone auténticos deberes jurídicos en el desarrollo de las funciones administrativas, articulados a través de distintas técnicas, *entre ellas el procedimiento administrativo* como veremos, cuya inobservancia o defectuoso cumplimiento debe tener concretas consecuencias jurídicas, puesto que lo que está en juego es, ni más ni menos, que el acierto en la decisión finalmente adoptada, el cual sólo podrá ser fruto de una buena administración, de un correcto desarrollo de la actividad administrativa, en la que la coordinación tiene un papel que desempeñar en la búsqueda del servicio más adecuado al interés general.

---

se traduce tal ejercicio no sólo no sean incompatibles entre sí, sino que se complementen plenamente, sin disfunciones ni duplicidades, en su común servicio al interés general. La descentralización territorial y la inflación orgánica de las Administraciones Públicas no deben, ciertamente, ser pagadas por los ciudadanos al precio de una suerte de esquizofrenia jurídico-administrativa - la que se derivaría del descoordinado ejercicio por cada ente u órgano de sus propias competencias".

[579] Sobre estos peligros, vid. las consideraciones de NIETO, A., *La "nueva" organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 81 y ss.

c) **El deber de comportamiento eficaz.**

En conexión, como ya se puso de relieve, con el deber de coordinación, el art. 103.1 CE se refiere a la necesidad de que la actividad administrativa se desarrolle de acuerdo con el *principio de eficacia*[580]. La alusión a la eficacia puede encontrarse también en otros preceptos constitucionales, como por ejemplo en los arts. 9.2 ("corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean *reales y efectivas*"), 24.1 ("todas las personas tienen derecho a obtener la tutela *efectiva* de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...), 48 ("los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y *eficaz* de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural"), 51.1 ("los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos *eficaces*, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos"), 129.2 ("los poderes públicos promoverán *eficazmente* las diversas formas de participación en la empresa..."), o 138.1 ("El Estado garantiza la realización *efectiva* del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución...").

El principio de eficacia ya se encontraba recogido en el ordenamiento jurídico español con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978. Así en el ya mencionado art. 40.1 de la Ley Orgánica del Estado de 1967 se señalaba que la Administración asumía "el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la *pronta y eficaz* satisfacción del interés

---

[580] El art. 267.1 de la Constitución portuguesa señala que "la Administración Pública será estructurada de tal modo que se evite la burocratización, se aproximen los servicios a la población y se asegure la participación de los interesados en su *gestión eficaz*, especialmente por medio de asociaciones públicas, organizaciones de vecinos y otras formas de representación democrática", insistiendo el apartado segundo de este mismo precepto en la "necesaria eficacia" de la Administración portuguesa.

general". Tras la Constitución, diversas normas de nivel infraconstitucional han reflejado el principio de eficacia, así como los criterios de eficiencia y economía. Así, el art. 22.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico dispone que "Como consecuencia de la reordenación de competencias y servicios que resulten del proceso autonómico se reestructurará la Administración del Estado, observando, en todo caso, los principios constitucionales de eficacia, desconcentración, coordinación y economía del gasto público". La LRJPAC en su art. 3.1 indica que "las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia...", mientras en el segundo apartado del mismo precepto se señala, como ya sabemos, que las Administraciones Públicas se rigen "en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio al ciudadano"[581]. El art. 4 también se refiere a la eficacia, en el ámbito de las relaciones entre Administraciones Públicas. La LOFAGE incluye entre los principios de organización y funcionamiento de su art. 3 los de "economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales" (art. 3.1 d), "eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados" y "eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos" (art. 3.2, apartados a y b, respectivamente). En el ámbito local, la LBRL en su art. 6.1 reproduce el art. 103.1 CE, mencionando el principio de eficacia, al que también alude en el art. 55.1 en el marco de las relaciones interadministrativas. Por lo que se refiere a la legislación sectorial, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del mismo, definen la función fiscalizadora realizada por este órgano como la referida "al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a

---

[581] En el ámbito de la legislación autonómica, vid. por ejemplo el ya mencionado art.3 de la Ley catalana 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Generalitat de Catalunya: "l´organització i l´actuació de l´Administració de la Generalitat s´ha d´articular de manera que es garanteixin l´eficàcia i la diligència màximes en el compliment de les seves funcions i en la prestació dels seus serveis".

los principios de legalidad, eficiencia y economía" en relación a la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos (arts. 9.1 y 27.1, respectivamente)[582]. Por su parte, el art. 17.2 de la Ley General Presupuestaria aprobada por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, indica que la Intervención General de la Administración del Estado realizará "el preceptivo control de eficacia(...) mediante análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones, así como del cumplimiento de los objetivos de los respectivos programas". La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, prevé, a su vez, que "el control de eficacia tendrá por objeto la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como del análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones". Finalmente, cabe destacar el art. 3 de la ya aludida Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, el cual incluye entre los principios generales de actuación administrativa en este sector el de "satisfacción de las necesidades de la comunidad con el máximo grado de eficacia y con el mínimo coste social" (apartado b), indicando el art. 4.2 que la eficacia del sistema de transporte debe asegurarse a través de la adecuada utilización de los recursos disponibles, que permita el logro del máximo rendimiento de los mismos.

La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el sentido y significado del principio de eficacia, tal y como adelantamos en su momento[583]. El TC

---

[582] Por lo que se refiere a las instituciones equivalentes autonómicas, vid. por ejemplo el art. 2 de la Ley catalana 6/1984, de 5 de marzo, de la Sindicatura de Comptes.

[583] Una exposición detallada de la jurisprudencia del TC sobre el principio de eficacia puede hallarse en LAVILLA RUBIRA, J.J. voz "Eficacia", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2624 y ss., y PAREJO ALFONSO, L., "La eficacia como principio jurídico de actuación de la Administración Pública", *DA*, 218-219, 1989, pp. 22 y ss., y, más recientemente, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, MAP, Madrid, 1995, pp. 102 y ss.

ha llamado la atención sobre las conexiones entre la caracterización del Estado español como social y este principio, al indicar que "si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de las consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente" (STC 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 3)[584].

Asimismo, el TC ha destacado la virtualidad del principio, el cual establece *un deber de comportamiento positivo de la Administración*, ya que la eficacia es "un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar "de acuerdo" con él (art. 103.1 CE)" (STC 178/1989, FJ 3), mandato que es de directa aplicación al aparato administrativo, correspondiendo al legislador diseñar las normas medios o instrumentos en que se concrete esa exigencia constitucional (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4).

En ese diseño legal, obviamente, no podrá orillarse tampoco el principio constitucional de eficacia, *que el legislador o la propia Administración deberán también respetar*[585]. En este sentido, la STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5, al interpretar el art. 23.2 en conexión con el 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, ha señalado que "sería muy probablemente innecesario y, sin duda, gravoso y dilatorio que en un mismo procedimiento debiera recabarse sucesivamente dictamen de un órgano superior consultivo autonómico de características parecidas al Consejo de Estado y del propio Consejo de Estado,

---

[584] Sobre las relaciones entre eficacia y Estado social, vid. PAREJO ALFONSO, L., *Estado social...*, op.cit., pp. 145 y ss.

[585] En este sentido, STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ2, STC 178/1989, FJ 3 y 5.

con desprecio de los *principios de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y eficiencia y economía del gasto público (art. 31.2 CE)*".

Siguiendo esta doctrina del TC, la jurisprudencia contenciosa aplica la eficacia como principio jurídico que rige la actuación de las Administraciones Públicas, desde la filosofía expuesta por ejemplo en la STS de 26 de febrero de 1990 (Ar. 1512), según la cual "el moderno Derecho Administrativo ya no aspira sólo a la defensa del ciudadano frente a las ingerencias indebidas de los poderes públicos, sino también a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos". El TS utiliza el principio de eficacia como parámetro interpretativo de las normas jurídicas en los diversos ámbitos de actuación administrativa[586], destacando entre ellos el urbanístico, donde la jurisprudencia ha creado una doctrina interpretativa de diversos aspectos de la legislación urbanística, como por ejemplo el alcance y articulación del acto autonómico de aprobación definitiva del planeamiento municipal[587].

El marco normativo y jurisprudencial expuesto nos muestra como el principio de

---

[586] Vid. sobre esta jurisprudencia DELGADO BARRIO, Javier,"Reflexiones sobre el art. 106.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Ed), Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo Garcia de Enterría, Vol. III, Madrid, Ed. Civitas, 1991, pp. 2334 a 2342, y MENENDEZ PEREZ, S., "El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial", en DELGADO BARRIO, J., (Dir.), *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, C.G.P.J., Madrid, 1995, pp. 41 a 64.

[587] El TS ha procedido a una interpretación del art. 132.3 del Reglamento de planeamiento. Este precepto, en principio, sólo da tres opciones a la Administración encargada de aprobar definitivamente cuando el plan está formalmente completo: denegar la aprobación definitiva, concederla pura y simplemente o suspenderla, con devolución en este último caso del Plan al Ayuntamiento para que subsane las deficiencias detectadas. Pues bien, trascendiendo de la literalidad del precepto aludido, el TS efectúa una interpretación sistemática del mismo, de acuerdo con el principio de eficacia, cuyas exigencias de celeridad permiten aceptar las aprobaciones definitivas parciales - así, STS de 27 de julio de 1988 (Ar. 7686) -, condicionadas por la Comunidad Autonónoma - STS de 28 de octubre de 1988 (Ar. 8303) - o que conlleven la introdución directamente por la Comunidad Autónoma de modificaciones -STS de 24 de diciembre de 1990 (Ar. 10191). En relación con este punto, vid. PONCE SOLÉ, J., *Discrecionalidad...*, op.cit., pág. 77.

eficacia tiene auténtica virtualidad jurídica, en contra de lo expuesto por diversos autores, que han negado la efectividad real de tal principio[588]. Afirmada ésta por la jurisprudencia, la dificultad está en precisarla, diferenciándola, en su caso, del juego desplegado por otros principios constitucionales también consagrados en la Constitución y en diversa normativa, como los de eficiencia y economía.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al *significado del principio de eficacia*, debe tenerse en cuenta que el concepto de eficacia es manejado también en otras ciencias distintas a la jurídica. Desde una perspectiva genérica, la palabra eficacia tal y como aparece definida en los diccionarios "evoca básicamente la producción intencionada (con arreglo a un fin o causa) de una realidad (adecuada al fin) como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar", aludiendo "a la producción real o efectiva de un efecto"[589]. Desde este concepto propio del lenguaje ordinario, el vocablo eficacia presenta perfiles propios tanto en la ciencia económica como en la ciencia de la Administración. En la primera, donde como veremos tiene mayor importancia el criterio de eficiencia, PAREJO, tras estudiar varios diccionarios de términos económicos llega a la conclusión de que eficacia "es el grado en que se alcanzan los objetivos propuestos o también la actuación para cumplir tales objetivos", diferenciándose de la eficiencia en el sentido de que mientras ésta "significa hacer bien las cosas, la eficacia supone hacer las cosas"[590]. En el ámbito de la ciencia de la Administración, LOPEZ GONZALEZ, con cita de diversos autores, concluye que el significado de eficacia remite al cumplimiento de los fines, siendo una acción eficaz cuando tiende al logro de un fin

---

[588] Vid. en este sentido, por ejemplo, las opiniones ya expuestas de GARRIDO FALLA, F., *Comentarios...*, op.cit., pág. 1423, y BAENA DEL ALCAZAR, M., "La organización...", op.cit., pág. 272.

[589] Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op. cit., pp. 91 a 93, en las que este autor realiza un análisis de diversos diccionarios en lengua castellana.

[590] PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op.cit., pág. 94.

específico[591]. El concepto de eficacia se centra en el resultado de la acción, en la realización efectiva, real, de los objetivos deseados o programados. La eficacia en este sentido es "el examen de hasta qué punto un programa alcanza sus objetivos"[592].

Teniendo presentes estas aproximaciones, nuestro interés, a los efectos de este estudio, debe centrarse en el concepto *jurídico* de eficacia, cuya precisión ha sido calificada de compleja y dificultosa. Sin embargo, consideramos necesario intentar delimitar la virtualidad de este principio, a fin de poder articular su virtualidad en la práctica, como guía de actuación administrativa, especialmente útil cuando del ejercicio de la discrecionalidad se trata. En esta línea, debe señalarse, en primer lugar, que la eficacia ofrece una orientación para el ejercicio de funciones administrativas, tanto en el ámbito interno organizativo como en el ámbito de las relaciones externas con los ciudadanos. Este principio no actúa sólo respecto al aparato organizativo, es decir en un sentido estático referido a la arquitectura de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, al ejercico de la potestad organizatoria *strictu sensu*[593]. La eficacia actúa también en relación al desarrollo externo de la actividad administrativa que incide directamente sobre los derechos e intereses de los ciudadanos. El principio de eficacia actúa en este segúndo ámbito también como guía u orientación respecto

---

[591] LOPEZ GONZALEZ, E., "Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración Pública", *DA*, 218-219, pp. 75 y ss.

[592] Vid. WINBERG, A., "Reformas administrativas recientes y el papel cambiante de la evaluación de programas en Canadá", en AA.VV., *Hacia una Administración Pública más eficaz*, Sindicatura de Comptes de Catalunya, Barcelona, 1994, pág.88. En esta misma obra, puede consultarse en idéntico sentido POU, J., "Los costes de los servicios públicos, formas de imputación y su evaluación; la experiencia española", pág. 134. También PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op.cit., pp. 94 y ss.

[593] En este ámbito, vid. ALVAREZ RICO, M., *Principios...*, op.cit., pp. 157 y ss.

a cómo debe desarrollar sus funciones la Administración[594], desplegando su virtualidad también desde esta perspectiva dinámica[595]. Es precisamente esta vertiente dinámica del principio de eficacia la que debe ocuparnos en este momento, al referirse al modo de ejercicio de las funciones administrativas. De todas formas, debe tenerse en todo momento presente la profunda interconexión entre el ámbito organizativo y la actuación concreta de las Administraciones Públicas, esferas que interaccionan y que no pueden ni deben ser separadas de manera tajante.

Desde este punto de vista, en segundo lugar, procede interrogarse sobre si este principio actúa sólo sobre el resultado final del ejercicio de la función, permitiendo así calificarlo de eficaz o ineficaz o si, además, ofrece una pauta para el comportamiento administrativo conducente a la obtención de ese resultado. PAREJO ALFONSO, al ocuparse de esta cuestión, ha hecho referencia a ambas facetas, ya que, por un lado, afirma que la eficacia es "una cualidad" del "resultado mismo de la acción administrativa", aludiendo "primariamente al resultado de la actuación (consecución del fin), pasando a segundo plano los medios"; en definitiva la eficacia "supone un juicio sobre la actuación administrativa y

---

[594] MENENDEZ PEREZ, S., "El principio de eficacia...", op.cit., pág. 28: "el principio de eficacia no es o no es inicial o fundamentalmente, un mero principio de organización de las Administraciones públicas. Es ante todo un principio rector de la total actividad de éstas, que desplegará su operatividad, dado el carácter prestacional esencialmente predicable de la Administración en un Estado social de derecho como es el diseñado por nuestra Constitución, prioritariamente para regir y enjuiciar la actividad de la Administración en su proyección hacia el exterior y en la totalidad de los ámbitos en que esa actividad se manifieste; aunque la desplegará también en los ámbitos más internos de la organización, de las relaciones interadministrativas, y de la conformación de los medios, instrumentos y procedimientos de actuación, en la medida en que estos ámbitos constituyen el presupuesto o soporte necesario para la obtención de los resultados demandables"

[595] PAREJO ALFONSO, L., *Tres Estudios*..., pp. 111 y ss., ha llamado la atención sobre la incorrección de la postergación del principio de eficacia sólo "al ámbito de la "organización" y, por tanto, el "funcionamiento interno" (esencialmente entregados a la ciencia política y de la Administración y a la teoría de la organización y de su gestión) y su desconexión de la actividad "externa", primariamente relevante para la valoración estrictamente jurídica".

no un mecanismo específico para alcanzar la condición a que ese juicio se refiere"[596]. Pero por otro lado, conectándo la eficacia con el mandato de servicio objetivo al interés general contenido también en el art. 103.1 CE, sostiene que la eficacia es uno de los principios de *actuación* administrativa[597]. Creemos que la virtualidad del principio se despliega en ambos momentos. Por un lado, en la fase previa a la toma de la decisión o prestación del servicio; por otro en el momento posterior a su realización, evaluando hasta qué punto la decisión o la prestación han alcanzado los objetivos perseguidos[598]. En este sentido coincidimos con MENENDEZ PEREZ cuando sostiene que el principio constitucional de eficacia "no impone a la Administración un deber jurídico de obtención de resultados" únicamente. Para este autor, el deber jurídico que impone a la Administración es de que "su actuación se encamine a esa obtención. En la terminología civilista, no se trataría de una "obligación de resultado", sino de una "obligación de simple actividad", "de diligencia" o "de medios". Ello quiere decir que la eventual disconformidad del actuar administrativo con el principio constitucional de eficacia no será predicable por la mera constatación de que con él no se obtuvo el resultado al que debió encaminarse. La vulneración surgirá cuando el actuar no se encamine a la obtención del resultado querido por el ordenamiento, o que sea conforme a éste; o cuando los medios, instrumentos o etapas se presenten objetivamente como inidóneos para tal obtención; o cuando el resultado buscado, estando en línea con el querido por el ordenamiento, no alcance en su misma previsión los niveles que en ese momento puedieran

---

[596] PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social...*, op.cit., pág. 143, y *Tres estudios...*, op.cit., pág. 134.

