

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

A. EZQUERRA HUERVA

El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente

J. M.º GIMENO FELIU

El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública

J. JORDANO FRAGA

La Administración en el Estado ambiental de Derecho

J. TUDELA ARANDA

La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía

173

Madrid
mayo/agosto
2007

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública
ISSN: 0034-7639, núm. 173,
Madrid, mayo/agosto (2007)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaria:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

VOCALES:

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*

Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*

Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*

León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*

Luis Coscolluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*

Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*

Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*

Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*

Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*

Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*

Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*

José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*

Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*

José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

SUMARIO DEL NÚM. 173

MAYO-AGOSTO 2007

Páginas

ESTUDIOS

- A. EZQUERRA HUERVA: *El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente* 9-61
- J. M.^a GIMENO FELIU: *El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública* 63-100
- J. JORDANO FRAGA: *La Administración en el Estado ambiental de Derecho* 101-141
- J. TUDELA ARANDA: *La Disposición Adicional Primera de la Constitución y los nuevos Estatutos de Autonomía. La historia como legitimación de la autonomía* 143-181

JURISPRUDENCIA

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

- J. TORNOS MAS: *La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una drástica reducción del silencio administrativo?* 185-215
- J. V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación* 217-237
- J. PONCE SOLÉ: *¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al Gobierno?* 239-263

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (T. FONT I LLOVET, A. GALÁN GALÁN, O. MIR PUIGPELAT y J. TORNOS MAS)

- O. BOUAZZA ARIÑO: *Notas de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* 279-290

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

I. ESPAÑOLA Y COMUNITARIA

- J. BARNES: *Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del siglo XXI* 293-315
- M. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: *El nuevo enfoque estatutario sobre la distribución de competencias en materia de aguas* 317-353
- L. A. BALLESTEROS MOFFA: *La intervención administrativa en materia de dopaje deportivo a la luz de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte* 355-405
- E. GUICHOT: *Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales* 407-445

	<u>Páginas</u>
II. EXTRANJERA	
A. VERGARA BLANCO: <i>El problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral</i>	447-482
S. TAVARES DA SILVA: <i>La regulación jurídica del sector eléctrico portugués y la aplazada emergencia del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL)</i>	483-504

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

CASTILLO BLANCO, F. A.: <i>Régimen Jurídico de las Actuaciones Urbanísticas sin Título Jurídico Autorizante</i> (J. JORDANO FRAGA)	507-510
GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: <i>Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?</i> (F. SÁINZ MORENO)	510-514
GÓMEZ PUENTE, M.: <i>Derecho Administrativo Aeronáutico (Régimen de la Aviación y el Transporte Aéreo)</i> (M. ^a R. ZAMORA ROSELLÓ)	514-517
GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: <i>Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria</i> (E. LÓPEZ BARRERO)	517-520
MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.: <i>Empresas en participación (joint ventures) y Derecho comunitario de la competencia</i> (C. PADRÓS REIG)	520-523
PALMA DEL TESO, M. ^a A. de: <i>Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados</i> (P. PUNET GÓMEZ)	523-525
PASCUA MATEO, F.: <i>Fuerzas Armadas y derechos políticos</i> (O. BOUAZZA ARIÑO)	526-528
PÉREZ FERNÁNDEZ, J. M. (coord.): <i>Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España</i> (J. M. CASTELLS ARTECHE)	528-531
REGO BLANCO, M. ^a D.: <i>La acción popular en el Derecho administrativo y, en especial, en el urbanismo</i> (M. ^a C. ORTIZ DE TENA)	531-533
SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. ^a M.: <i>La regulación del sector del gas natural</i> (A. B. LUCAS TOBAJAS)	533-534
SORIANO GARCÍA, J. E.: <i>Lucha contra la morosidad y contratación administrativa</i> (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ)	534-536
SOSA WAGNER, F., y SOSA MAYOR, I.: <i>El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España</i> (L. TOLIVAR ALAS)	536-538
TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J.: <i>La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la Sociedad de la Información: Un estudio de Derecho administrativo económico</i> (M. CARLÓN RUIZ)	538-541
WATTS, R. L.: <i>Sistemas federales comparados</i> (F. SOSA WAGNER)	541-542

¿ADECUADA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN O INVASIÓN INDEBIDA DE ÁMBITOS CONSTITUCIONALMENTE RESERVADOS AL GOBIERNO?