[597] PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op.cit., pp. 123 y ss.

[598] En este sentido, los arts. 51 y 59 LOFAGE someten a un control de eficacia a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales, sin perjuicio del control previsto en la Ley General Presupuestaria. Este control de eficacia mencionado en estos dos artículos de la LOFAGE "tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados".

objetivamente ser exigibles"[599]. Por decirlo de alguna manera "se hace camino al andar", y una decisión administrativa será o no eficaz dependiendo, en gran parte, del análisis de las posibilidades *a priori* de las posibilidades reales de cumplimiento de los objetivos perseguidos. Por ello, la eficacia como concepto jurídico es "la virtud por la que se puede alcanzar un efecto determinado"[600].

El principio de eficacia impone así un deber positivo de actuación administrativa, a fin de que el correcto desarrollo de la misma permita obtener decisiones, además de legales, eficaces. Queremos destacar este último punto. Ha sido destacado por la doctrina la falsa oposición entre legalidad y eficacia[601]. Ambos conceptos, debe repetirse aquí una vez más, no son contrapuestos, sino complementarios. Nuestra Constitución quiere que la Administración, sin vulnerar el ordenamiento jurídico, sirva a los intereses generales, y además que lo haga de una manera determinada: de forma racional, objetiva, coordinada y eficaz. El principio de eficacia impone, pues, un deber jurídico positivo de actuación. La Constitución, norma jurídica suprema, quiere una actuación administrativa eficaz. La eficacia es una exigencia jurídica. Exigencia que cobra especial significación en aquellos supuestos en que las normas jurídicas abren espacios decisionales a la Administración, permitiendo una elección entre alternativas a fin de servir de la forma más adecuada a los intereses generales. Existiendo discrecionalidad, la eficacia llega hasta donde no quieren o no pueden llegar las normas jurídicas: a guiar la toma de la decisión discrecional, orientando el comportamiento administrativo para que éste se desarrolle de tal forma que permita la obtención de la

---

[599] MENENDEZ PEREZ, S., "El principio...", op.cit., pág. 21.

[600] SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 131.

[601] Al respecto vid. por ejemplo FERNANDEZ, Tomás-Ramón, "Los principios constitucionales...", op.cit., pp. 110 y ss., PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios*..., op.cit., pp. 108 y ss.

decisión que, siendo por supuesto acorde con el ordenamiento, sea además eficaz[602]. No puede existir contraposición entre ordenamiento jurídico y eficacia. La eficacia es una directiva jurídica de comportamiento administrativo, que orienta la actividad discrecional imponiendo un deber positivo de comportamiento. En este sentido, el principio de eficacia constitucional puede y debe compensar el debilitamiento de la racionalidad formal en el caso de la existencia de poderes discrecionales, otorgando pautas para que la Administración logre el mejor servicio a los intereses generales en cada actuación concreta. La eficacia encauza el ejercicio de la discrecionalidad, actuando sobre el núcleo extrajurídico de la misma al imponerse como criterio constitucional a ponderar en las decisiones basadas en consideraciones metajurídicas[603].

Desde estas consideraciones, *creemos que el deber de actuación eficaz se concreta en dos direcciones*. Por un lado, la Administración debe al ejercer la discrecionalidad *ponderar el criterio de eficacia antes de decantarse por las alternativas posibles de servicio a los intereses generales*. Por otro, *la toma de la decisión debe efectuarse con agilidad*, sin más

---

[602] En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op.cit., pág. 123, señala la complementariedad entre eficacia y normas jurídicas, por cuanto el principio jurídico de eficacia ofrece un plus cuando la actividad administrativa no se limita a ejecutar automáticamente una norma. Cuando la Administración goza de un margen de maniobra, la eficacia es un criterio complementario necesario, y de ahí su funcionalidad, pues "si la realización del interés general no es otra cosa que la ejecución - en línea de continuación y en plano distinto - de las normas existentes en cada caso concreto, sobraría (por superfluo) el mandato para aquella realización (que no lo es del Derecho, sino con sometimiento a éste) y también el principio de eficacia en la actuación (que sería idéntico al de legalidad, por reducido a una eficacia jurídica).

[603] Así, MENENDEZ PEREZ, S., "El principio...", op.cit., pág. 36, subraya, en este sentido, que la operatividad del principio de eficacia "alcanza su propia razón de ser tras el cumplimiento de las exigencias del principio de legalidad: de eficacia o ineficacia habrá de hablarse una vez que el resultado al que tiende la acción administrativa guarde congruencia con el fin para el que se concedió la potestad que se actúa. El principio de eficacia añade un plus a las exigencias del principio de legalidad: no se trata simplemente de que la Administración en su actuar busque la consecución del fin para el que se le otorgó la potestad; se trata, además, de que lo busque eficazmente, progresando cuantitativa y cualitativamente, y en la línea que en su caso haya marcado el ordenamiento jurídico, en la búsqueda y logro de los resultados congruentes con el fin inherente a la potestad atribuida".

demoras que las necesarias para garantizar que la decisión tomada lo es cumpliendo los deberes de buena administración analizados, y, en consecuencia, es fruto de una ponderada reflexión.

c.1) **Eficacia y ponderación de alternativas.**

La Administración debe servir eficazmente a los intereses generales según el art. 103.1 CE. Ello implica que en la ponderación de las circunstancias del caso concreto antes de decidir - deber como advertimos derivado del principio de objetividad - uno de los factores que el órgano administrativo encargado de resolver debe tener en cuenta es, precisamente, el grado de eficacia de la decisión a tomar, es decir de efectivo logro de los objetivos propuestos. El concepto jurídico de eficacia está conectado a la idea de efectivo servicio de los intereses generales, de cumplimiento real de los fines de la actividad administrativa[604]. En consecuencia, en la elección de alternativas conforme a criterios metajurídicos, el principio de eficacia proporciona una guía jurídica para la ponderación de los intereses y circunstancias del caso y para la adopción de una resolución. El principio de eficacia supone que en el desarrollo de la función la Administración *considere* los *medios* disponibles y los *objetivos* a lograr, maneje desde esta perspectiva las diversas *alternativas* de acción cuya *realización práctica sea posible antes de elegir* y *sopese los previsibles efectos* de esa elección[605].

La eficacia implica, pues, que el servicio a los intereses generales deba ser efectivo. Esa efectividad, en íntima conexión con el deber de objetividad, implica que, en primer lugar, la Administración deba conocer adecuadamente las circunstancias del caso, los medios que se pueden disponer y los objetivos que se quieren alcanzar. Pero además el deber de

---

[604] En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, op.cit., pp. 125 y ss., en las que se sostiene que "en todo caso, la eficacia postulada constitucionalmente es del servicio, con objetividad, al interés general".

[605] PAREJO ALFONSO, L., "La eficacia...", op.cit., pp. 51 y ss. pone de relieve como estos aspectos forman parte del principio de oportunidad tal y como ha sido teorizado por una parte de la doctrina alemana.

eficacia conlleva implícitamente la necesidad de tener en cuenta y ponderar en la decisión los intereses privados envueltos en el asunto, puesto que la decisión de lo más eficaz en el servicio al interés general comporta el deber de tomarlos en consideración. Desde la concepción derivada de nuestra Constitución del interés general como inmanente a los intereses privados, el servicio eficaz al interés general equivale, en definitiva, al "servicio efectivo a los ciudadanos", por utilizar las palabras del art. 3.2 f) LOFAGE.

En este sentido, PAREJO ALFONSO ha acertado a destacar "un hecho capital: la perspectiva propia y única válida del principio es la del ciudadano, la de la colectividad administrada como destinataria de los servicios públicos". Por ello, en la aplicación de la guía de comportamiento que ofrece la eficacia "ceden todo protagonismo las exigencias propias de la Administración como poder público (...) en favor de la condición radicalmente vicaria y servicial de dicha Administración(...). Y esta eficaz gestión del interés general no es otra cosa que la adecuada y satisfactoria prestación al ciudadano de los servicios públicos"[606]. La óptica, la opinión de los ciudadanos, cuyos intereses forman parte del interés general, adquiere así una relevancia de primer orden para, en primer lugar, elegir una alternativa de acción frente a otra, y para, luego, determinar el grado de eficacia, de cumplimiento del servicio al interés general de la solución finalmente elegida. Por eso, el deber de comportamiento eficaz de la Administración exige que en la toma de decisiones se conozcan los intereses de los ciudadanos y se tomen en consideración sus opinione *antes* de, en aplicación de criterios metajurídicos, elegir la solución que finalmente se considere como más eficaz. El principio de eficacia, aparte del de objetividad, emparenta de esta manera con el de participación ciudadana en la toma de decisiones, como más adelante se expondrá con más detalle.

---

[606] PAREJO LUCIANO, A., *El Estado Social...*, op.cit., pp. 144 y 145.

Pero es que, en este sentido, la toma en consideración de los intereses de los ciudadanos afectados por las decisiones administrativas, mediante su participación en la elaboración, está íntimamente conectada, en última instancia, con la eficacia de la resolución finalmente adoptada. Consistiendo la eficacia en el alcance real, efectivo, de los objetivos previstos, mediante la implementación de las normas y resoluciones, el papel de los individuos o grupos participantes en el procedimiento puede devenir clave en el logro de esa efectividad. La ausencia de toma en consideración de sus intereses en la fase de elección entre alternativas posibles puede conducir, y en la práctica suele ocurrir, a que se produzca una resistencia social contraria a la decisión tomada. NIETO se ha referido a la influencia social negativa sobre las decisiones administrativas[607]. Las normas y los actos administrativos inciden en la vida de los ciudadanos, es decir "no se aplican en el vacío sino en un cuerpo social, que han de penetrar encontrando mayor o menor resistencia y en ocasiones una resistencia literalmente insuperable", debiendo atravesar así "el filtro del cuerpo social"[608]. Los ciudadanos pueden plantear una resistencia a su ejecución, incidiendo de esta manera directamente sobre la operatividad de las decisiones administrativas y en consecuencia sobre su eficacia. Por ello, la actividad eficaz se conecta con los intereses de los ciudadanos y su participación en la toma de decisiones, puesto que la ausencia de ésta puede condicionar la eficacia, al surgir resistencias que impidan el servicio eficaz a los intereses generales[609]. En este sentido, el art. 10 de la ya mencionada Ley madrileña

---

[607] NIETO, A., "El positivismo jurídico y la Constitución de 1978", *REDC*, 26, 1989, pp. 21 y ss. y *Estudios históricos...*, op.cit., pp. 257 y ss.

[608] NIETO, A., *Estudios históricos...*, op.cit. pp. 257 y 258.

[609] ESTEVEZ ARAUJO, J.A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, 1994, Madrid, pág. 144, destaca la conexión entre la resistencia social contraria a la eficacia y la ausencia de toma en consideración de los intereses envueltos en la toma de decisión, en referencia específica a la desobediencia civil: "la desobediencia civil es una protesta que se dirige contra el resultado de una determinada ponderación realizada por la autoridad. La desobediencia civil como test

9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, acierta a plasmar sectorialmente cuanto se viene sosteniendo, al indicar que:

> "La concertación social tiene por objeto *asegurar la consideración y adecuada valoración por las políticas públicas correspondientes de las necesidades y aspiraciones de los sectores de la vida económico-social* más relacionados con la Ordenación del Territorio y el Urbanismo. Se cumple mediante *la información* de dichos sectores sobre las líneas básicas de las referidas políticas y *la participación activa* de aquéllos en su formulación y evolución, en la forma dispuesta en este Capítulo".

En consecuencia, en el ejercicio de la discrecionalidad para la obtención de la solución más adecuada al interés general, el criterio de eficacia entendido como cumplimiento de los objetivos propuestos establece un deber de análisis medios-fines, teniendo presente los intereses de los ciudadanos. En la toma de la decisión debe tomarse en consideración tanto su factibilidad, es decir el grado de cumplimiento real que se espera obtener, las consecuencias previsibles de la misma al llevarse a la práctica y la aceptación que pueda tener en la sociedad, lo que influirá, precisamente, en esa implementación práctica. El manejo de estos datos permitirá racionalizar la toma de la decisión[610]. Se pone de relieve

---

de constitucionalidad es una protesta contra la ponderación llevada a cabo por el legislador. La desobediencia civil como ejercicio de un derecho es una protesta contra la ponderación realizada por la autoridad gubernativa o judicial. Lo que el desobediente civil quiere poner de manifiesto es que determinados intereses, valores, puntos de vista o circunstancias no han sido tenidos en cuenta o no se les ha dado la importancia relativa que merecían".

[610] En este sentido, desde la óptica de la creación de Derecho, vid. SCHÄFFER, H., "Racionalización y creación del Derecho", *DA*, 218-219, 1989, pp. 153 y ss., y especialmente, pp. 185 y ss.

así, como ya advertimos, una conexión entre deberes de comportamiento administativo: el de racionalidad, ya analizado, y el de eficacia.

Pero además, la conexión del principio de eficacia con la claúsula de Estado social del art. 1.1 CE, puesta de relieve como vimos por el TC, también comporta consecuencias jurídicas concretas[611]. Efectivamente, en el entramado constitucional de fines a conseguir por los poderes públicos, entre ellos la Administración, sabemos ya que los principios del Capítulo III del Título I CE (arts. 39 y ss.) conforman un conjunto de orientaciones cuyo "reconocimiento, respeto y protección" deben informar la actuación de los poderes públicos. Pues bien, la claúsula de Estado social representa un vector de unión entre estos principios y el de eficacia, dando lugar a una reacción jurídica del siguiente tenor: en la toma de decisiones discrecionales debe tenerse en cuenta el grado de cumplimiento de las finalidades de los arts. 39 y ss. CE, es decir la eficacia de la decisión a adoptar respecto a su logro. Esto significa que en la ponderación impuesta por el principio de objetividad, deberá tenerse en cuenta, a igualdad de eficacia entre distintas alternativas, el mayor o menor avance en la dirección señalada por los principios citados, a fin de elegir la más eficaz en el logro del concreto interés general perseguido y de las finalidades constitucionales aludidas.

---

[611] Sobre esta relación vid. PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social...*, op.cit., pp. 145 y ss.

c.2) **La eficacia y el tiempo en la actividad administrativa.**

En segundo lugar, decíamos que el principio de eficacia *impone otro deber de comportamiento administrativo*, consistente en la *agilidad* en la toma de decisiones. Aparece así conectado con el concepto de eficacia el factor *tiempo*[612]. Tras un abandono tradicional de la doctrina del estudio del papel del tiempo en el desarrollo de las funciones administrativas - excepto en lo referido a puntuales supuestos, como por ejemplo el silencio o la prescripción -, últimamente parece surgir un renovado interés por esta cuestión. Una muestra de ello son los trabajos de BULLINGER, en torno a los condicionantes temporales de la actividad administrativa, desde una perspectiva genérica[613]. Tras destacar la falta de interés que, en general, han mostrado los administrativistas por el factor temporal en la actividad administrativa, BULLINGER realiza una serie de consideraciones que son de interés en relación con el objeto de nuestro estudio.

Este autor pone de relieve como en las sociedades postindustriales actuales, también denominadas sociedades de la información, el factor tiempo es determinante para el mantenimiento de la competitividad. Los avances tecnológicos, especialmente en el sector de las comunicaciones, permiten, y obligan, a tomar decisiones económicas y realizar transacciones con gran rapidez. La prontitud en la adaptación de la producción y distribución a las informaciones que el mercado proporciona se convierte en clave para que las empresas se adapten con éxito a las exigencias de la competencia. La flexibilidad y presteza en la

---

[612] LAVILLA RUBIRA, J.J., voz "eficacia", op.cit., pág. 2624, pone de relieve la conexión entre rapidez, celeridad y eficacia.

[613] Pueden consultarse los trabajos de BULLINGER, M., "Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)", *REDA*, 69, 1991, pp. 5 y ss., y "La Administración al ritmo de la economía y la sociedad", *DA*, 234, 1993, pp. 85 y ss.

adopción e implementación de decisiones económicas es un elemento primordial en este contexto. Este ritmo económico acelerado propio de los operadores del mercado contrasta con el ritmo característico de la Administración Pública. Ésta se mantiene aún hoy día con un *tempo* de actividad propio de la Administración burocrática que se desarrolló en el marco de la sociedad industrial del siglo pasado, donde la importancia del tiempo no tenía el cariz actual. En el contexto actual, la velocidad de la economía desborda a la marcha de la Administración tradicional, anclada en modos de actuar y ritmos inadecuados al vértigo del mercado.

Disparidad de ritmos, pues, entre la economía y la Administración. Disparidad que produce tensiones y problemas cuando el servicio al interés general implica la intervención administrativa en la actividad de los particulares, ralentizando el desarrollo de sus actividades económicas, las cuales deben ajustarse a ese *tempo* administrativo, con el consiguiente riesgo para inversiones y decisiones económicas que pueden ser oportunas en un momento dado pero que pueden dejar de serlo con celeridad si no se llevan a la práctica rápidamente; y frente a esa rapidez se alza el actuar administrativo, inadaptado al vértigo económico. Es lo que ocurre en el caso, en ejemplo utilizado por el propio BULLINGER, de las autorizaciones relativas a instalaciones industriales.

Ante este conflicto, como apunta el citado autor, caben dos soluciones de distinto signo. O bien se trata de enlentecer el ritmo económico, ajustándolo a las necesidades del funcionamiento administrativo, o bien, por el contrario, la Administración se aproxima al ritmo de las modernas sociedades. BULLINGER descarta la primera opción, pues en la actualidad "estaría fuera del alcance de un Estado individualmente considerado hacer que los "relojes" de su economía nacional funcionen más despacio para reconducirlos a un ritmo más "humano" y ajustado a su Administración. Pues en un mercado mundial libre y, sobre todo,

dentro de un Mercado Común Europeo todos los Estados implicados, junto con sus empresas, se encuentran sumidos en una dura situación de lucha competitiva por el éxito económico y no se pueden permitir ni práctica ni jurídicamente prescribir a sus economías un ritmo más reposado. Según BULLINGER, un Estado que intentara tal cosa estaría organizando al tiempo su hundimiento económico y poniendo en peligro un sinnúmero de puestos de trabajo y pronto dejaría de estar en condiciones de financiar el considerable volumen de las prestaciones sociales merced a un producto nacional bruto y a unos recursos fiscales crecientes"[614].

Descartada esta vía, sólo quedaría la segunda, es decir, el acercamiento del ritmo de la actividad administrativa al del funcionamiento económico, como modo de evitar que la primera cortocircuite al mercado. Pero es que además, a juicio de BULLINGER, la Constitución Alemana impone un mandato a la Administración para que se aproxime al ritmo económico. Existiría "un *mandato constitucional general* de configurar el procedimiento y la organización de la Administración de forma tal que fuera posible corresponder a una apremiante necesidad social de decisiones administrativas rápidas", mandato que se dirigiría tanto al legislador como a la propia Administración cuando pusiera en marcha los procedimientos previamente diseñados[615]. Ese mandato constitucional de comportamiento administrativo ágil, veloz y diligente lo extrae BULLINGER, en primer lugar, del principio de Estado de Derecho. Para este autor se trata de recuperar la visión amplia del Estado de Derecho que algunos autores, por ejemplo VON MOHL y VON GNEIST, tuvieron en el pasado. Esta perspectiva amplia incluía "la forma y manera de plasmar en la realidad social

---

[614] BULLINGER,M., "La Administración...", op.cit., pág. 105.

[615] BULLINGER, M., "Procedimientos...", op.cit., pág. 10, "La Administración...", op.cit., pág. 100.

concreta los preceptos jurídicos", es decir, el procedimiento de ejecución de la ley y su duración. Esta concepción inicial cambia a finales del Siglo XIX, cuando el principio de Estado de Derecho sufrió un "estrechamiento", que condujo a que el mismo no incluyera consideraciones sobre la extensión temporal del procedimiento administrativo, sino que se centrara en los aspectos materiales del comportamiento de la Administración[616].

En segundo lugar, la efectiva protección de derechos constitucionales, como es el caso de la libertad de empresa, puede requerir que, por ejemplo, el procedimiento para la concesión de autorizaciones deba ser desarrollado de tal manera que pueda dar lugar a una pronta resolución, ya que ésta celeridad, o mejor, su ausencia, puede tener "repercusiones en la capacidad competitiva de la empresa"[617]. La efectividad de los derechos puede demandar celeridad en la resolución.

Por otra parte, BULLINGER traza una conexión entre la tutela judicial efectiva, incompatible con la existencia de procesos con dilaciones indebidas, y el retraso excesivo en la toma de la decisión en vía administrativa. La primera no existiría precisamente a causa de esa tardanza administrativa, relación que el mencionado autor fundamenta en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos[618].

Finalmente, pone de relieve como el mandato constitucional de una actividad administrativa sin dilaciones indebidas, que conduzca a la adopción de decisiones en un plazo razonable, tiene implicaciones no sólo respecto de la esfera individual, aspecto hasta el

---

[616] BULLINGER, M., "Procedimientos...", op.cit., pág. 10, "La Administración...", op.cit., pág. 90 y ss.

[617] BULLINGER, M., "Procedimientos...", op.cit., pág. 10.

[618] BULLINGER, M., "Procedimientos...", op.cit., pág. 10.

momento tratado, sino que, más allá, la rapidez en la resolución afecta a la economía en general. La Administración debe procurar que se mantenga un crecimiento económico adecuado, el cual, por otro lado, va a ser el que permita mantener las políticas propias del Estado social[619].

Todas estas directivas constitucionales llevan a BULLINGER a sostener ese mandato ya aludido de prontitud en la actividad administrativa, puesto de relieve también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán en diversas ocasiones, el cual será actualizado discrecionalmente por el legislador y la Administración. El propio autor sugiere algunas ideas para lograr ese objetivo, en las que ahora no corresponde detenerse[620]. Interesa, sin embargo, recalcar que ese mandato constitucional de celeridad tiene sentido en cuanto que sólo de esta manera se puede "preservar la "funcionalidad" de la Administración. Este mandato de mantener a la Administración en condiciones de funcionalidad se puede derivar de un principio de Estado de Derecho liberado de sus recortes tardo-liberales"[621]. Es decir, la agilidad en el desarrollo de las funciones administrativas es necesaria para que la Administración sirva para algo, sea funcional, pues en caso contrario, sus objetivos pueden no alcanzarse.

Ahora bien, ese mandato constitucional de agilidad, celeridad o rapidez en el actuar administrativo, a fin de obtener decisiones en plazos razonables no supone, no puede

---

[619] BULLINGER, M., "Procedimientos...", op.cit., pág. 10: "Sobre la base de este crecimiento económico se financian los crecientes costos de la "red social" que cubre los rigores individuales de la economía libre de mercado. Sin inversión económica no hay crecimiento económico. Con procedimientos de autorización lentos se demora y reduce, sin embargo, la inversión económica. La aceleración de los procedimientos de actuación es, en consecuencia, una contribución esencial para el cumplimiento del mandato constitucional referente al equilibrio económico general, razón por la cual está tanto impuesta como legitimada constitucionalmente".

[620] Sobre las mismas vid. BULLINGER, M., "Procedimientos...", op.cit., pp. 11 y ss, y "La Administración...", op.cit., pp. 106 y ss.

[621] BULLINGER, M., "La Administración...", op.cit., pág. 100.

suponer, que la actividad administrativa devenga precipitada, alocada o irreflexiva. Como adecuadamente resalta BULLINGER, la agilidad debe compatibilizarse y equilibrarse con la exigencia de un actuar ponderado, reflexivo, que permita evaluar los intereses envueltos y los riesgos implicados en la decisión a adoptar. El procedimiento administrativo, por ejemplo el autorizatorio, permite que la Administración realice una serie de *servicios*, tanto en favor del propio solicitante como del interés general. En este sentido, BULLINGER pone de manifiesto como el procedimiento autorizatorio permite constatar la compatibilidad de las instalaciones proyectadas con los preceptos legales, así como ponderar si los riesgos, por ejemplo medioambientales, son realmente tolerables, otorgando al solicitante seguridad respecto de su inversión e incluso protección frente a la eventual exigencia de responsabilidades. Pero no sólo eso; el procedimiento tiene "un efecto positivo de ponderación de los intereses contrapuestos", permitiendo en la medida de los posible la obtención de una solución convincente para los representantes de los mismos[622]. Estos servicios prestados a través del procedimiento no pueden ser garantizados, en cambio, mediante la fijación de plazos estrictos y el establecimiento de la ficción de la resolución presunta positiva; por ello BULLINGER alerta sobre el uso indiscriminado del silencio positivo como técnica para lograr el aceleramiento de la actividad administrativa[623].

Surge así una tensión entre dos exigencias, la agilidad en la toma de decisiones y la necesaria ponderación de éstas antes de su adopción. Como sostiene el autor repretidamente citado, "los organismos administrativos ciertamente deben resolver en el tiempo más breve posible, pero no deben tomar sus decisiones con tanto apresuramiento que no resulte posible

---

[622] BULLINGER, M., "Procedimientos...", op.cit., pp. 13 y ss., "La Administración...", op.cit., pp. 95 y ss.

[623] BULLINGER, M., "Procedimientos...", op.cit., pp. 12 y ss., "La Administración...", op.cit., pp. 88 y ss.

evaluar suficientemente, por ejemplo, los riesgos derivados para el medio ambiente y que, por ello, se suscite resistencia en lugar de despertar la aceptación a la que, (...), se debe aspirar en los procedimientos de otorgamiento de licencias", y en general, añadimos nosotros, en cualquier procedimiento[624].

Estas reflexiones *creemos que son plenamente trasladables a nuestro contexto constitucional*. Nuestra Constitución contiene orientaciones suficientes para poder afirmar que existe un mandato constitucional de rapidez en el ejercicio de las funciones administrativas. Junto a otros argumentos equiparables a los manejados por BULLINGER en relación a la Constitución alemana, es decir, la cláusula de Estado de Derecho (art. 1.1 CE), los derechos constitucionales cuya efectividad puede depender de la agilidad en el comportamiento administrativo (por ejemplo, art. 38 CE), el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la obligación administrativa de actuar diligentemente para promover "las condiciones favorables para el progreso social y económico" en "el marco de una política de estabilidad económica" (art. 40.1 CE), nuestra constitución consagra específicamente un deber de actuación administrativa rápida en el art. 103.1, al consagrar el principio de eficacia administrativa, principio que deberá ser interpretado sistemáticamente con el resto de preceptos, algunos de los cuales ya se han citado.

Deber constitucional positivo, pues, de actuación célere, de desarrollo de las funciones administrativas de forma ágil y presurosa, de acuerdo con el principio constitucional de

---

[624] BULLINGER, M., "La Administración...", op.cit., pág. 98. El autor insiste en la misma idea también en las páginas 89 y 105 y ss., señalándose en estas últimas que "por otra parte, las cosas no son de tal manera que la Administración burocrática, que ha mostrado su valía, esté expuesta globalmente a una elevada presión de adaptación a las exigencias económicas de celeridad. Una Administración que, por ejemplo, tiene que resolver sobre la autorización de un nuevo producto para la defensa de las plantaciones tiene que esperar a comprobar a que el producto, durante varios ciclos estacionales anuales y en ensayos al aire libre, pruebe su inocuidad para el hombre y los animales, esto es: ha de "tomarse tiempo", entresacar tiempo para la "paz de los bosques" de entre el incesante ritmo de las "ruedas que giran sin descanso", como lo ha formulado simbólicamente Ernst JÜNGER en su libro de las horas".

eficacia. Pero la celeridad no es, no puede ser, un valor constitucional absoluto. El deber de celeridad debe ser puesto en conexión, y moderado, de acuerdo, por descontado con el principio de legalidad, pero, más específicamente, con el principio de objetividad.

La Administración debe actuar de forma razonablemente rápida, es decir, con la celeridad que posibilite la ponderación de las circunstancias e intereses envueltos en la toma de la decisión, de acuerdo con el deber de objetividad ya analizado. No caben, pues, de acuerdo con nuestra constitución comportamientos precipitados o irreflexivos por más rápidos que puedan ser. El comportamiento administrativo debe ser objetivo y eficaz; no cabe el sacrificio de un deber en aras de la maximización del otro, sino que es necesario tener presente ambos, para compatibilizarlos de forma equilibrada ante las exigencias de cada supuesto concreto. De nada servirá un comportamiento ponderado si la decisión finalmente adoptada es ineficaz por su retraso. Y viceversa: no será un supuesto de buena administración una decisión adoptada de forma rápida si la misma no ha sido suficientemente ponderada, sino se han tomado en cuenta los hechos y las circunstancias del caso, ni se han considerado los criterios pertinentes al supuesto, ni han sido tomados en consideración los intereses envueltos, puesto que tal decisión, por muy veloz que haya sido, será fruto de un deficiente proceso de adopción, con lo que su calidad se resentirá, y, además, probablemente será rápida pero no eficaz, ya que la eficacia, repetimos una vez más, no es sólo celeridad sino también y sobre todo cumplimiento efectivo, real de los intereses generales; la ausencia de consideración de los intereses implicados, por ejemplo, puede determinar que la decisión veloz sea perfectamente ineficaz, a tenor de las resistencias ciudadanas que la misma despierte y que imposibiliten, total o parcialmente, su plasmación práctica, o bien la retrasen, con lo que la celeridad no ponderada obtenida en el momento de la toma de decisión deviene ineficacia en el momento de la ejecución, cosa nada infrecuente, por ejemplo, en el ámbito

urbanísitico.

En definiftiva, la agilidad en el desarrollo de las funciones administrativas no debe estar reñida con la ponderación cuidadosa del caso concreto. Ambas perspectivas son aludidas, por ejemplo, en la exposición de motivos de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. La Ley pretende garantizar el valor salud, de rango constitucional (art. 43.1 CE), pero, a la vez, no olvida que un mecanismo de evaluación administrativa de medicamentos debe ser "riguroso, ágil y neutral" pues tales características son fundamentales "para el desarrollo empresarial al garantizar el acceso al mercado, rápido y sin discriminaciones entre Empresas", teniendo presente, además, que "el mercado español del medicamento es el octavo mundial y las empresas establecidas en España tienen volúmenes agregados de producción, empleo y comercio exterior y realizan un esfuerzo de investigación y desarrollo tecnológico que hacen de éste uno de los sectores más dinámicos de la economía nacional".

En conclusión, del principio de eficacia se derivan una serie de *mandatos*, de *deberes* de *actuación administrativa*. Para actuar de forma eficaz, la Administración debe dirigir su actuación al logro efectivo, real, de los intereses generales, para lo que es necesario que pondere en la toma de sus decisiones los intereses de los ciudadanos, así como que tenga presente en el momento de la elección entre alternativas el grado de cumplimiento real de los objetivos perseguidos. La eficacia también postula que a igualdad en el grado de cumplimiento de los objetivos de las alternativas manejadas, la elección tienda en la dirección señalada por los principios rectores del Capítulo III del Título I de la Constitución, adoptando aquélla que los potencie en mayor medida.

Pero además, un comportamiento eficaz implica el manejo del factor tiempo en el proceso de adopción de las decisiones. El tiempo es un elemento importante en las sociedades actuales, el cual ha sido recogido por nuestra constitución a través del principio de eficacia. Éste impone a la Administración el deber de actuar de forma ágil y rápida, a fin de obtener decisiones que cumplan su servicio objetivo a los intereses generales, protegiendo los derechos de los ciudadanos y favoreciendo desde una perspectiva general el desarrollo económico. Ahora bien, la actuación debe ser rápida en la medida en que pueda ser también suficientemente ponderada, de acuerdo con el principio de objetividad, el cual debe mantener un equlibrio adecuado ante cada situación concreta con el de eficacia.

A tenor de todo lo expuesto, uno de los componentes del deber constitucional de buena administración es el principio de eficacia. No puede existir buena administración sin eficacia, aunque la eficacia por sí sola tampoco equivalga a la buena administración. En este sentido, GARRIDO FALLA ha señalado como la actuación administrativa ineficaz es "mala administración"[625], por lo que, añadimos nosotros, una buena administración requiere una

---

[625] GARRIDO FALLA, F., *Comentarios...*, op.cit., pág. 1427.

actuación eficaz en el sentido ya expuesto. En la mísma línea, ALVAREZ RICO[626] subraya que la eficacia se refiere a la adecuación medios-fines en el comportamiento administrativo, y "desde este punto de vista, eficacia y buena administración se identifican"; estamos de acuerdo en la relación entre estos dos conceptos, aunque no, insistimos, en su identificación, puesto que buena administración es una idea más amplia que incluye, pero no se agota en ella, la eficacia.

---

[626] ALVAREZ RICO, M., *Principios*..., op.cit., pág.160.

d) **El deber de comportamiento eficiente y económico. Los límites del análisis económico del Derecho y de los criterios de eficiencia y economía.**

Junto al principio de eficacia analizado, nuestro ordenamiento jurídico también se refiere a los conceptos, como vimos, de *eficiencia* y *economía*. Ya pusimos de relieve como al más alto nivel, el art. 31.2 CE señala que la *programación* y la *ejecución* de los recursos públicos responderán a los "criterios de eficiencia y economía", los cuales han sido manejados explícitamente por el TC, por ejemplo en la sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, ya citada, a propósito de la interpretación de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

También la legislación posterior a la constitución alude a los conceptos de eficiencia y economía, como tuvimos ocasión de ver: es el caso, por ejemplo, de los arts. 22.1 de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico ("economía del gasto público", citado como principio constitucional), 3.2 LRJPAC (que alude a la eficiencia como criterio de actuación administrativa), 3 LOFAGE (menciona entre los principios de organización y funcionamiento los de "economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales" y "eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos"), 9.1 y 27.1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del mismo, respectivamente (los cuales definen la función fiscalizadora realizada por este órgano como la referida "al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía" en relación a la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos), o, finalmente, el art. 3 de la ya aludida Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (el cual incluye entre los principios generales de actuación administrativa en este

sector el de "satisfacción de las necesidades de la comunidad con el máximo grado de eficacia y *con el mínimo coste social*" (apartado b), indicando el art. 4.2 que la eficacia del sistema de transporte debe asegurarse a través de *la adecuada utilización de los recursos disponibles, que permita el logro del máximo rendimiento de los mismos*).