El traslado de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006

JULI PONCE SOLÉ

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona¹

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN, LA FALSA INDIFERENCIA DEL DERECHO PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL NÚCLEO DE LA DISCRECIONALIDAD Y LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL.—III. DEBER DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.—IV. EL ANÁLISIS DE LAS DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: IV.1. *La doctrina de los vicios de orden público: «curiosa fórmula desprovista de fundamento jurídico verdadero y a cuya invocación queda cerrado el paso a la justicia sobre el fondo»*. IV.2. *¿La fijación gubernamental de la sede de la CMT compromete su autonomía?* IV.3. *La ausencia de fundamentación y justificación suficientes de la decisión reglamentaria y la vulneración del deber de buena administración.*—V. LOS VOTOS PARTICULARES: V.1. *¿Pueden los órganos judiciales diseñar procedimientos administrativos?* V.2. *¿Es la decisión un acto (político) del Gobierno o un reglamento? Primera referencia a los niveles de diligencia procedimental y de motivación.* V.3. *De nuevo, la cuestión de fondo.*—VI. PAISAJE DESPUÉS DE LA BATALLA: EL REAL DECRETO 1538/2006, DE 22 DE DICIEMBRE, ¿UN PUNTO Y APARTE?—VII. CALIDAD ADMINISTRATIVA Y ESTÁNDARES PROCEDIMENTALES Y DE MOTIVACIÓN: VII.1. *Calidad normativa y buena administración: una perspectiva de creciente importancia en las agendas políticas y en los ordenamientos jurídicos europeos.* VII.2. *Estándares procedimentales de calidad: el papel del legislador, del poder ejecutivo y del control judicial. Una referencia a la Evaluación del Impacto Normativo en el caso de los reglamentos y al papel de la Agencia de Evaluación para la Calidad de las Políticas Públicas y los Servicios.*—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El artículo analiza dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas el 27 de noviembre de 2006 en relación a la decisión del Gobierno de trasladar la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona. A partir del estudio del caso concreto, el trabajo analiza el papel del procedimiento administrativo en la garantía del derecho a una buena administración y de la toma de decisiones discrecionales de calidad. Para ello, se estudia la responsabilidad del legislador, del ejecutivo (con referencia a la recién creada Agencia de Evaluación para la Calidad de las Políticas Públicas y los Servicios) y del poder judicial en el logro de una buena administración.

Palabras clave: buena administración; discrecionalidad; procedimiento; invalidez.

¹ El autor quiere agradecer al profesor Francesc RODRÍGUEZ PONTÓN la lectura del primer borrador del presente trabajo, así como sus comentarios y sugerencias. Naturalmente, los errores o inexactitudes que puedan hallarse son responsabilidad exclusiva del autor.

ABSTRACT

The article analyzes two Spanish Supreme Court's decisions of November, 27 2006 regarding the Spanish Government's decision of moving the Telecommunications Market Commission from Madrid to Barcelona. The work deals with the role of administrative procedures in relation to the right to a good administration and to quality discretionary decisions using this specific case. Thus, it is considered the responsibilities of legislative branch, executive (with references to the new Agency for the Evaluation of Public Policies and Services) and judicial review in order to get good administration.

Key words: good administration; discretionary powers; administrative procedure; illegal decisions.

I. INTRODUCCIÓN

La decisión del Gobierno del Estado de trasladar la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona, adoptada mediante Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre, por el que se regulan determinados aspectos organizativos en el ámbito del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio², ha desencadenado un considerable revuelo mediático y político y ha conducido a la presentación de dos recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Supremo (núms. 51 y 53 de 2005), que han conducido a dos sentencias de fecha 27 de noviembre de 2006³, con un gran número de votos particulares en cada una, lo que demuestra, en nuestra opinión, tanto la relevancia del caso⁴ como el interés de ciertas cuestiones jurídicas que se suscitan. Este breve comentario pre-

² «Disposición adicional única. Cambio de sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, organismo público de los previstos en el apartado primero de la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, pasa a tener su sede en Barcelona.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus competencias, adoptará mediante Acuerdo, las medidas necesarias para que el cambio de sede se produzca a lo largo del año 2005».