En consecuencia, la normativa citada nos pone sobre la pista de que eficiencia y economía son conceptos distintos al de eficacia. Procede averiguar en que consiste esa diferencia, si existe, y las conexiones que puedan existir entre estos tres principios.

Siguiendo en primer lugar *la aproximación etimológica* ya utilizada en el caso de la eficacia, PAREJO ALFONSO pone de relieve respecto a la eficiencia que, desde una perspectiva general, ésta presenta un significado prácticamente idéntico al de la eficacia en los diccionarios de lengua española[627]. Respecto de la voz economía, si acudimos al Diccionario de la Real Academia[628], entre las diferentes acepciones, podemos destacar, a los efectos que ahora interesan, la definición de este término como "administración recta y prudente de los bienes", o como "ahorro de trabajo, tiempo, dinero, etc", o "ahorros, cantidad economizada", o "reducción de gastos en un presupuesto".

Desde la perspectiva de la *Ciencia de la Administración*, LOPEZ GONZALEZ advierte de la existencia de conceptos afines a la eficacia pero de significado distinto. Es el caso de la eficiencia, la cual existe cuando con unos costes o presupuestos de gastos dados se consigue hacer máximo el valor de unos objetivos deseados o, también, cuando se consigue alcanzar unos objetivos prefijados con el menor gasto o coste posible, es decir "cuando sólo se utiliza el nivel mínimo de energías y trabajo necesario para alcanzar un nivel

---

[627] PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia...*, op.cit., pág. 92.

[628] La edición manejada es la 21ª, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1992.

deseado de bienes o servicios"[629]. La eficiencia se distingue así de la eficacia, en el sentido de que la primera se concentra únicamente con el consumo de factores y su medida hace referencia a los productos obtenidos y los *inputs* empleados para ello, es decir su atención se centra en el empleo de medios. La Administración actuará eficientemente cuando obtenga el máximo serivicio de los medios disponibles, o, también, cuando logre minimizar estos recursos para la obtención de los objetivos prefigurados. Con lo que puede suceder, que se logren efectivamente los objetivos (eficacia) pero no se maximicen los medios disponibles o no se minimicen los recursos empleados a tal fin (eficiencia)[630].

Por su parte, SIMON concecta el principio de eficiencia con el "rational character of "good administration""[631]. Según este autor, "among several alternatives involving the same expenditure the one should always be selected which leads to the greatest accomplishment of administrative objectives; and among several alternatives that lead to the same accomplishment the one should be selected which involves the last expenditure"[632].

En definitiva, la eficiencia es "el parámetro que relaciona el coste de los recursos

---

[629] LOPEZ GONZALEZ, E., "Una aproximación...", op.cit., pág. 78.

[630] MENENDEZ PEREZ, S., "El principio...", op.cit., pp. 22 y ss.

[631] SIMON, HERBERT A., *Administrative...*, op.cit., pág. 45. De hecho, este autor afirma que "actually, the "principle" of efficiency should be considered as a definition rather than a principle: it is a definition of what is meant by "good" or "correct" administrative behavior. It does not tell how acomplishments are to be maximized, but mereley states that this maximization is the aim of administrative activity; and that administrative theory must disclose under what conditions the maximization takes place".

No coincidimos, sin embargo, con esta última apreciación de SIMON. En nuestra opinión, eficiencia no es idéntica a buena administración. La primera es un componente de la segunda, pero no el único. Como a continuación se va a razonar, la perspectiva económica del actuar administrativo, siendo importante, es sólo eso, una perspectiva, que debe ser completada con otras, de carácter no económico.

[632] SIMON, Herbert A., ibid. En la pág. 256 sostiene que este criterio dicta la elección de alternativas que produzcan "*the largest result for the given application of resources*". (El subrayado procede del original).

empleados con los objetivos alcanzados"[633].

Por su parte, todavía moviéndonos en la perspectiva de la Ciencia de la Administración, la economía "hace referencia a los recursos o medios utilizados (*inputs* actuales) frente a los recursos o medios previstos (*inputs* planeados), remitiéndose a la administración racional de recursos escasos"[634], constituyendo una condición necesaria para alcanzar un comportamiento eficiente. El siguiente esquema puede ayudar a clarificar las diferencias y relaciones entre los conceptos de eficacia, eficiencia y economía[635]:

INPUTS OUTPUTS

EFICIENCIA

REALES----------*REALES*

! !

ECONOMIA ! ! EFICACIA

! !

PRESUPUESTADOS *PRESUPUESTADOS*

---

[633] POU,J., "Los costes de los servicios públicos...", op.cit., pág. 134.

[634] LOPEZ GONZALEZ, E., "Una aproximación...", op.cit., pág. 77.

[635] POU, J., "Los costes de los servicios públicos...", op.cit., pág. 134. Un esquema muy similar, con alguna pequeña variación, puede consultarse en LOPEZ GONZALEZ, E., "Una aproximación...", op.cit., pág. 77.

Finalmente, desde la persepctiva de la *ciencia económica*, el concepto de mayor importancia es el de eficiencia, referido a la "asignación de los recursos disponibles en el sistema económico de que se trate"[636]. Desde este punto de vista y de acuerdo con el concepto técnico de eficiencia conocido como *eficiencia de Pareto*, una situación es eficiente cuando no hay otra situación en que alguien pueda ver mejorada su situación sin empeorar al mismo tiempo la de otra persona. De todas maneras, el significado de la eficiencia no es unívoco, y también existen autores que manejan un concepto más amplio y flexible de la misma, entendida como "la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma"[637].

Avanzando a partir de estos elementos, debemos intentar precisar ahora el *concepto jurídico* de eficiencia y economía. Ambos principios introducen la perspectiva económica en el actuar administrativo, debido a que los medios de que este dispone son, por definición limitados. En este sentido, los dos actúan como guías orientadoras, en positivo, del desarrollo de las funciones administrativas[638].

La precisión del principio de economía, referida a la actuación administrativa, creemos que no presenta mayor problema, y se refiere al *ahorro* de recursos en la obtención de los objetivos perseguidos. Un comportamiento administrativo económico es aquél que sirve eficazmente los intereses generales, ahorrando, en la medida de lo posible, los recursos

---

[636] PAREJO ALFONSO,L., *Tres estudios...*, op.cit., pág. 93.

[637] MITCHELL POLINSKY, A., *Introducción al análisis económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1ª ed., 1985, pág. 19, PASTOR, S., *Sistema Jurídico y economía*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 34.

[638] DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 145 y 146 y 168, se refiere a estos principios como *límites* de la discrecionalidad administrativa, que actuarían como marco de la misma, aunque, a la vez, sostiene que actúan como *guía* del ejercicio de esa discrecionalidad. En nuestra opinión, no son límites negativos que encuadren el desarrollo de la discrecionalidad, sino criterios orientadores en positivo del núcleo mismo de ésta. En consecuencia, no la enmarcan, sino que la orientan, penetrando así en el núcleo duro de la misma.

públicos empleados a tal fin. El criterio de economía como criterio jurídico constitucional introduce en los procesos de toma de decisiones la ponderación de los recursos a emplear para la obtención del servicio de los intereses generales, conectándose así con el principio de objetividad visto. Sin embargo, este no es un criterio absoluto, sino que, recordémoslo una vez más, el art. 103.1 CE quiere un servicio objetivo y eficaz a los intereses generales, que, si es posible, además procure el ahorro de recursos públicos (art. 31.2 CE), pero esta última guía no pude oponerse a los otros deberes de comportamiento sino que debe ser complementaria.

Por lo que se refiere al comportamiento eficiente de la Administración, éste también introduce en el Derecho consideraciones de índole económica. La Administración debe actuar de forma racional, objetiva, eficaz, económica y, también, eficientemente, es decir, maximizando los recursos disponibles o minimizando los costes, de tal forma que el cómputo total de costos y beneficios que comporte la actuación - incluidos los sociales, aspecto importante que luego precisaremos - sea positivo. En este sentido, SAINZ MORENO señala que "la "eficacia", a la que la Constitución y la L.A.P. atribuyen el valor de "principio", es la virtud por la que se puede alcanzar un efecto determinado, mientras que la "eficiencia", a la que la L.P.A. atribuye valor de "criterio", alude a la mejor relación entre los medios empleados y los fines alcanzados"[639], mientras que GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO indican que "en esencia, lo que con la idea de eficiencia se quiere expresar es que "entre varias alternativas que producen el mismo gasto, debe seleccionarse siempre la que lleva al mejor cumplimiento de los objetivos de la administración, y entre varias alternativas que conducen al mismo cumplimiento debe seleccionarse la que implica menor

---

[639] SAINZ MORENO, F., "Principios...", op.cit., pág. 131.

gasto""[640].

Este enfoque económico del Derecho, al que se refiere nuestra Constitución y otras normas vigentes ya aludidas, hace que deba hacerse aquí una sucinta referencia al denominado *análisis económico del Derecho*, a los solos efectos de poner de relieve la existencia de corrientes de pensamiento que intentan trasladar conceptos económicos al mundo jurídico y, a la vez, destacar los límites que tales aproximaciones deben tener, tomando en consideración también el marco ofrecido por nuestra constitución.

Antes, sin embargo, de referirnos al análisis económico del Derecho, quisieramos, desde una perspectiva más general, poner de relieve la utilidad que puede tener el manejo prudente de instrumentos propios de la ciencia económica en el campo del Derecho, y más concretamente del Derecho Administrativo. Evitando posturas extremas que primen ante todo una visión economicista de éste, lo cierto es que el manejo de criterios como el de economía o eficiencia puede resultar de ayuda al actuar como guías del comportamiento administrativo - contenidas, por otro lado, en la propia Constitución como sabemos -, orientando éste y compensando así el debilitamiento progresivo de la racionalidad formal provocado por la flexibilización de las normas jurídicas, en su intento de adaptación a las circunstancias propias de los modernos Estados sociales. CALSAMIGLIA, en este sentido, ha acertado a poner de relieve como el método jurídico propio del Estado liberal del Siglo XIX no puede seguir siendo utilizado de igual manera en la actualidad. Durante el siglo pasado, la dogmática jurídica se basaba en la racionalidad formal, en el estudio de la Ley, limitándose a describir las normas y a detectar las incongruencias dentro del sistema normativo, con independencia de lo que sucediera fuera de éste, es decir, de los efectos prácticos y reales,

---

[640] GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico...*, op.cit., pág. 183, DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pp. 169 y 170.

o de la ausencia de éstos, que tuvieran las leyes. Actualmente, este proceder debe ccompletarse con el manejo de otros criterios que, siendo jurídicos, complementen a la Ley cuando ésta, como sucede frecuentemente y así lo hemos destacado, no resuelve por sí sola los conflictos sociales ni prescribe una conducta precisa y unívoca de la Administración. En esa labor de complemento de la racionalidad jurídico-formal, "establecer puentes con otras disciplinas sociales es importante para ampliar el nivel discursivo de la ciencia y la práctica jurídica. Observar más de cerca los planteamientos generales de los economistas no convertirá a los juristas en economistas, sino que les permitirá comprender sus aportaciones e integrarlas en un marco común más amplio y profundo"[641]. El manejo de criterios económicos como el de eficiencia, "puede servir para ampliar el universo del discurso jurídico y evitar el reduccionismo kelnesiano o normativista", introduciendo consideraciones sobre el impacto real que las normas y las decisiones de los poderes públicos tienen sobre la sociedad[642].

En esta línea de inquietudes se mueve el llamado *análisis económico del Derecho*. Esta línea de pensamiento surge en los años sesenta en los Estados Unidos de América, de la mano de sendos artículos de COASE[643] y CALABRESI[644]. Este análisis económico del Derecho es distinto de la rama clásica de análisis económico del Derecho, consistente en el estudio de las normas reguladoras de la actividad explícitamente económica (leyes antitrust, etc.). Esta nueva rama del análisis económico del Derecho surgida en la decada de los

---

[641] CASALMIGLIA, A., "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación", *DA*, 218-219, 1989, pp. 117 y ss., y también pp. 140 y ss. La cita se toma de la pág. 119.

[642] CASALMIGLIA, A., "Eficiencia y Derecho", *DOXA*, 4, 1987, pág. 283.

[643] Se trata de "The problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics*, 3, 1960.

[644] Publicado en 1961 bajo el título "Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, 70, pp. 499 y ss.

sesenta extiende ese análisis a sectores del ordenamiento jurídico que no son la regulación de las actividades económicas, a ámbitos ajenos al mercado, utilizando para ello el criterio de eficiencia económica como herramienta explicativa de las normas y decisiones judiciales. Aunque debe decirse que existen divergencias entre los diversos autores sobre cual deba ser el concepto de eficiencia a manejar[645].

Pero las diferencias no se paran ahí. Debe destacarse que el análisis económico del Derecho no es un enfoque homogéneo, sino que, por el contrario, existen posturas distintas sobre el papel de la eficiencia en el ámbito del Derecho. Así, a título de ejemplo y sin ánimo de exponer los matices, lo que excedería de las pretensiones del presente trabajo, dos autores representativos como POSNER y CALABRESI postulan enfoques muy distintos sobre la cuestión.

POSNER representa lo que podría denominarse la posición extrema dentro del análisis económico del Derecho. Para este autor, la eficiencia adquiere el rango máximo, constituyendo en *el* criterio por excelencia. En sus propias palabras, "la eficiencia, tal y como yo concibo el término, es un adecuado concepto de justicia"[646], siendo el concepto de eficiencia manejado por este autor sinónimo de maximización de la riqueza (*wealth maximization*). En realidad, como ha sido notado[647], POSNER pretende sentar las bases de una teoría ética alternativa tanto al utilitarismo como a las éticas kantianas, basando su ambicioso objetivo en esa idea de maximización de riqueza, entendiendo ésta como la suma

---

[645] Ponen de relieve estas divergencias acerca del criterio de eficiencia CASALMIGLIA, A., "Eficiencia...", op.cit., pág. 272, GONZALEZ AMUCHASTEGUI, J., "El análisis económico del Derecho: algunas cuestiones sobre su justificación", *DOXA*, 15-16, vol.II, 1994, pp. 930.

[646] POSNER, R., *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1983, pág. 6. En la misma línea, vid. SCHOTTER, A., *La economía de libre mercado*, Barcelona, 1987, pág. 140, "desde un punto de vista económico, el único requisito exigible a un sistema es su eficiencia y toda cuestión moral carece de sentido".

[647] GONZALEZ AMUCHASTEGUI, J., "El análisis...", op.cit., pp. 937 y ss.

de todos los bienes y servicios existentes en la sociedad medidos por su valor, es decir, aquéllo que la gente está deseando pagar por algo[648].

Una postura más matizada y distinta de la anterior es la sostenida por CALABRESI. Este autor mantiene tesis enfrentadas a las de POSNER[649]. Así, por ejemplo, CALABRESI discute el presunto carácter científico y en consecuencia neutral del ya mencionado principio de maximización de la riqueza, puesto que el mismo siempre implica redistribuciones y , en consecuencia, la existencia de ganadores y perdedores, éstos últimos residenciados predominantemente en categorías sociales más desvalidas, como los pobres o los ancianos. El criterio de maximización de la riqueza actúa sobre una situación inicial dada, que no cuestiona, y no atiende al aspecto de la distribución de la misma, es decir a la equidad[650].

Este último aspecto merece alguna consideración más detallada. CALABRESI ha negado en diversos trabajos que el criterio de eficiencia sea el único o más importante criterio a manejar en el Derecho. En su obra *El coste de los accidentes*[651] y en referencia a la responsabilidad civil, CALABRESI afirma que las funciones principales de cualquier sistema de responsabilidad civil son dos: la justicia y el logro de la reducción de los costes, es decir, la eficiencia[652]. Sin embargo ambos objetivos están situados en niveles distintos, puesto que "la justicia es una función de naturaleza totalmente distinta de la reducción del

---

[648] Vid. por ejemplo POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1977, 2º ed., pp. 10 y ss.

[649] Una exposición de los puntos básicos en que se produce la disparidad entre estos dos autores puede hallarse en HIERRO, L., "La pobreza como injusticia (DWORKIN v. CALABRESI)", *DOXA*, 15-16, 1994, pp. 945 y ss., y especialmente, pp. 949 a 954.

[650] Sobre la equidad como término que alude a la distribución de la renta entre los individuos, vid. por ejemplo MITCHELL POLINSKY, A., *Introducción...*, op.cit., pág. 19.

[651] CALABRESI, G., *El coste de los accidentes*, Ariel, 1ª edición, 1984, traducción a cargo de Joaquim BISBAL.

[652] CALABRESI, G., *El coste...*, op.cit., pp. 42 y ss.

coste de los accidentes. En realidad sugiere que la justicia no es una función sino un imperativo capaz de vetar sistemas o el uso de determinados instrumentos, o estructuras, en un sistema dado"; la justicia puede parecer un concepto "negativo y escurridizo", pero "ello no nos excusaría si al tratar de la responsabilidad civil lo ignoráramos"[653]. Desde una perspectiva más general y en la misma línea, CALABRESI insiste en la idea de la justicia como un límite de la eficiencia, que puede suponer sacrificios de esta última. Si bien es cierto que "la eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema, que admitiera, abiertamente, el despilfarro, fuese justo", lo cierto es que "la eficiencia no es la justicia", puesto que ésta última es una sombrilla que abarca más cosas, si bien tampoco este autor nos aclara lo que sea[654].

Si bien las tesis de CALABRESI han sido objeto de debate por parte de autores tales como DWORKIN, en cuyos pormenores ahora no vamos a detenernos[655], lo cierto es que han puesto de relieve los límites del criterio de eficiencia en particular y del análisis económico del Derecho en general. Este enfoque sería *un* punto de vista que ayudaría a explicar el Derecho, pero no *el* punto de vista único ni predominante[656], sino que se halla limitado por las exigencias de la Justicia, de la cual sería la eficiencia una condición

---

[653] CALABRESI, G., *El coste...*, op.cit., pág. 43.

[654] CALABRESI, G., "Intervención final de Guido Calabresi. Sobre los límites de algunos análisis "no económicos" del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo II, 1985, pp. 221 y ss., especialmente pp. 227 y 228.

[655] Sobre la polémica entre CALABRESI y DWORKIN, vid. el trabajo de HIERRO, L., "La pobreza...", op.cit., pp. 960 y ss.

[656] En la imagen utilizada en uno de sus trabajos, el análisis económico del Derecho sería "una vista de la Catedral", pero no la Catedral. Nos referimos a CALABRESI, G., y MELAMED, A.D., "Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, 6, 1972, pp. 1089 y ss.

necesaria pero no suficiente[657]. En caso contrario, la identificación de la eficiencia con la Justicia conduciría a la muerte del Derecho, al despojarlo de otras consideraciones que no fueran las estrictamente economicistas, como ha sido puesto de relieve por FISS[658].

Esta breve referencia al análisis económico del Derecho tiene sentido por cuanto, como vimos, en nuestro ordenamiento jurídico los criterios de eficiencia y economía son utilizados, incluso al más alto nivel por nuestra Constitución, como ya se destacó. La eficiencia y la economía suponen, pues, guías constitucionales de comportamiento administrativo, orientadoras en el caso de elecciones discrecionales. En este sentido son criterios importantes, a tener en cuenta por la Administración cuando debe decidir entre distintas alternativas a fin de servir del modo más adecuado posible al interés general. El comportamiento administrativo eficaz debe ser también eficiente y económico en la medida de lo posible en cada caso concreto[659].

En la última precisión establecida se encuentra también los *límites de los criterios de*

---

[657] En este mismo sentido, vid. entre los autores españoles PAZ-ARES, C., "La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)", *Anuario de Derecho Civil*, 1981, pp. 690, GONZALEZ AMUCHASTEGUI, J., "El análisis económico...", op.cit., pág. 943, quien llama la atención sobre los peligros de la aplicación del análisis económico del Derecho de forma exclusivista y desprovista de otras consideraciones, CASALMIGLIA, A., "Justicia...", op.cit., pp. 148 y ss., donde se pone de relieve que "un derecho eficiente no es necesariamente justo. La eficiencia no es el único criterio, sino uno de los criterios básicos de un buen derecho", porque "el derecho no sólo debe conseguir unos objetivos a un coste mínimo, sino que además esos objetivos deben ser justificables", puesto que "la eficiencia es un componente de la idea de justicia pero no es el único criterio de justicia. Dificilmente podríamos calificar de justo un sistema totalmente ineficiente o una sociedad que despilfarra recursos básicos que cubren necesidades básicas. Pero los criterios de eficiencia no son los únicos a tener en cuenta para calificar un sistema de justo. Junto a la eficiencia, los derechos y los objetivos colectivos ocupan un lugar importante". De este mismo autor y en idéntico sentido, vid. "Eficiencia...", op.cit., pp. 286 y ss.

[658] FISS, O.M., "¿La muerte del Derecho?", *DOXA*, 10, 1991, pp. 123 y ss.

[659] Como acertadamente pone de relieve PAREJO ALFONSO, L., *Tres estudios...*, el deber en que se traduce el principio de eficacia "incluye de suyo la exigencia de eficiencia. En tanto que al realizar el interés general conforme a Derecho es, por definición, ejecutora de programas de gasto público, toda actuación administrativa debida-eficaz ha de responder a los criterios de eficiencia y economía establecidos, nada menos que con rango constitucional en el art. 31.2 CE.".

eficiencia y economía, por cuanto éstos no son criterios absolutos, sino que deben ser ponderados junto a otros valores, también constitucionales, que pueden demandar su sacrificio total o parcial. Como se ha puesto de relieve, desde una perspectiva general y en referencia al análisis económico del Derecho expuesto, la calificación de nuestro Estado como social por la propia Constitución y la consagración de otros valores en la misma impiden que los criterios propios de la Ciencia económica sean la única, ni prioritaria, perspectiva posible en el análisis jurídico[660].

Por lo que se refiere en concreto a la Administración, en el ejercicio de la discrecionalidad para el servicio de los intereses generales deberá tener presente, ante todo, la eficacia de la decisión a adoptar, es decir, la posibilidad de efectivo cumplimiento de los objetivos perseguidos. En este sentido, PAREJO ha puesto de relieve en relación con la prestación de los servicios públicos o el desarrollo de actividad de *imperium*, que aquí la eficacia, el efectivo servicio al interés general, es la idea central, idea que puede y debe ser, eso sí, complementada con la optimización en el uso de los medios que conduzcan al cumplimiento efectivo de los objetivos. En estos campos de desarrollo de las funciones administrativas, lo decisivo "nunca puede ser el mayor aprovechamiento o el mejor rendimiento de los medios o los recursos, por serlo la realización o materialización del interés general", lo que no obsta a que la eficiencia también deba jugar, pues "es obvio que la Administración debe procurar siempre - estando bien predeterminados los fines de su acción - la producción del máximo beneficio, utilidad o resultado con el mínimo de recursos

---

[660] En este sentido, PAZ-ARES, C., "La economía política...", op.cit., pp. 697 y ss. Vid. también las consideraciones de PASTOR, S., *Sistema...*, op.cit., pp. 39 y ss., donde se exponen los límites del criterio de eficiencia, entre los que se encuentra la existencia de otros valores que inspiran la organización de las sociedades y que son de superior importancia. En el misma línea, DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., pág. 171.

o medios", lo que no debe degradarse "a la condición de máxima de simple ahorro"[661].

Asegurada la eficacia de la decisión a adoptar, entonces podrán entrar en juego, ante alternativas semejantes, las consideraciones de eficiencia y economía, las cuales, sin embargo, deben ser manejadas en la ponderación a efectuar junto con otros criterios y valores constitucionales de mayor importancia. Es decir, que ante alternativas eficaces, aquélla que respete de forma más efectiva los valores del art. 1.1 CE, o el art. 10.1 CE, o bien que se encamine más decididamente hacia la senda marcada por el art. 9.2 CE, o que promueva de forma más adecuada la obtención de las finalidades previstas en el Capítulo III del Título I CE, será la que, pese a ser quizás menos eficiente o económica, sirva de forma más adecuada, más ajustada en definitiva al sistema de valores constitucionales, a los intereses generales.

Una precisión adicional quisieramos efectuar en relación con la eficiencia. En su momento vimos que una de las acepciones de este término suponía tener en cuenta la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma. Pues bien, los beneficios se refieren tanto a las ganancias económicas como a las utilidades sociales de la decisión. Es decir, beneficios aquí se traduciría por el término inglés *benefits* y no por *profits*, dado ese componente social. Las ventajas de una decisión administrativa deben ser ponderadas, pues, teniendo en cuenta tanto los beneficios económicos como los sociales, a fin de compararlos con los costes, tanto económicos como sociales, que la misma pueda producir. Como ha sido puesto de relieve, por ejemplo, "la construcción de una nueva autopista implicará costes (desventajas para la sociedad) de construcción, de mantenimiento y "costes" en forma de variación de los niveles de ruido, contaminación atmosférica,

---

[661] PAREJO ALFONSO, L., "La eficacia...", op.cit., pp. 57 y ss. También por este mismo autor en su obra *Tres estudios...*, op.cit., pp. 132 y ss.

desfiguración del paisaje y quizás más accidentes. Los beneficios (ventajas) radican en el ahorro de tiempo de viaje de los usuarios de la carretera, ya sea por motivos comerciales o bien particulares, reducción de la congestión en otras carreteras utilizadas (y por tanto también de tiempo), y disminución del tamaño de las flotas de vehículos (para satisfacer la misma demanda se puede utilizar más intensamente un menor número de camiones). Además se conseguirían reducir el ruido, las molestias y los accidentes si la nueva ruta bordea las ciudades. Como puede apreciarse, todo coste representa un beneficio negativo y todo beneficio un coste negativo[662]".

Este sencillo ejemplo pone de relieve los problemas que comporta toda aplicación de una evaluación coste-beneficio para la toma de decisiones por parte de la Administración Pública. Sin perjuicio de insistir más adelante sobre ello, puede señalarse que, por ejemplo, la percepción y evaluación de los beneficios y costes sociales presenta problemas, puesto que la generación de externalidades conlleva la cuestión de cuál deba la valoración de esos costes y beneficios intangibles (ruidos, destrucción del paisaje..., en el ejemplo empleado), y si es posible otorgarles valores monetarios susceptibles de cómputo[663]. Por ello el manejo de la eficiencia no puede suponer una mera suma y resta matemática, que pueda dar lugar en todo caso a soluciones automáticas basadas en parámetros monetarios. La ponderación de las ventajas y costes de las alternativas a elegir puede presentar notables complejidades, las cuales darán lugar a elecciones basadas en preferencias valorativas, no meramente

---

[662] PEARCE, D.W., *Análisis coste-beneficio*, Mac Millan * Vicens-Vives, Barcelona, 1973, pp. 13 y ss.

[663] Sobre la dificultad de valoración que presentan deteminados bienes, vid., por ejemplo, las consideraciones que, a propósito del análisis económico del Derecho, hace GONZALEZ AMUCHASTEGUI, J., "El análisis...", op.cit., pp. 941 y ss.

económicas[664].

En definitiva, creemos que la eficiencia (y la economía) debe orientar, con las limitaciones y precisiones efectuadas, el desarrollo de las funciones administrativas, de las cuales constituye un requisito de buena administración. En este sentido, GONZALEZ PEREZ y GONZALEZ NAVARRO han señalado que "este concepto de eficiencia puede tener también, y tiene, trascendencia jurídica, pues una actuación ineficiente es contraria a los principios de buena administración a los que han de ajustarse siempre y en todo caso, los poderes públicos, según exige el art. 3 LCE. Y esto incluso cuando actúan potestades discrecionales, pues la totalidad de la actuación administrativa ha de ajustarse a la ley y al derecho (art. 106.1 CE) y entenderlo de otro modo implicaría arbitrariedad, siendo así que los comportamientos arbitrarios están expresamente prohibidos a los poderes públicos (art. 9.3)"[665].

En conclusión, y a tenor de todo lo argumentado, los criterios de eficacia, eficiencia y economía constituyen pautas constitucionales de comportamiento administrativo, las cuales imponen diversos deberes positivos a la Administración en el desarrollo de sus funciones. Pese a su parentesco, los tres conceptos tienen significados jurídicos distintos. Mientras la eficacia contiene un mandato de cumplimiento efectivo de los intereses generales, ponderando los intereses particulares envueltos, de la forma más ágil y rápida posible, sin vulnerar en ningún caso el principio de objetividad y sus exigencias, los criterios de eficiencia y economía introducen elementos económicos en el actuar administrativo. Si bien estos criterios deben tener un papel en el ejercicio de las funciones administrativas, integrando la necesaria

---

[664] Vid. con más detalle lo que se indica en el siguiente capítulo, en referencia a los problemas que presentan los análisis costo-beneficio, como traducción procedimental del principio de eficiencia.

[665] GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., "Régimen Jurídico...", op.cit., pág. 183.

ponderación previa a la elección entre alternativas discrecionales, su funcionalidad está limitada por la presencia de un entramado constitucional de valores jurídicos propios de nuestro Estado social y democrático de derecho, los cuales pueden exigir el sacrificio de la máxima eficiencia o economía en la adopción de los actos o normas por parte de la Administración Pública.

3. **Actividad administrativa, buena administración y legitimación de la moderna Administración Pública**.

Del marco constitucional expuesto hasta el momento pueden derivarse algunas conclusiones generales sobre el modelo de Administración pergeñado en la Constitución. En este sentido, y a la vista del análisis de los principios de actuación administrativa vistos, creemos que es posible afirmar que la Constitución da pistas sobre su definición de Administración Pública, partiendo del dato de la actividad desarrollada por ésta, así como que el texto constitucional prescribe cómo debe ser desarrollada esta actividad, por lo que desde el más alto nivel se está prefigurando en parte el régimen jurídico de aplicación en ejercicio de esa actividad. Ambas aseveraciones deben ser justificadas con algo más de detalle.

Por lo que se refiere al modelo constitucional de Administración, los diversos preceptos analizados, especialmente el art. 103.1 CE, nos dibujan la silueta de la Administración Pública partiendo del dato de la actividad desarrollada por ésta. MARTIN RETORTILLO ha puesto de relieve, mediante el estudio de los textos constitucionales españoles a partir del de 1812, que las diferentes constituciones españolas tienen un "cierto denominador común", consistente en "la posible consideración *material* que se asume de la *función* administrativa"; del análisis efectuado por este autor de esos textos constitucionales se deduce esa "consideración material de la función administrativa". La Administración en las Constituciones anteriores a la de 1978 se presenta, entonces, como "tarea sustantiva que se realiza, como función objetiva que desarrolla una serie de actos, o que lleva a cabo una determinada actividad: ejecución de las leyes, realización de actos de autoridad y de gestión pública o privada y realización de servicios públicos", realizándose en esas constituciones una

"valoración materia de la Administración y, consecuentemente, del Derecho Administrativo". Partiendo de ese análisis del Derecho positivo y de esa conclusión, MARTIN-RETORTILLO postulaba, ya antes de la Constitución de 1978, la necesidad de no olvidar los criterios materiales en la determinación de lo que sea lo administrativo[666].

Estas reflexiones, efectuadas antes de la entrada en vigor del texto constitucional de 1978, creemos que deben ser tenidas en cuenta, con mayor fuerza si cabe, tras el mismo. El propio MARTIN-RETORTILLO ha expuesto, en relación con el art. 103.1 CE, como "con carácter fundamental, se asume un marcado carácter instrumental de servicio" por la Constitución de 1978 en referencia a la actividad de la Administración[667]. Es desde este anclaje constitucional desde donde consideramos debe partir la consideración de lo administrativo.

No se trata tanto, es menester advertirlo, de discutir o intentar sustituir la concepción subjetiva de la Administración y, en relación con la misma, el carácter estatutario del Derecho Administrativo, de arraigada tradición en nuestro sistema jurídico[668], cuanto de

---

[666] MARTIN-RETORTILLO, S., "Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español", RAP, 26, 1958, pp. 11 y ss. Las citas las tomo del libro de este autor *Administración y Constitución*, IEAL, Madrid, 1981, pp. 47 y ss. Como indica MARTIN-RETORTILLO en la pág. 13 de este libro, en él se recoge, con ligeras variantes, el estudio que, sobre la base de ese artículo de 1958, se publicó en los *Studi in onore di Silvio Lessona*, vol.II, Zanichelli, Bolonia, 1961.

[667] MARTIN-RETORTILLO, S., *Administración y...*, op.cit., pág. 16.

[668] Concepción ya expuesta hace casi cuarenta años, como es conocido, por el profesor GARCIA DE ENTERRIA, E., en "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario", *RTDP*, 1960, pp. 317 y ss. También es conocido el debate doctrinal que la promulgación de la Constitución ha producido en torno a los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo, especialmente en torno a la actuación materialmente administrativa de los órganos constitucionales. No nos corresponde entrar en la descripción de este debate, por lo demás sobradamente conocido. Una referencia al mismo, con datos bibliográficos completos puede hallarse, por ejemplo, en GONZALEZ SALINAS, J., "Personalidad y definición del Derecho Administrativo", en PEREZ MORENO, A. (Coord.), *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol.II, Civitas, Madrid, 1994, pp. 911 y ss.

advertir la el valor constitucional de los criterios materiales como complemento necesario en la consideración de estas cuestiones[669]. El art. 103.1 CE aborda la Administración Pública desde el dato de su actividad: la actividad administrativa como el "servicio a los intereses generales", actividad que, como hemos visto, debe ser desarrollada de acuerdo con unas pautas señaladas en la propia constitución[670].

Por supuesto, de inmediato surge el tradicional problema de intentar determinar en qué consista esa actividad administrativa a que se refiere el art. 103.1 CE[671]. Sin embargo, y a efectos de complementar el enfoque subjetivo como se expuso, creemos que este precepto ofrece suficientes elementos para intentar una aproximación a lo que sea esa función administrativa de servicio a los intereses generales[672].