³ Ponentes: Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho y Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar, referencias Aranzadi RJ 2007\492 y RJ 2007\493, respectivamente.

⁴ Véase, por ejemplo, diario *El País* de 23 de noviembre de 2006, sección Economía, pág. 69, en la que se recogen las declaraciones del Ministro de Industria, señalando que: «No creo que convenga que los tribunales entren en las decisiones de cariz político, corresponde al Ejecutivo establecer dónde se instalan las instituciones que dependen o están relacionadas con él». Asimismo, el rotativo destaca que «la sentencia ha levantado ampollas en los socios» en Cataluña del partido en el Gobierno en el momento de dictarse la sentencia. Alguno de estos líderes políticos calificó la sentencia de «lamentable», por entender que demuestra una «politización de los tribunales», de acuerdo con la información periodística referida.

tende referirse a estas dos decisiones judiciales, desde una perspectiva estrictamente jurídica.

En nuestra opinión, estas controvertidas sentencias ponen encima de la mesa, desde una perspectiva jurídico-dogmática general y prescindiendo ahora de las circunstancias del caso concreto, la cuestión del papel del diseño de los procedimientos administrativos en la garantía del derecho a una buena administración y de la adopción de decisiones discrecionales acertadas, por un lado, y, por otro lado, el papel del control judicial en la garantía de ese derecho y, en definitiva, de la finalidad mencionada.

II. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN, LA FALSA INDIFERENCIA DEL DERECHO PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL NÚCLEO DE LA DISCRECIONALIDAD Y LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL

Desde la perspectiva del derecho a una buena administración, sólo cumple recordar aquí que la doctrina española ha derivado implícitamente de la vigente Constitución española (en adelante, CE) la existencia de un deber de buena administración, conectado a diversos principios constitucionales (racionalidad, 9.3 CE; eficiencia y economía, 31.2 CE; eficacia, objetividad y coordinación, 103.1 CE), en la línea de deberes jurídicos similares existentes en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno⁵. Prueba de ese bagaje común europeo es la consagración en la Carta de Dere-

⁵ Un análisis de este deber con una perspectiva comparada puede hallarse en J. PONCE SOLÉ (2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova.

Téngase en cuenta que la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, consagra explícitamente en su artículo 30 el derecho a una buena administración:

«Artículo 30. Derechos de acceso a los servicios públicos y a una buena Administración

1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general. Las Administraciones públicas deben fijar las condiciones de acceso y los estándares de calidad de estos servicios, con independencia del régimen de su prestación.

2. Todas las personas tienen derecho a ser tratadas por los poderes públicos de Cataluña, en los asuntos que les afectan, de forma imparcial y objetiva, y a que la actuación de los poderes públicos sea proporcionada a las finalidades que la justifican.

3. Las leyes deben regular las condiciones de ejercicio y las garantías de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2 y determinar los casos en que las Administraciones públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ella dependen deben adoptar una carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores».

chos Fundamentales (art. 41)⁶ y, ahora, en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (art. II-101) de un derecho a una buena administración⁷.

Derecho impulsado de forma decidida por el Defensor del Pueblo Europeo⁸, *alma mater* de la aprobación por el Parlamento Europeo en 2001 del

⁶ En relación con el alcance jurídico de la Carta respecto al derecho a una buena administración en el Derecho interno, son interesantes las reflexiones contenidas en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 14 de septiembre de 2005 (JUR 2005\1118):

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

7

«ARTÍCULO II-101

Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;

Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, primer embrión de regulación europea de procedimiento administrativo, susceptible en un futuro próximo de convertirse en reglamento por la vía del artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, artículo III-398 en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁹.

Como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*), el derecho a una buena administración es «uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho (*governed by the rule of Law*) y son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros», con referencia al artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En la misma línea, el Tribunal Supremo español ya se ha referido en numerosas ocasiones al derecho a una buena administración, conectándolo principalmente, hasta el momento, con la motivación de las decisiones administrativas (actos administrativos, concretamente). Así, entre estas decisiones puede aludirse a la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 22 de febrero de 2005 (Ar. 2601), la cual señala que:

«El deber de motivación de las Administraciones Públicas debe enmarcarse en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por

-
- b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierne, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
 - c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

Un análisis de este derecho puede encontrarse en B. TOMÁS MALLEN (2004), *El derecho fundamental a la buena administración*, Madrid, INAP.

⁸ J. SÖDERMAN (2001), «El derecho fundamental a la buena administración», *GJ*, núm. 214, julio-agosto, págs. 8 y ss.

⁹ Sobre el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (consultable en http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/es/code2005_es.pdf; última consulta efectuada, marzo 2007) pueden consultarse J. PONCE SOLÉ (2002), «Good administration and European Public Law», *European Review of Public Law*, vol. 14, núm. 4, invierno, págs. 1503 y ss., y E. COBREROS MENDAZONA (2002), «Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, págs. 237 y ss.

el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones, que se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa en su artículo II, 101.2.c)¹⁰.

Esta novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo va poco a poco arrinconando viejos paradigmas del Derecho administrativo español, vinculados a la supuesta *indiferencia* del Derecho respecto del ejercicio de la discrecionalidad administrativa. En este sentido, los nuevos desarrollos sobre el derecho a una buena administración contrastan con enfoques como los contenidos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1998 (Ar. 3452), que califica a la discrecionalidad, siguiendo a la doctrina científica «más autorizada», como «libertad de elección entre alternativas igualmente justas».

Frente a esta visión, la STS de 7 de octubre de 1999 (Ar. 8840) señala que, por ejemplo, de la falta de adecuada motivación «resultará que se incurre en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el artículo 9.3 de la Constitución, y se priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad los intereses generales, conforme al artículo 103.1 de la Norma Fundamental, y viene inspirada por las exigencias de *los principios de buena administración* (art. 3 de la Ley de Contratos y 111 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril que es lo que justamente impone a los Tribunales el art. 106.1 de la Constitución». De ahí que «dicha motivación es exigible, por tales razones, (...) cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o “razonables” desde el punto de vista del Derecho, o de decidir entre diversas alternativas “jurídicamente indiferenciadas”, como textualmente expresa la sentencia recurrida —*aunque cabría preguntarse si en un Estado de derecho puede admitirse la existencia “a priori” de algo “indiferente jurídicamente”*».

Efectivamente, el derecho a una buena administración (y la obligación jurídica derivada del mismo para la Administración) provoca que el núcleo metajurídico de la discrecionalidad deje de ser «indiferente» para el Derecho, en el sentido que éste no sólo limita y encuadra su ejercicio mediante los elementos reglados y los principios generales del Derecho, sino que, además, ofrece principios que orientan en positivo su desarrollo (los ya vistos) y mecanismos (señaladamente el procedimiento administrativo y la motivación, aunque no únicamente) que permiten articular tales principios de buena administración por la Administración y su posterior control judicial,

¹⁰ En este mismo sentido, véanse, por ejemplo, SSTS de 23 de mayo de 2005 (Ar. 4382), de 13 de diciembre de 2005 (Ar. 173 de 2006) o, en referencia a la potestad de planeamiento urbanístico, de 25 de julio de 2005 (Ar. 5136).

no sólo en garantía de los derechos e intereses de los interesados, sino también, y a la vez, en defensa de la buena administración. Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de septiembre de 2004 (JUR 29004\16005), la elección en que consiste la discrecionalidad «ha de estar presidida por la idea del buen servicio al interés general» y, en caso de vulneración del ordenamiento jurídico respecto a este punto, el control judicial es posible, aunque sin sustituir en ningún caso el criterio extrajudicial empleado.

III. DEBER DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Esta construcción española y europea de un derecho a una buena administración conecta, por otro lado, en lo que se refiere ya específicamente al ejercicio de la potestad reglamentaria, con una consolidada doctrina y jurisprudencia norteamericana que resalta la importancia del procedimiento y de la fundamentación y motivación en la elaboración de reglamentos para el adecuado ejercicio de la discrecionalidad y que, desde los años setenta del pasado siglo, ha dado lugar a un serio control de estos aspectos, que recibe el nombre de *hard look*¹¹. Este estricto control judicial sobre expediente y motivación pretende garantizar que el reglamento es fruto de una auténtica ponderación de los intereses públicos y privados que conforman el interés general, sobre la base del paradigma del denominado «modelo de representación de intereses»: la legitimación en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria no se puede basar en la pura aplicación automática de la ley, por lo que es preciso entonces reforzar dicha legitimidad mediante el procedimiento de toma en consideración de hechos e intereses para garantizar una acertada regulación¹².