En nuestra opinión, el art. 103.1 CE se está refiriendo al aludir al servicio de los objetivos generales al "giro o tráfico administrativo", entendido, tal y como lo hacen GARCIA DE ENTERRIA y Tomás-Ramón FERNANDEZ, "como función típica de la Administración regulada por el Derecho Administrativo", concepto "comprensivo de toda la

---

669 En esta línea, vid. también MARTIN MATEO, R., "La sustantividad del Derecho Administrativo", *RAP*, 53, 1967, pág. 69.

670 En este sentido, MAURI, J., "Administraciones Públicas...", op.cit., pág. 84, sostiene que "el art. 3 LRJPAC sirve a la definición material del concepto de Administración Pública, sobre la base de las previsiones constitucionales del artículo 103.1 de nuestro texto constitucional".

671 Este es, como se sabe, el principal problema con que topan los intentos de definir la Administración pública desde postulados materiales, como acertadamente puso de relieve hace también casi cuarenta años, ENTRENA CUESTA, R., en su estudio "El concepto de Administración Pública en la doctrina y el Derecho positivo españoles", *RAP*, 32, 1960, pp. 55 y ss. También ha destacado este problema en la doctrina italiana GIANNINI, M.S., *Derecho...*, op.cit., pp. 100 y ss., donde pueden hallarse referencias bibliográficas de Derecho comparado sobre los intentos fallidos para intentar aislar una función administrativa.

672 Sobre la necesidad de tomar en consideración criterios materiales de definición de la Administración Pública, partiendo del art. 103.1 CE, vid. MALARET GARCIA, E., "Le droit administratif espagnol entre l´ordre juridique national et l´ordre juridique communautaire", en MARCOU, G. (Dir.), *Les mutations du droit de l´Administration en Europe. Pluralismes et convergences.*, L´Harmattan, Paris, 1995, pág. 139.

actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales", y que, como es sabido, es empleado en nuestro ordenamiento jurídico (art. 3 LJCA, art. 5.2.b LCAP)[673]. En consecuencia, la función típica de la Administración, la actividad propiamente administrativa, según la Constitución es el "servicio a los intereses generales", actividad que conformaría la "actuación administrativa" a que alude textualmente el art. 106.1 CE.

El siguiente paso consiste en interrogarse acerca de cuándo la Administración desarrolla esa actividad y cuándo no lo hace, por cuanto la respuesta a esta cuestión determinará la aplicación, como veremos con detalle más adelante, de un determinado régimen jurídico en cada uno de ambos supuestos.

Una primera aproximación puede consistir en intentar aislar lo que no es actividad administrativa según el art. 103. 1 CE. En este sentido, debemos señalar la diferencia existente entre este art. 103.1 y el art. 128.2, en cuanto establece el reconocimiento de "la iniciativa pública en la actividad económica". La ubicación y sentido de ambos preceptos nos conduce a establecer una primera distinción: la Administración desarrolla actividad administrativa, es decir sirve a los intereses generales (103.1 CE), o ejercita su iniciativa económica (128.2), es decir, concurre al mercado, en igualdad de condiciones respecto al resto de operadores, por supuesto, para realizar actividad económica de entrega de bienes o prestación de servicios como un empresario más[674].

Por tanto, una primera delimitación permite excluir del servicio al interés general, del giro o tráfico administrativo, la actividad económica de mercado desarrollada por la Administración en el ejercicio de la iniciativa económica constitucionalmente reconocida. O

---

[673] GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNADEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 54.

[674] Sobre la paridad de trato en las actividades económicas de mercado desarrolladas por la Administración, vid. por todos, MARTIN-RETORTILLO, S., *Derecho...*, vol. I, pág. 97.

actividad administrativa o iniciativa económica, dos actividades distintas con régimen jurídico, lo veremos, diferente.

Este enfoque material de lo administrativo y esta distinción entre actividad típica administrativa y pura actividad económica de mercado es, precisamente, la que late en la jurisprudencia del TJCE. Desde la perspectiva del Derecho Comunitario, centrado en la preocupación por la garantía de la libre competencia, al margen de las formas jurídicas empleadas por la Administración[675], o existe actividad puramente económica, de dación de bienes y prestación de servicios en el mercado, en cuyo caso son de aplicación las normas sobre libre competencia contenidas en los arts 85 y ss del Tratado CEE, o bien se desarrolla por la Administración una actividad en la que ésta "está investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad para la salvaguardia de los intereses generales", supuesto en el que se excepcionará el régimen jurídico aludido[676].

En consecuencia, la iniciativa económica desarrollada por la Admnistración (128.2 CE) no constituye actividad administrativa (art.103.1 CE)[677]. Una precisión debe efectuarse aquí, aunque la consideremos evidente. Respecto de la iniciativa pública en la actividad económica, es claro que deben distinguirse dos momentos: el de la decisión misma sobre el ejercicio de esa iniciativa económica, constituyendo las empresas necesarias para ello y, una vez tomada esa decisión, el desarrollo cotidiano, el día a día de la gestión empresarial. Por supuesto, el primer momento, esto es, la decisión sobre el ejercicio de la iniciativa

---

[675] En este sentido, por ejemplo, Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio de 1980, sobre Transparencia de las Relaciones Financieras de las Empresas Públicas - modificada luego por la Directiva 85/413/CEE.

[676] Sobre el enfoque material de Administración Pública en el Derecho Comunitario, vid. MALARET, E., "Le droit administratif espagnol...", op.cit., pp. 140 y ss., y PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia...*, op.cit., pp. 42 y ss.

[677] En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia...*, op.cit., pág. 35, pág. 47, pág. 69, pág. 82.

económica, es actividad administrativa, puesto que con la decisión de la creación de la empresa se pretende servir a los intereses generales[678]. Distinto es el caso del desarrollo mismo de la actividad empresarial, donde ya no existe actividad administrativa, es decir giro o tráfico propio de la Administración[679].

La distinción apuntada[680] permite entender mejor el juego del art. 103.1 en relación con el art. 128.2 CE. En el momento de creación de la empresa, la Administración desarrolla actividad administrativa, por lo que le son de aplicación todos los principios analizados en su momento, así como la normativa específica ya aludida relativa al ejercicio de la iniciativa económica. Debe, pues, servirse al interés general con la creación de la empresa, de forma racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica. La decisión es discrecional, pero orientada por estas pautas positivas de comportamiento derivadas, entre otros, del art. 103.1 CE, y corresponde la valoración de la oportunidad en la iniciativa económica a la Administración competente, si bien la misma podrá ser controlada, que no sustituida, por la jurisdicción contenciosa[681]. Lo dicho no significa, en ningún modo, que deba entenderse subsistente el viejo principio preconstitucional de subsidiariedad: simplemente que la decisión

---

[678] Por ello el ordenamiento jurídico rodea a esa decisión de una serie de garantías específicas. Vid., por ejemplo, en el ámbito local art. 86.1 LBRL y 97.1 TRRL, y en Cataluña, arts. 136 y ss. ROAS.

[679] Distingue acertadamente estos dos momentos, PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia...*, op.cit., pp. 82 y ss.

[680] Entendemos que esta distinción debe encontrar su expresión jurídica en la aplicación a la decisión de entrar en el mercado de la conocida doctrina de los actos separables. Esta decisión estará sometida al Derecho Administrativo y al control de los tribunales del orden contencioso-administrativo.

[681] En relación con el control judicial de la decisión de ejercer la inicitiva económica pública, vid. la conocida sentencia del TS de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7352), referida a la constitución por el Ayuntamiento de Barcelona de la sociedad "Iniciatives, S.A." y las acertadas críticas a la misma de SOSA WAGNER, F., "Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de de 1989", *Poder Judicial*, 19, pp. 309 y ss.

de ejercicio de la iniciativa debe responder al servicio de los intereses generales, según apreciación de la Administración, exista o no iniciativa económica privada en el sector. La intervención pública mediante la iniciativa económica no va guiada por la existencia o no de actividad privada, sino, precisamente, por el servicio a los intereses generales, los cuales pueden demandar en un determinado sector la actuación económica de la Administración, aunque ya exista actividad privada - con objeto de crear empleo, promover el desarrollo económico en zonas deprimidas, dinamizar la competencia, etc., dentro de los objetivos indicados por el art. 40.1 CE -, lo que puede dar lugar, entonces, a la concurrencia entre empresa pública y privada, naturalmente, repetimos, en igualdad de condiciones[682].

Ahora bien, en el segundo momento, es decir, en el desarrollo de la actividad económica de mercado por la empresa, el art. 103.1 CE no despliega ya su virtualidad. Aquí el interés general juega como lo hace para los operadores privados existentes en el mercado, es decir de forma externa, como límite negativo[683]. En consecuencia, la actividad de la empresa debe someterse a la misma (estricta) normativa que rige para el resto de competidores en el mercado, en paridad, insistimos, de condiciones. No existe aquí actividad administrativa, no juega, pues, el art. 103.1 CE. Ahora bien, la inexistencia de giro o tráfico

---

[682] Niegan la vigencia de este principio de subsidiaridad la aludida STS de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7352) y la STS de 2 de enero de 1996 (Ar. 20). En esta segunda sentencia se conocía de la impugnación de un acuerdo de la Comunidad Autónoma Balear por el que se adjudicaba un concurso público sobre obras de asistencia técnica - se trataba de cartografiar las Islas - al Instituto Cartográfico de Catalunya, organismo autónomo de la Generalitat de Catalunya. El actor alegaba que no se podía permitir "que una sociedad de carácter o influencia pública compita con empresas privadas en un área o actividad perfectamente cubierta". El Tribunal Supremo desestima el recurso y acepta los considerandos de la sentencia apelada, en los que se indicaba que la Constitución prevé la intervención de los poderes públicos en la economía en su art. 128.2, "superando así la anterior fase del papel subsidiario", lo que no es óbice para que "el fin último de la iniciativa pública debe ser el interés general, convertido así en el fundamento legitimador de cada intervención".

[683] Se comparten las consideraciones efectuadas al respecto por BISBAL, J., "Servicios Públicos e iniciativa económica pública", en AA.VV., *Informe sobre...*, op.cit., pp. 208 y ss., con la matización que a continuación se efectuará en el texto.

administrativo conduce a la no aplicación de los principios y pautas constitucionales del art. 103.1 CE a la actividad empresarial, pero cabría interrogarse sobre la aplicabilidad de *otros* principios constitucionales, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, los fondos de la empresa son *fondos públicos*, lo que reconduce su actividad, en última instancia, a un núcleo duro de lo público, centrado en el manejo de recursos públicos[684]. En este sentido, podría ser razonable aceptar la aplicación al desarrollo de la iniciativa económica pública de *ciertos* principios constitucionales - por ejemplo, art. 9.2 CE, racionalidad (art. 9.3 CE), eficiencia y economía en el manejo de los recursos públicos (art. 31.2 CE), en general principios del Capítulo III del Título I[685] -, *si bien, insistimos, no los propios de la actividad administrativa, contenidos en el art. 103.1 CE.* La diferencia efectuada es lógica, por cuanto el dato del manejo de fondos públicos pone de relieve el núcleo público existente en el desarrollo de la actividad de mercado - la existencia, si se quiere, en última instancia de un

---

[684] ORTEGA, L., "El reto dogmático...", op.cit., pág. 15, plantea la cuestión en los siguientes términos: "La normativa constitucional no impide la creación de una organización de origen público sometida al Derecho privado con el mero fin de obtener, mediante el libre juego de las reglas del mercado, recursos económicos. Actividad, por otro lado, que vienen desarrollando los estados desde la época del mercantilismo y la ilustración. El fin público no sería otro que el aumentar los recursos de la tesorería del Estado. Pues bien, ¿habría que determinar en qué medida este fin público modula la actividad de dicha empresa de forma diferenciada a las del sector en cuanto a trasparencia en su gestión, al uso de información privilegiada, etc.?, o ¿es predicable que dicha empresa actúe bajo un idéntico régimen jurídico que las empresas de origen privado que operan en el sector?". La pregunta nos parece que debe ser ésta última, aunque no estemos tan seguros de que el interés general perseguido en el momento de la decisión de crear la empresa pueda ser, simplemente, la obtención de recursos económicos, con desconexión de otros objetivos constitucionales. Para recaudar dinero entendemos que ya existen otros mecanismos, los fiscales, los cuales podrían hacer innecesario acudir al instrumento de la iniciativa económica con éste único fin.

[685] Por lo que se refiere a la aplicacion de los derechos fundamentales, así la igualdad, en las relaciones *interprivatos*, vid. las distintas posturas existentes en la doctrina española en QUADRA-SALCEDO, Tomás, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Ed. Civitas, 1981 y GARCIA TORRES, J. y JIMENEZ BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Ed. Civitas, 1986 y LAGUNA DE PAZ, José Carlos, "La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo", RAP, nº136, Enero-abril 1995, pp. 201 y ss, especialmente pp. 214 y ss.

"poder público"[686] - lo que podría hacer entrar en juego los principios constitucionales referidos a la actividad de los poderes públicos, *pero no los referidos en exclusiva a la Administración Pública, por cuanto aquí no existe tal, al no tratarse del desarrollo de actividad administrativa o función típica administrativa*[687], *es decir, servicio a los intereses generales*[688].

---

[686] BORRAJO INIESTA, I., "El intento de huir del Derecho Administrativo", *REDA*, 78, 1993, pp. 240 y 241, pone de relieve como el manejo de caudales públicos es un elemento que determina la aplicación de contenidos constitucionales, pues "los gobernantes no pueden escapar de su condición, aun cuando se sometan formalmente al Derecho privado; salvo que dejen de serlo y se dediquen a administrar patrimonios privados por cuenta de sus propietarios, como es notorio".

[687] En relación con lo dicho, es interesante las consideraciones realizadas por la STS de 26 de enero de 1995, Ar. 1502. El problema práctico que se planteaba ante la jurisdicción contenciosa era, en apariencia, sencillo. Se trataba de dilucidar si el período trabajado por un policía municipal de El Puerto de Santa María en la "Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S.A." debía computarse a efectos de trienios, puesto que la ley aplicable al caso - Ley 70/1978 - reconocía los servicios prestados siempre que lo fueran *en una esfera de la Administración Pública*. El caso planteado da pié al Tribunal Supremo para efectuar una serie de puntualizaciones en relación con las sociedades mercantiles participadas por el Estado, afirmando *que el dato del capital íntegro o mayoritariamente público y del control financiero de la Administración Pública no convierte a las Sociedades Estatales en Administración Institucional*. Debe tenerse presente que la sociedad objeto de atención era un ejemplo de iniciativa económica pública; partiendo de los hechos descritos, la sentencia sostiene que:

> "Por lo que concierne al control de dichas empresas nacionales o sociedades estatales mercantiles, previsto tanto en la Ley General Presupuestaria como en la Ley de Entidades Autónomas (art. 93.1 para aquéllas en que la participación del Estado exceda del 75 por 100 de su capital), ello no implica su encuadramiento en la Administración del Estado ni sus organismos autónomos, sino que simplemente dado el capital público en su totalidad (como es el caso de la "Empresa Nacional Bazán") o en participación mayoritaria, el control del gasto público se ejerce por régimen asimilable al público en este caso, o aspecto patrimonial, *pues no son el Estado ni Organismo autónomo* sino *del* Estado o de sus Entes instrumentales con personificación jurídica."

[688] En este aspecto disentimos, como ya avanzamos de BISBAL, J., "Servicio público...", op.cit., pp. 208 y ss., por cuanto si bien aceptamos que la iniciativa pública y privada deben estar sometidas a las mismas reglas, las del mercado, y que el interés general juega para ambas como límite externo negativo, creemos sostenible la modulación del comportamiento de las empresas públicas mediante la obligada aplicación de estos principios constitucionales propios de los poderes públicos, dado el elemento de manejo de recursos públicos existente, que no la aplicación, insistimos, de los princicipios que orientan a la Administración Pública. En este sentido coincidimos parcialmente con FONT LLOVET, T., "Empreses públiques", en AA.VV., *Comentaris sobre l´Estatut d´Autonomia*, vol.III, Barcelona, IEA, 1988, pp. 751 y ss., por cuanto no consideramos aplicable el art. 103.1 CE,

La distinción aludida es, ciertamente sutil, y presenta no pocos problemas relativos al modo de control del respeto de los principios mencionados[689], pero pone de relieve ese núcleo latente de poder público - los recursos manejados en el ejercicio de la iniciativa económica - que podrían justificar algunas modulaciones *del modo de desarrollo* de la actividad pública de mercado[690], respecto de la actuación de las empresas privadas - centradas como es natural en la maximización de beneficios - cuyos fondos no son de naturaleza pública. De esta manera, la Constitución misma establecería ciertas pautas positivas de comportamiento, derivadas de la existencia de ese núcleo público, cuando se tratase de sociedades en mano pública que desarrollaran actividad económica de

---

como sí lo hace este autor, aunque estamos de acuerdo en la aplicación de otros principios constitucionales, como los arts. 9.2, 39 a 52, y 31.2 por él mencionados.

[689] Entre ellos, por ejemplo, la cuestión de qué jurisdicción conocería de la vulneración de los principios constitucionales, o la de quien estaria legitimado para exigir el control judicial del cumplimiento de principios tales como el de racionalidad o eficiencia en el desarrollo de la actividad empresarial.