Los distintos paradigmas vigentes históricamente respecto a la articulación de la relación de la actividad administrativa con el ordenamiento jurídico y el concepto de discrecionalidad explican el distinto papel otorgado en los EE.UU. y en otros países europeos al procedimiento reglamentario y a la intensidad del control judicial, como ha ilustrado ZIAMOU¹³. En este ámbito, el modelo español parece situarse en la órbita del alemán, estudiado por ZIAMOU, en el que los tribunales consideran, como paradigma asumido, que la actividad del ejecutivo está fuertemente preprogramada por la ley, aunque esto no sea necesariamente cierto en todos los casos, y explica la escasa atención jurisprudencial prestada al procedimiento reglamentario.

¹¹ R. COMELLA DORDA (1997), *Límites del poder reglamentario en el Derecho administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, Barcelona, CEDECS, págs. 44 y ss.

¹² R. B. STEWART (1975), «The reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 8.

¹³ T. ZIAMOU (2001), *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Aldershot, Ashgate Publishing.

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

A la vista de las anteriores reflexiones introductorias, como avanzábamos, las dos sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 27 de noviembre de 2006, como lo demuestran sus numerosos votos particulares, nos enfrentan a la difícil tensión entre la existencia de la necesaria (y legítima) discrecionalidad gubernamental para adoptar ciertas decisiones y el necesario buen ejercicio de dicha discrecionalidad, en garantía del derecho a una buena administración y a la obligación jurídica de toma de acertadas decisiones, así como el papel judicial en este ámbito respetando, en todo caso, los límites constitucionales de la función judicial (arts. 24 y 106.1 CE y 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —en adelante, LJCA—). Y, como vamos a ver a continuación, el TS español apuesta decididamente, a diferencia de algunas otras decisiones suyas anteriores, por un control *riguroso* sobre el cumplimiento real y efectivo del deber de buena administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

IV. EL ANÁLISIS DE LAS DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Las dos sentencias comentadas tienen un contenido muy similar y sólo se diferencian en pequeños matices¹⁴, lo que justifica que aquí se proceda a su análisis conjunto. En el caso de la sentencia procedente del recurso 51/2005, el recurrente era la Comunidad Autónoma de Madrid. En el caso de la proveniente del recurso 53/2005, los recurrentes eran trabaja-

¹⁴ Por ejemplo, en la sentencia resultado del recurso 53/2005 se contiene en los Antecedentes de Hecho una prolija descripción de los antecedentes fácticos que precedieron al proceso, con numerosas alusiones a noticias de los medios de comunicación, inexistentes en la otra sentencia.

dores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT)¹⁵. En ambos casos, como dijimos, lo que se recurre es la Disposición adicional única del Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre, ya reproducida¹⁶.

IV.1. *La doctrina de los vicios de orden público: «curiosa fórmula desprovista de fundamento jurídico verdadero y a cuya invocación queda cerrado el paso a la justicia sobre el fondo»*

Las partes en ambos procesos alegan cuestiones referidas a procedimiento, justificación y motivación en la toma de la decisión (cuestiones «formales», en la equívoca denominación tradicional en nuestra doctrina y jurisprudencia) y de «fondo», es decir, relativas a otras posibles vulneraciones del ordenamiento jurídico. En ambas sentencias se empieza por analizar las cuestiones «formales» y, una vez, como veremos, apreciadas éstas, se rehúsa entrar en las de «fondo», en una actitud que nos remite, aun sin nombrarla, a la vieja teoría de los *vicios de orden público*, ya criticada en los años setenta del pasado siglo por el profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ¹⁷. Surgida a lo largo del siglo XIX como estratagema judicial para poder sortear la prohibición legal de control de las potestades discrecionales mediante el análisis preferente y *excluyente* de las cuestiones de competencia y procedimiento, a partir de la LJCA de 1956, y sobre todo de la Constitución, deja de ser necesaria y, cuando se mantiene, pasa a ser contraproducente¹⁸. Efectivamente, el análisis preferente y *excluyente* de los vicios procedimentales provoca que, una vez detectado alguno de ellos, no se entre ya a conocer el fondo del asunto, sino que, simplemente, se produzca la anulación en razón del defecto procedimental, que es, exactamente, lo que ha ocurrido en el caso de las dos sentencias que nos ocupan.

Siendo hoy en día controlable el fondo de la decisión discrecional, este modo de proceder genera la frustración del recurrente, al no poder acceder a la discusión sobre si el mismo es o no conforme con el ordenamiento jurídico y le fuerza, en su caso, a un segundo pleito si la Administración o el Gobierno subsanan los defectos procedimentales tras la primera sentencia¹⁹. En otras palabras, este proceder judicial es contrario a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y al principio de economía procesal. Respecto a

¹⁵ En este segundo caso, la STS analiza en su primer Fundamento de Derecho la legitimación procesal de los trabajadores, ante la alegación por parte de la Abogacía del Estado de la causa de inadmisibilidad del artículo 19.1, letra *a*), de la LJCA. El TS rechaza los argumentos esgrimidos sobre la falta de legitimación y se la reconoce a los recurrentes.

¹⁶ En la sentencia resultado del recurso 51/2003 se impugna, además, la Disposición final primera del mismo Real Decreto, que hace referencia a la Disposición adicional única.

¹⁷ T.-R. FERNÁNDEZ (1970), *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, IEAL.

¹⁸ La STS de 7 de mayo de 1987 (Ar. 5241) se refiere a esta doctrina como una «antigua práctica judicial», «curiosa fórmula desprovista de fundamento jurídico verdadero y a cuya invocación quedaba cerrado el paso a la justicia sobre el fondo».

¹⁹ Que, como descubriremos más adelante, es lo que ha sucedido en este caso.

la primera, la STS de 4 de junio de 1991 (Ar. 4861), por ejemplo, señala que «aspira a que el proceso cumpla su función de satisfacción de las pretensiones deducidas» e «inspira una aplicación de las normas en el sentido más favorable a la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo». El segundo principio, por su parte, busca evitar la repetición de litigios. Ambos argumentos avalaban que el TS en las sentencias que nos ocupan hubiera entrado también a considerar las alegaciones de fondo de los recursos, cosa que no hizo.

IV.2. *¿La fijación gubernamental de la sede de la CMT compromete su autonomía?*

Entre las cuestiones de fondo más interesantes planteadas en ambos recursos se encuentra el cuestionamiento de que corresponda al Gobierno la adopción de la decisión sobre el traslado de la sede de la CMT, bajo el argumento de que tal decisión compromete una vulneración de «la independencia y autonomía» de la CMT.

Debe recordarse que la CMT es considerada un ejemplo de lo que la doctrina y jurisprudencia suelen denominar como Administración o autoridad *independiente* (Disposición adicional décima LOFAGE). La CMT se crea con funciones de regulación y supervisión del mercado de las telecomunicaciones (art. 48 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones —en adelante, LGT—) y es precisamente su *ámbito de autonomía* el que legitima especialmente sus decisiones²⁰.

Así, la CMT goza de ciertos elementos de *independencia o autonomía*, para evitar o reducir las interferencias políticas en la realización de sus actividades. Desde la perspectiva *personal o subjetiva*, el nombramiento de los miembros del Consejo de la CMT corresponde al Gobierno, entre personas de reconocida competencia profesional relacionadas con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados, previa comparecencia parlamentaria para informar de las personas a proponer, con una duración del mandato de seis años (con una sola reelección), con causas legales tasadas de separación acordada por el Gobierno (art. 48, apartados 4, 5, 7 y 8, LGT) y aplicación del régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración (art. 48.9 LGT). En cuanto al aspecto *institucional*, la CMT goza de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, indicando la LGT que está adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología. Respecto al ámbito *económico y financiero*, la CMT cuenta con patrimonio propio, inde-

²⁰ Sobre la caracterización institucional de las Administraciones independientes puede consultarse, por todos, E. MALARET (2003), «Autoridades independientes y justicia administrativa», en M. J. MONTORO CHINER (coord.), *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, especialmente págs. 747 y ss.; sobre la caracterización de la CMT como una Administración independiente, véase específicamente J. M. SALA AROQUER (2000), *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid, Civitas, pág. 26.