[690] Aun cuando no se trate del desarrollo de actividad administrativa. En este sentido, la STC 14/1986, de 31 de enero, FJ 8, ha subrayado que "la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica", por lo que entendemos coherente la aplicación de ciertos principios constitucionales, desde la consideración de estas sociedades como poder público, que no Administración, dado el manejo y disposición de caudales públicos por ellas efectuado.

La aplicación de estos principios constitucionales tendrá sentido cuando la sociedad mercantil que desarrolle la actividad económica esté bajo el control de la Administración, sea ésta o no el socio mayoritario en el capital social. Por tanto, entendemos que los mismos serían de aplicación estemos o no ante una sociedad estatal del art. 6.1 a) LGP, mientras exista ese elemento de control público mediante los instrumentos propios de la lógica mercantil, siguiendo así la dirección señalada, con otro objeto como se expuso, por la Directiva 80/723/CEE. Sobre el diferente sentido de la participación pública en sociedades mercantiles, vid. el clásico estudio de VILLAR PALASI, J.L., "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *RAP*, núm. 3, 1950, pp. 53 y ss., especialmente pp. 94 y ss.

mercado[691]. No se nos escapa que estas sociedades ya están sometidas a las reglas propias del mercado, pero la aplicación de esas directivas constitucionales, sin menoscabar la competitividad de las empresas, supondría matizar el modo de desarrollo de la actividad, la cual, sin renunciar, por supuesto, a la generación de beneficios debería incorporar ciertas inquietudes, por así decirlo, dado su capital público, inquietudes que, por ejemplo, quizás harían aconsejables en determinadas situaciones aminorar esos beneficios, sin eliminarlos, siguiendo esas orientaciones constitucionales[692].

De la delimitación de lo que sea actividad administrativa (servicio a los intereses generales, 103.1 CE) ha quedado fuera el desarrollo de la iniciativa económica pública

---

[691] Esta parece ser la línea seguida por la Disposición Adicional sexta de la LCAP, donde se señala que "Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". Nótese que el dato del capital público se circunscribe a la mayoría del total, no contemplándose los supuestos ya aludidos de minoria de participaciones públicas pero efectivo control de la sociedad. Por otro lado, sólo se aluden dos principios (publicidad y concurrencia), y se ciñe la aplicación de los mismos al ámbito contractual, donde, por otra parte, los dos citados despliegan su virtualidad. Sobre este precepto, vid. PEREZ MORENO, A., "La contratación de los entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público", en GOMEZ FERRER MORANT, R., (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 851 y ss., y especialmente, pp. 864 y ss.

Debe tenerse presente que esta previsión de la LCAP estaba relacionada con el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-admnistrativa, que preveía el control por los tribunales de lo contencioso del respeto por las sociedades mercantiles de capital mayoritario público de los aludidos principios, en los contratos de obras y en los de suministro vinculados directamente a un uso o servicio público. De mantenerse así el texto de la futura ley, parece que no sería controlado por la jurisdicción contenciosa el respeto de esos principios en el caso de los contratos celebrados por sociedades mercantiles que desarrollaran la iniciativa pública en la economía.

[692] En este sentido, vid. CHEVALLIER, J. y LOSCHAK, D., "Rationalité juridique et...", op.cit., pág. 87, quienes señalan que a diferencia de la empresa privada "dont le seul but est la maximisation du profit, l´"efficacité" se confond avec l´"efficience", c´est-à-dire avec le rendimente financier, pour l´enterprise publique il n´en va pas ainsi: son efficacité se mesure au degré de realisation fixés par les autorités politiques et ces objectifs dépassent la seule rentabilité financière pour intégrer d´autres considerations. Au nom des idées de "rentabilité sociale" ou d´"efficacité générale", les enterprises publiques sont chargées d´atteindre certains résultats, qui débordent, et souvent contredisent, l´impératif d´"efficience", et peuvent entraîner une déterioration de leurs résultats financiers", aunque estén también sometidas a las reglas del mercado.

(128.2 CE). Sin embargo, este enfoque negativo sigue sin precisar qué sea esa función típica administrativa a que se refiere el art. 103.1 CE. Debemos, entonces, avanzar un paso más e intentar una delimitación en positivo del giro o tráfico administrativo.

En esta línea, PAREJO ALFONSO sostiene que la "actividad administrativa" a que se refiere el art. 106.1 CE citado es "el concepto mismo del conjunto de actividades definidas en cada momento jurídicamente como públicas", siendo la actividad administrativa, pese a la dificultad de su aprehensión conceptual, según la Constitución "un verdadero concepto jurídico, dotado de un contenido y significado precisos", consistiendo el giro o tráfico administrativo en "el servicio con objetividad del interés general, es decir, en administrar. (...). La Constitución acota aquí, pues y como ya nos consta, una peculiar actividad, dotada de perfil propio, consistente en administrar", la cual "parece referirse a un tipo de actividad distinta cualitativamente de la propia de los sujetos ordinarios", es decir de los particulares[693].

La dificultad estriba en determinar qué sea ese servicio al interés general, es decir ese giro o tráfico de la Administración[694]. Creemos que en esta noción debe ser incluida, en primer lugar, el ejercicio de potestades administrativas[695]. En este concepto entendemos que debe comprenderse la actuación mediante poderes reservados a la Administración Pública o inherentes a su condición, es decir, la actividad realizada de forma unilateral y con autoridad

---

[693] PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia*..., op.cit., pp. 48 y ss.

[694] Como ponen de relieve GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso*..., op.cit., pág. 54.

[695] Sobre las potestades administrativas, vid. por todos, SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos*..., op.cit., pp. 874 y ss., y DE LA CUETARA, J.M., *Las potestades admnistrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.

e *imperium*[696].

Sin embargo, no sólo este tipo de actuación entraría dentro del giro y tráfico administrativo. Ésta supone el desarrollo de actividades típicas administrativas, en servicio del interés general. Consideramos que dentro de la actividad administrativa se incluye también la actividad de *fomento*[697]. Efectivamente, mediante la misma, como es sabido, se produce una dirección de la actividad privada, mediante medios indirectos y no imperativos. Pero aunque no concurra en este caso la nota de autoridad o *imperium*, sí existe un servicio al interés general, mediante un manejo de recursos públicos. En consecuencia, entendemos que también nos encontramos ante una actividad administrativa, encuadrable en el art. 103.1 CE.

Por otro lado, el giro o tráfico administrativo también debe predicarse de la actividad de *servicio público*[698]. En nuestro Derecho esta actividad se distingue del ejercicio de potestades, aun cuando ocasionalmente la prestación del servicio público pueda requerir actuación de autoridad o *imperium*, así como de la actividad de fomento. Pero aparece clara

---

[696] El art. 92.2 LBRL indica que "son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial,las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquéllas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

[697] Sobre la actividad administrativa de fomento, entre la bibliografía existente, vid. por todos, desde una perspectiva general, DE LA CUETARA, J.M., *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983, pp. 288 a 320, MARTIN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo económico*, vol.I, La Ley, Madrid, 1988, pp. 437 y ss., y la monografía de FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, IEF, 1983.

[698] En relación con el discutido concepto de servicio público en la doctrina española, vid. desde una perspectiva general, con exposición de las diferentes concepciones, DE LA CUÉTARA, J.M., *La actividad...*, op.cit., pp. 133 y ss., BERMEJO VERA, J. (Dir.), *Derecho Administrativo (parte especial)*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 53 y ss., GARRIDO FALLA, F., "El concepto de servicio público en derecho español", *RAP*, 135, 1994, pp. 7 y ss., y el reciente artículo de MALARET, E., "Les services publics dans le droit administratif espagnol", *AJDA*, 1997, núm. especial.

la vinculación de esta actividad con el servicio al interés general, en consideración al cual, precisamente, se desarrolla. En este sentido, también aparece claramente distinguida esta actividad de la iniciativa económica pública (art. 128.2 CE), a la cual nos hemos referido con anterioridad, puesto que en el caso del servicio público la decisión de su prestación y el desarrollo de la actividad se orientan en todo momento, como es sabido, por la idea de interés general, lo que produce una serie de importantes modulaciones en su régimen jurídico, a fin de garantizarlo.

En definitiva, tanto el ejercicio de poder público, como la actividad de fomento, como la prestación de servicios públicos, en el sentido técnico propio de nuestro Derecho, constituyen giro o tráfico administrativo, es decir actividad administrativa de servicio al interés general (art. 103.1 CE). Lo que debe llevar a efectuar - de manera provisional, desde la perspectiva constitucional en que ahora nos movemos, y sin perjuicio de ulteriores precisiones en otro apartado del presente trabajo - algunas consideraciones relativas al régimen jurídico de esta actividad, desde el enfoque constitucional de la función administrativa.

Tal como avanzamos unas líneas más arriba, el art. 103.1 CE no sólo utiliza criterios materiales para referirse a la actividad administrativa, sino que, como hemos visto extensamente, indica cómo debe desarrollarse ésta, al contener un deber de buena administración articulado a través de diferentes principios. Ha sido notado que la Constitución "establece un modelo institucional más o menos abierto, pero de contornos básicos claramente deducibles"[699]. Por ello, el deber de buena administración articulado a través de los principios analizados, racionalidad, objetividad (con la imparcialidad como su

---

[699] SANCHEZ MORON, M., "Notas sobre la función administrativa", en PREDIERI, A., y GARCIA DE ENTERRIA, E., *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, pág. 629.

presupuesto necesario), coordinación, eficacia, eficiencia y economía, rige siempre que exista ese giro o tráfico administrativo, esa función de servicio al interés general. Actividad administrativa y deber de buena administración aparecen indisociablemente unidos, garantizándose esa unión por la vigencia de los principios citados siempre que exista actividad administrativa; *sea ésta desempeñada o no por la Administración, y, en el caso de que sí lo sea, se desarrolle ésta mediante la organización y forma jurídica que sea.*

Con lo que se acaba de afirmar se quiere significar lo siguiente. El deber de buena administración, y en consecuencia los principios constitucionales pertinentes, son aplicables en aquellos casos en los que existe actividad administrativa pero ésta no es ejercida por una Administración Pública. Es el caso del ejercicio de actividad administrativa por los particulares, por ejemplo, el ejercicio de potestades de policía por un concesionario, la prestación del servicio en sí misma por éste, el desarrollo de funciones públicas por privados[700] o el ejercicio de éstas por Corporaciones de Derecho Público. En estos casos, pese a no existir Administración Pública sí existe actividad administrativa de servicio al interés general y, por tanto, aplicación de las pautas constitucionales referidas al giro o tráfico administrativo. Ello significa, por tomar uno de los ejemplos aludidos, que si una Cámara de Comercio, Industria y navegación desarrolla alguna de las funciones de carácter público-administrativo contempladas en la Ley 3/1993, de 22 de marzo[701], deberá respetar los principios de buena administración contenidos en la Constitución, y orientar su actuación

---

[700] Sobre este fenómeno, vid. en general SAINZ MORENO, F., "Ejercicio privado de funciones públicas", *RAP*, núm. 100-102, 1983, pp. 1699 y ss. En relación a esta cuestión, desde la perspectiva del fenómeno privatizador y con especial atención a la función de inspección en el ámbito industrial, vid. PONCE SOLÉ, J., "Una aproximación al fenómeno privatizador en España", *RAP*, 139, 1996, pp. 345 y ss., y especialmente pp. 365 y ss.

[701] Art. 2. Precisamente, la existencia de estas funciones públicas fue uno de los argumentos utilizados en la STC 107/1996, de 12 de junio, para entender constitucional la ley, pese a establecer la adscripción forzosa a las Cámaras.

conforme a los mismos, pese a que no pueda afirmarse en puridad que estamos ante una Administración Pública[702].

Lo afirmado debe desplegar consecuencias concretas, en el campo de la organización y, como veremos más adelante, en el ámbito del procedimiento de adopción de decisiones. En este sentido, respecto de la primera de las dos vertientes apuntadas, la STS de 20 de marzo de 1996 (Ar. 2563) obtiene consecuencias prácticas de la extensión del deber de objetividad a la actividad administrativa de las Cámaras de Comercio. Se impugnaba en este caso un decreto catalán por el que se creaba el cargo de Director Gerente en las Cámaras de Cataluña. Este Director Gerente pasaba a ostentar las funciones de gestión de acuerdos, de representación del Presidente cuando éste así lo determinara en relación a facultades ejecutivas, de jefe de personal retribuido y de dirección de todos los servicios de la Cámara, así como aquellas competencias que le fueran específicamente delegadas por el Comité Ejecutivo y el Presidente. Su sistema de provisión consistía en el acuerdo del Pleno a propuesta del Comité Ejecutivo, careciendo de la condición de funcionario.

Pues bien, el TS, al analizar esta regulación llega a la conclusión de que el decreto impugnado estaba infringiendo "un principio de las normas estatales en materia de Cámaras que podemos considerar básico: el de *objetividad en el servicio de los intereses generales*", del cual deriva que las funciones descritas "deban ser desarrolladas por persona elegida como la más capacitada entre los aspirantes al cargo, con un control previo de la Administración de tutela, que aprueba las bases para cubrirlo, y una profesionalización del órgano que le dota del carácter de inamovible. Frente a ello se nombra un Director Gerente, que es un

---

[702] En tal sentido, vid. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972, pp. 123 y ss., y GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pp. 379 y ss., quienes acuden al art. 28.4 b) LJCA, como supuesto de aplicación en estos casos.

cargo de confianza, carente de la condición de funcionario, que puede ser nombrado y removido libremente". Por todo ello, el TS declara la anulación del decreto catalán.

Puede apreciarse, pues, como el principio de imparcialidad (art. 103.3 CE), condición imprescindible para el respeto del principio de objetividad en el desarrollo de las funciones (art. 103.1 CE)[703], conduce a derivar consecuencias prácticas inmediatas.

En los casos de ejercicio de actividad administrativa por privados, creemos que no es necesario acudir a la ficción de entender integrados a los particulares en el complejo orgánico administrativo, a fin de hacerles aplicables estos principios, sino que, más sencillamente, al desarrollar actividades propias del giro o tráfico administrativo deben hacerlo en el modo prescrito constitucionalmente, es decir, de acuerdo con el deber de buena administración.

De igual forma, cuando la propia Administración Pública desarrolla funciones típicas, está sujeta al deber constitucional de buena administración, y debe adecuar su conducta, entre otros, a los principios repetidamente citados, sea cual sea la forma jurídica que utilice, aunque ésta sea jurídico-privada[704]. Cuando se trate del ejercicio de actividad

---

[703] Vid. supra Cap. IV.2.2, sobre la relación entre los principios constitucionales de imparcialidad y objetividad.

[704] Cosa distinta será, ya se expuso, cuando la Administración ejerza su iniciativa económica y pretenda realizar actividad de mercado.

Quizás con un sencillo ejemplo, un tanto simple quizás, pueda explicarse mejor lo que estamos intentando transmitir. Imaginemos que una sociedad anónima de capital íntegramente público gestiona un servicio público, como, por ejemplo, unas instalaciones deportivas o el servicio de transporte urbano. Supongamos que esa sociedad mercantil decide realizar una inversión multimillonaria de difícil justificación. Pongamos por caso que los vestuarios de las intalaciones deportivas se pretenden revestir con mármol de carrara y grifería de oro o que los asientos de los autobuses van a ser forrados con piel de la mejor calidad y se van a utilizar maderas nobles para decorar el interior de los vehículos. No cabe descartar que puedan existir razones justificativas de tales decisiones, pero, en principio, para el hombre medio de la calle, las mismas son, digámoslo coloquialmente, un despilfarro.

¿Cabría articular jurídicamente un reproche para ese despilfarro? Considerando que nos movemos en el ámbito de una actividad propia del giro o tráfico administrativo, la prestación de sun servicio público, debería regir aquí el principio de eficiencia, al estar en juego recursos públicos. En

administrativa, tanto los principios constitucionales referidos a la actividad de los poderes públicos (por ejemplo, art. 9.2, arts. 39 y ss.) y los específicos, ya analizados, que orientan ese servicio al interés general, como los derechos fundamentales serán de aplicación con independencia de la personificación asumida, aun cuando se trate de una sociedad mercantil[705]. Este es el camino que, como es conocido, han empezado a recorrer nuestros tribunales y la doctrina[706], en la línea de la construcción alemana del "derecho privado administrativo"[707].

---

consecuencia, cabría argumentar una vulneración de este principio de buena administración.

Ahora bien, el ejemplo utilizado pone al descubierto una cuestión. ¿Ante qué jurisdicción se plantearía el recurso? De acuerdo con el ordenamiento en vigor, parece que no conocería del mismo la contencioso-administrativa (art. 1 LJCA).

[705] Otra cosa es que, como se indica *infra* Capítulo V.3, ciertas actividades administrativas que comporten ejercicio de autoridad no puedan ser desarrolladas por sociedades mercantiles.

[706] En función, precisamente del uso del criterio material, relativo a la actividad administrativa desarrollada.