pendiente del Estado, y con recursos propios (art. 48.14 LGT). Finalmente, en la vertiente *organizativa*, parece que la capacidad y el poder de disposición sobre la propia organización son una clara manifestación de la *independencia*. En el caso de la CMT, el Gobierno desarrolla por reglamento las competencias, las funciones, responsabilidades y recursos materiales, de personal y financieros que para el cumplimiento de los fines se le asignen (art. 46.1 LGT, *in fine*). Mientras le corresponde al Consejo de la CMT aprobar el reglamento de régimen interior de la Comisión, en el que se regulará «la actuación de los órganos de ésta, el procedimiento a seguir para la adopción de acuerdos y la organización de personal» (art. 48.10 LGT).

En este marco, ¿la independencia o autonomía de la CMT exigiría que fuera la propia CMT quien decidiera su sede? Ésta es la pregunta de fondo que el Tribunal Supremo no responde, al concentrarse en los aspectos procedimentales²¹. Aunque nuestra intención en este comentario también sea centrarnos en los mismos, parece razonable recordar que el Gobierno tiene en todo caso la función de dirección de la Administración (art. 97 CE y art. 3.3 Ley 30/1992, de 30 de noviembre) y que no parece, en principio, que la autonomía de la CMT, de la que goza para el «establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto en su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos» (art. 48.2 LGT), se vea menoscabada en modo alguno porque su sede se sitúe en un punto u otro del territorio del Estado²².

Bien al contrario, la ausencia de menoscabo de su autonomía se acompaña en ocasiones de una preocupación específica por dispersar geográficamente estos organismos, situándolos fuera de la capital del Estado, lo que

²¹ Y de ello se lamenta uno de los votos particulares, al que luego aludiremos, al señalar que «se trataba, en efecto, de analizar por vez primera el alcance de las nociones legales de “independencia funcional” o “especial autonomía respecto de la Administración General del Estado”, a las que se refiere la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. El Pleno de la Sala debió, a nuestro juicio, superar las objeciones formales y deliberar y decidir sobre la potestad del Consejo de Ministros para acordar el traslado de la sede de uno de los organismos públicos a los que su Ley reguladora reconoce aquellas características».

²² En todo caso, debería probarse convincentemente por qué una sede u otra implicaría dicho menoscabo. Cfr. G. ESCOBAR ROCA y J. M. CHILLÓN MEDINA (2001), *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, U. Rey Juan Carlos-Dykinson, 2001, págs. 43 y 319: ninguna de las causas justificatorias y técnicas empleadas para la autonomía de la CMT se conecta con la sede física de este organismo, destacándose cómo la *independencia* gubernamental es relativa, conservando el Gobierno la potestad organizativa sobre la CMT.

Desde un punto de vista normativo, dado que la Ley General de Telecomunicaciones nada dice sobre la sede de la CMT, podría entenderse de aplicación el artículo 46.1 *in fine*, ya citado, para hallar una habilitación al Gobierno para decidir tal aspecto o acudirse (como veremos hace el TS) a la aplicación supletoria (Disposición adicional décima LOFAGE) de los artículos 67.3 y 63.2 de la LOFAGE, que señalan que las modificaciones sobre organización de los organismos públicos se llevarán a cabo mediante Real Decreto.

podría argumentarse que conlleva una potenciación de su autonomía, al menos en relación con la Administración territorial²³.

De hecho, como es conocido, algunos Estados descentralizados sitúan la sede de instituciones semejantes en puntos distintos a la capital, como es el caso de Alemania, donde el organismo *Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* ubica su *cuartel general* en Bonn²⁴.

Por otro lado, debe destacarse que la creación de agencias de la Unión Europea llamadas de segunda y tercera generación «constituye una respuesta a un deseo de descentralización geográfica y dispersión de las actividades comunitarias»²⁵.

IV.3. *La ausencia de fundamentación y justificación suficientes de la decisión reglamentaria y la vulneración del deber de buena administración*

Pero, como señalábamos, las sentencias del Tribunal Supremo tienen interés por cuanto se concentran en las cuestiones procedimentales y de fundamentación y justificación ligadas a la decisión de trasladar la sede de la CMT. En primer lugar, el Tribunal Supremo afirma que el objeto de recurso es un reglamento, no un acto administrativo. El argumento que se ofrece descansa en que «estamos ante una decisión formalizada o expresada mediante una norma de organización, norma ésta que no supone una re-

²³ Recordemos que el artículo 48 LGT señala que la CMT se encuentra «*adscrita* al Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que ejercerá las funciones de coordinación entre la Comisión y el Ministerio».