Recordemos, en este sentido, que la STC 35/1983, de 11 de mayo, tomó en consideración que TVE, S.A. desarrollaba actividad de servicio público, y, por ello, consideró que su función, como propia del poder público, estaba vinculada al respeto a los derechos fundamentales. También el TS ha utilizado el criterio material en diversas ocasiones en relación a sociedades mercantiles que desarrollaban actividades propias del giro o tráfico administrativo, a fin de "levantar el velo" y controlar su actividad. En este sentido, vid. por ejemplo, STS de 16 de marzo de 1973 (Ar. 1195) - sociedad anónima de capital municipal que realizaba la urbanización de unos terrenos -, STS de 5 de diciembre de 1990 (Ar. 9875) -sociedad mercantil que prestaba el servicio público de recogida de basuras -, o STS de 29 de noviembre de 1990 (Ar. 10569) - sociedad mercantil de capital autonómico que prestaba el servicio público de televisión. En relación a esta jurisprudencia, vid. las consideraciones de FONT LLOVET, T., "La Administración plural. Caracteres generales del régimen de las Administraciones Públicas", en TORNOS MAS, J. (Coord.), *Administración Pública...*, op.cit., pp. 75 y ss., y DE VICENTE DOMINGO, R., *Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 31 y ss.

Sobre la aplicación de principios constitucionales a la actividad administrativa, con independencia de la forma jurídica que la desarrolle, vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso...*, op.cit., pág. 390, BORRAJO INIESTA, I., "El intento...", op.cit., pp. 240 y 241, DEL SAZ, S., "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional", en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 175, MARTIN-RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo", *RAP*, 140, 1996, pág. 41.

[707] Al respecto, vid. LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1991, pp. 297 y ss., y "La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo", *RAP*, 136, 1995, pp. 208 y ss, BARNES VAZQUEZ, Javier, "Introducción a la doctrina alemana del "Derecho Privado Administrativo"", en

Debe notarse, finalmente, que el desarrollo de su actividad conforme a los parámetros constitucionales de buena administración constituye para la Administración Pública, aparte de un deber como ya nos consta, la fuente de su *legitimación* social en las modernas sociedades. Efectivamente hoy en día no basta con que la Administración respete el ordenamiento, ni que actúe en virtud de su poder, con la legitimación democrática que ya conocemos. Todo ello es necesario, pero ya no suficiente. Ya puesimos de relieve en su momento la progresiva pérdida de capacidad de la norma de predeterminar la actividad administrativa. La racionalidad weberiana o legal-formal aparece ya como un parámetro insuficiente para la legitimación de la Administración[708]. A la Administración la sociedad le exige, y la Constitución ha recogido esta inquietud, que administre bien, que obtenga resultados adecuados. Es por ello que la buena administración no es sólo un deber jurídico de la Administración, sino, también, origen de su legitimación social[709]. Ahora bien, a la

---

PEREZ MORENO, Alfonso (Dr), *Administración institucional...*, vol. I, op.cit., pp. 229 y ss., y GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S., *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 103 y ss.

[708] Como hemos tenido ocasión de ver *supra* Cap. III.2 y Cap. IV.2.1. En este sentido, MESCHERIAKOFF, S., "Legalidad, eficiencia y equidad: las variables de la legitimidad administrativa. La experiencia francesa", *RICA*, vol. 57, núm. 2, junio 1990, pág. 120, señala que "el análisis ortodoxo de la Administración como servidora del Derecho sostiene que discurre por vías previamente trazadas, como un tranvía. Aplicar el Derecho significa extraer sus consecuencias lógicas - esto es el alfa y el omega - de la Administración Pública. La racionalidad administrativa es la racionalidad legal. No obstante, al aumentar el protagonismo social del Estado, empieza a surgir toda la ambigüedad de la idea de la aplicación del Derecho", pues "la aplicación de la ley implica también (y especialmente) su inserción en la realidad social, llenándola y transformándola en conducta humana y logros materiales. Esta tensión entre hecho y Derecho enfrenta directamente la racionalidad legal con la cuantitativa, que puede denominarse directiva o de gestión en este contexto. Es una lucha cuya conclusión parece ser la derrota de la primera. Son los matemáticos y los ingenieros quienes envían hombres a la luna, y los médicos quienes curan las enfermedades, no los juristas".

[709] En este sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia...*, op.cit., pág. 89, "La eficacia...", pp. 15 a 18, y MESCHERIAKOFF, S., "Legalidad, eficiencia y equidad...", op.cit., pág. 125.

sociedad de finales del siglo veinte no le basta con que la Administración sea un instrumento en manos de un gobierno democrático, ni que no vulnere el ordenamiento, ni siquiera que, además, administre bien. Los ciudadanos quieren, también, ser tratados equitativamente, no como meros objetos pasivos del desarrollo de las funciones administrativas, sino como actores informados cuyos intereses e inquietudes son tomadas en consideración a la hora de decidir de forma transparente[710]. Como pone de relieve PRATS CATALÀ, "resulta así que a la legitimidad legal de las Administraciones públicas se ha añadido no sólo la exigencia de los valores de la equidad social y de la participación, planteados por la transición al Estado social y democrático de Derecho, sino que, en los últimos años, la legitimidad de las Administraciones Públicas exige, además, la eficacia y la eficiencia en el uso de los recursos públicos"[711].

Como intentaremos argumentar a lo largo del próximo capítulo, el procedimiento administrativo es una institución que puede contribuir a legitimar la actividad de la Administración, incluyendo aunque rebasando la mera legitimidad racional legal, al posibilitar un correcto desarrollo de la función administrativa, una buena administración transparente mediante la equitativa ponderación de todos los intereses envueltos para la obtención de la solución de interés general no predeterminada por el ordenamiento jurídico.

Ante la incapacidad mostrada en determinadas ocasiones por la Administración a esas demandas sociales, se ha producido un paulatino desprestigio de lo público, asociado a una moda privatizadora, como es conocido. Entendemos, en cualquier caso, que si esta tendencia privatizadora apuntada quiere ser racionalizada, debe serlo *desde el replanteamiento de los*

---

[710] Sobre esta nueva fuente de legitimación, la legitimidad-equidad, vid. las consideraciones que efectúa MERCHERIAKOFF, S., "Legalidad, eficiencia y equidad...", op.cit., pp. 128 y ss.

[711] PRATS CATALÀ, J., "Derecho y *Management* en las Administraciones Públicas", en BRUGUÉ, Q. y SUBIRATS, J., *Lecturas de gestión pública*, MAP, Madrid, 1996, pág. 183.

mecanismos públicos de actuación administrativa existentes, a fin de responder a esas exigencias sociales desde lo público, sin injertos indiscriminados provinientes del mundo privado, los cuales, como veremos, son incapaces de garantizar tanto los derechos de los ciudadanos como, también, ese deber constitucional de buena administración[712].

Las afirmaciones realizadas hasta el momento se mueven en un plano puramente constitucional, desde la perspectiva, básicamente, del art. 103.1 CE. En su momento estas consideraciones deberán ser completadas tomando en consideración otros datos, constitucionales y legales. Así, entre los primeros deberá considerarse el art. 105 CE, para indagar si este precepto establece una reserva de procedimiento administrativo para el desarrollo de la actividad administrativa, lo que podría suponer ya no sólo la aplicación en todo caso de principios constitucionales, sino la necesaria existencia de un elemento público, el procedimiento, para la toma de decisiones administrativas, lo que podría, a su vez, tener repercusiones sobre la potestad organizatoria y la libertad de elección de formas jurídicas para desarrollar la actividad propia del giro o tráfico administrativo[713].

Sin embargo, antes de abordar las cuestiones aquí meramente esbozadas, es necesario, continuando con el enfoque constitucional seguido hasta el momento, relacionar el art. 103.1 CE con el ya aludido 106.1. Se trata, en definitiva de comprobar los límites constitucionales de la función judicial de control del núcleo extrajurídico de la discrecionalidad; la

---

[712] Sobre la recuperación del Derecho Público como instrumento idóneo para la obtención de resultados públicos, vid. ORTEGA, L., "El reto dogmático...", op.cit., pp. 12 y ss., donde este autor propone tres vertientes de actuación en esa dirección: "de un lado, destacando las mayores cotas de garantías y derechos que el ciudadano obtiene a través de la norma pública, por ejemplo igualdad y responsabilidad objetiva. De otro flexibilizando, en términos de personal y contratación, la actuación administrativa para obtener la de calidad y rapidez que hoy demandan los ciudadanos a los servicios públicos. Finalmente, exigiendo el levantamiento del velo de las personificaciones interpuestas para el control de los fines públicos que estuviesen en el inicio de la decisión pública de la creación de una sociedad privada y la aplicación de determinados principios en su actuación, como la publicidad y la transparencia".

[713] Vid. más adelante, capítulo V, epígrafe 6.

constatación de los mismos pondrá claramente de relieve el papel del procedimiento administrativo como cauce garantizador de los derechos de los ciudadanos, sí, pero, además, como repetidamente se ha dicho, como garantía *insustituible* de la existencia de una buena administración, de un desarrollo adecuado de la función administrativa, conducente a la adopción de una decisión acertada y adecuada en su servicio a los intereses generales.

4. Control judicial y buena administración. Los límites constitucionales de la función judicial. La imposibilidad de garantizar la buena administración a través del control judicial de la discrecionalidad administrativa.

1. La evolución histórica hacia la total *extensión* del control judicial sobre las decisiones administrativas.

Una vez expuestos las directivas de comportamiento administrativo contenidas en la Constitución, creemos interesante reflexionar acerca del papel que puedan representar los tribunales en el logro del cumplimiento del deber de buena administración. ¿Corresponde a los mismos imponer la solución más adecuada al interés general en cada caso? ¿es su responsabilidad directa que se elijan aquéllas alternativas mejores? ¿pueden y deben garantizar el cumplimiento del deber de buena administración, tomando cualquier medida para lograrlo?.

La respuesta a estas preguntas, nada fácil y necesitada de múltiples matizaciones, debe ser abordada desde una perspectiva histórica, que nos ayude a entender de donde venimos y, en la medida de lo posible, vislumbrar los límites y alternativas de la futura evolución.

Debe notarse, antes de iniciar el análisis, que este tema es un clásico del Derecho Administrativo, por lo que ha sido objeto de numerosos y autorizados trabajos científicos. Escapa al objeto del presente estudio - el papel del procedimiento administrativo como mecanismo promotor de la buena administración - profundizar en el estudio del control judicial de la discrecionalidad administrativa. El tratamiento que se va a efectuar de la cuestión en este epígrafe sólo pretende demostrar las limitaciones intrínsecas del control

judicial como medio para garantizar una correcta administración, así como la perentoria necesidad de compensarlas, entre otras vías, mediante una cuidada regulación y seguimiento del procedimiento administrativo.

En referencia al control judicial de la discrecionalidad, debe constatarse una evolución histórica que parte de un escaso, cuando no nulo, control judicial de las decisiones administrativas hasta, la eliminación de los últimos reductos inmunes a la fiscalización de los tribunales. Es un proceso bien conocido, en el que no es preciso extenderse[714]. Como ha señalado Tomás-Ramón FERNANDEZ, "en el principio fue la excención. El principio de separación de poderes y el propio entendimiento de la función misma de administrar imponían como algo axiomático e indiscutible la exclusión de cualquier sometimiento de la Administración a un poder superior y exterior a ella"[715]. Esta situación perduró en nuestro país hasta 1956, cuando la LJCA terminó con la exclusión en bloque de todas las decisiones discrecionales, si bien los últimos vestigios no fueron definitivamente barridos hasta la promulgación de la Constitución de 1978. Los arts. 24.1 y 106.1 de ésta terminaron, definitivamente, con las anomalías aún subsistentes bajo la vigencia de la LJCA, estableciendo la posibilidad de impugnar judicialmente cualquier decisión administrativa.

La lenta y progresiva lucha contra las inmunidades del poder no fue sólo en sentido *horizontal*, es decir en relación al número de parcelas de éste sometidas a control judicial, sino también en sentido *vertical*, en cuanto a la incisividad del control mismo sobre las

---

[714] Desde un punto de vista general, tomando como referencia la situación en Francia, vid. FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, 1970, Madrid, pp. 35 y ss., y más recientemente *Arbitrariedad...*, op.cit., pp. 25 y ss. En relación a la situación española hasta principios de la decada de los noveinta, vid. por ejemplo ESCRIBANO COLLADO, P., "Técnicas de control judicial de la actividad administrativa", en BARNES VAZQUEZ, J. (Dir.), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Civitas, 1993, pp. 353 y ss.

[715] FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrariedad...*, op.cit., pág. 26.

decisiones administrativas. Desde el control de los elementos reglados de éstas, el control judicial se ha ido paulatinamente profundizando, avanzando gracias a las aportaciones de la doctrina hacia el núcleo mismo de la decisión discrecional, hacia la entraña de ésta, a través del uso de los principios generales del Derecho. Éstos representan en la actualidad la *tecnología punta* en esa lucha, permitiendo fiscalizar actos y normas administrativas que, de otro modo, evadirían el contraste judicial con el ordenamiento jurídico[716].

La *extensión* del control judicial constituye un positivo avance en la consolidación del Estado de Derecho, al quedar eliminado, como dijimos, cualquier reducto inmune al escrutinio judicial y, por tanto, a la aplicación de un test de conformidad con el ordenamiento jurídico. Es cierto que el sistema presenta problemas de gravedad y que su mal funcionamiento imposibilita el cumplimiento en su integridad del mandato constitucional de tutela judicial efectiva. Se trata de problemas creados por la sobrecarga de recursos que padece la jurisdicción contenciosa[717], por la falta de medios humanos y materiales para hacerle frente, por una serie de cuestiones organizativas y por defectuosas regulaciones técnicas de diversas cuestiones procesales (aplicación de medidas cautelares, ejecución de sentencias...), algunas de las cuáles ya habían sido puestas de relieve hace bastantes años por

---

[716] No es preciso tampoco insistir en la utilidad e importancia de los principios generales del Derecho como técnica de control judicial de la actividad administrativa. Vid. por todos GARCIA DE ENTERRIA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 91 y ss., y DELGADO BARRIO, J., "Reflexiones sobre el art. 106.1 CE; el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho", en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. (Dir.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol.III, Madrid, Civitas, 1991, pp. 2315 y ss.

[717] En una situación prácticamente de colapso, como es notorio. Al respecto, vid. el análisis que se realiza de la jurisdicción contencioso-administrativa, con profusión de datos y gráficos, en PASTOR PRIETO, S., *¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Económica*, Civitas-Ministerio de Justicia, 1996, pp. 92 a 102, donde se pone de relieve que esta jurisdicción es la que presenta "la mayor tasa de crecimiento de la demanda desde 1982; concretamente, en el período que va desde 1983 a 1990 la demanda casi se multiplicó por tres". Así, por ejemplo, en el caso del Tribunal Supremo, en 1983 ingresaron 5.170 asuntos, mientras que en 1990 el número fue de 14.492, representando el 55% del total de asuntos ingresados en este Tribunal.

el cándido jurista hurón en su visita a la sede del Consejo de Estado francés[718]. Es lo que TORNOS ha denominado *crisis de crecimiento*, abogando este autor por la instrumentación de medidas adecuadas para su superación, entre ellas el alivio de la saturación y consiguiente lentitud en la resolución de los asuntos mediante el uso de vías previas complementarias al recurso jurisdiccional[719].

En cuanto al incremento en la *intensidad* del control judicial, el mismo debe también considerarse positivo, al permitir afinar los instrumentos de fiscalización de las decisiones administrativas. Un repaso a los repertorios de jurisprudencial al uso permite comprobar que es sobre todo desde mediados de los años ochenta cuando en nuestro país se generaliza el control judicial de la discrecionalidad mediante el uso de principios generales del Derecho, muchos de ellos constitucionalizados. En este sentido, entendemos deseable que el recurso a los mismos se *consolide* y *generalice* en todos los ámbitos de la actividad administrativa discrecional, así como que la doctrina colabore en el tratamiento técnico de los mismos, a fin de perfilar cada uno de ellos y hacerlos susceptibles de un preciso uso judicial.

Ahora bien, el incremento en la intensidad del control judicial de la discrecionalidad, a diferencia de lo que ocurría en el caso de la extensión, es *finito*, es decir, tiene sus *límites*. El escrutinio judicial no puede avanzar indefinidamente en dirección a la entraña de la discrecionalidad, hasta eliminar ésta, porque, en este caso, *es la propia Constitución la que establece limitaciones a la función judicial*, basada en el control de *legalidad* de la Administración mediante el *razonamiento exclusivamente jurídico*. Como a continuación

---

[718] Vid. el divertido artículo de RIVERO, J., "Le Huron au Palais Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", *Recueil Dalloz*, 1962, pp. 7 y ss.

[719] TORNOS MAS, J., "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", *RAP*, núm. 122, 1990, pp. 105 y ss., "Medios complemantarios...", op.cit., pp. 151 y ss., y "Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local", en FONT LLOVET, T., *Anuario del Gobierno Local*, Marcial Pons-Diputación de Barcelona, Madrid, 1995, pp. 83 y ss.

veremos, el incremento en la intensidad del control llega a un punto límite, la frontera del Derecho, del que no puede exceder, puesto que el crecimiento histórico del control judicial tiene necesariamente un *techo*, a fin de que ese control sea compatible con el respeto a la *función administrativa* de servicio a los intereses generales, reconocida también constitucionalmente.