El TS alude a la alegación de que el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en relación con el estatuto de capitalidad resultante del artículo 5 de la Constitución, impediría que la CMT tuviera otra sede que no fuera Madrid, pero zanja la cuestión con la afirmación de que «no nos corresponde ahora estudiar esta cuestión», aunque sí destaca que la apelación al Estado de las Autonomías contenida en la Memoria Justificativa *sí* supone una justificación de la decisión de establecer la sede de un organismo de las características de la CMT en una ciudad distinta de Madrid.

Esta afirmación cobra relevancia ante la presentación de un segundo recurso ante el TS contra un nuevo Decreto de 2006 que reitera el establecimiento de la CMT en Barcelona, subsanados los defectos detectados en la sentencia que estamos comentando, recurso al que luego aludiremos. Parece, pues, clara la postura del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de establecer la sede de la CMT fuera de Madrid, por lo que una hipotética alegación en sentido contrario no prosperaría, a la vista de la afirmación reproducida. Es, en todo caso, razonable interpretar que las «instituciones generales» a que alude el Estatuto de Autonomía madrileño no incluyen organismos, como señala el TS, de las características de la CMT.

²⁴ http://www.bundesnetzagentur.de/enid/20e5ffc9cc1c816100dd878b280d287a,0/Die_Bundesnetzagentur/Ueber_die_Agentur_sa.html (última consulta efectuada, 16 de abril de 2007).

²⁵ Sobre las agencias europeas, vid. M. P. CHITI (2002), *Derecho Administrativo Europeo*, Madrid, Civitas, 1.ª ed. (traducción de Luis ORTEGA), págs. 202 y ss. Respecto a la expresión entrecorrida en el texto, véase http://europa.eu/agencies/community_agencies/history/index_es.htm (última consulta efectuada, 16 de abril de 2007).

gulación de derechos y obligaciones de las Administraciones Públicas y de los ciudadanos, aunque eventualmente y de forma indirecta incida en ellos. Nuestro ordenamiento establece que las normas de este tipo deben revestir una forma reglamentaria», con cita de los artículos 67.3 y 62.3 LOFAGE²⁶.

En segundo lugar, el TS afirma que aunque se esté ante una norma jurídica de organización dictada en el ejercicio de una potestad discrecional del Gobierno, ello no quiere decir que no deba someterse al ordenamiento jurídico y ser controlada en vía judicial, resultando de aplicación a tal efecto el artículo 24.1 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre (en adelante, LG)²⁷.

En tercer lugar, decidido que la decisión de determinar la sede de la CMT es una decisión reglamentaria, se rechaza en ambas sentencias la necesidad de dictamen del Consejo de Estado o del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, dado que «no estamos ante un reglamento que establezca con carácter general derechos y obligaciones de los ciudadanos y las Administraciones Públicas», pues la decisión «corresponde al ejercicio de una potestad de organización y no estrictamente de ejecución de un mandato legal», dado que «no estamos ante una norma de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones», recordándose respecto del Consejo de Estado la jurisprudencia del TS que reserva la obligatoriedad de su dictamen para los reglamentos ejecutivos, argumento que se hace extensivo al ya mencionado Consejo Asesor.

Despejado así el camino y sentadas las bases de la resolución, las dos sentencias abordan a partir de su Fundamento Jurídico Quinto las alegaciones de los recurrentes sobre el incumplimiento del artículo 24.1 de la LG, concretamente en referencia al contenido insuficiente e inadecuado de la

²⁶ Debe partirse de que la Disposición adicional décima de la LOFAGE señala que ésta tendrá aplicación supletoria respecto de la legislación específica de la CMT. El artículo 67.3 de la LOFAGE se remite al artículo 63.2, que establece lo siguiente:

«Cuando la modificación afecte únicamente a la organización del Organismo público se llevará a cabo por real decreto, a iniciativa del Ministro de adscripción, y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas».

²⁷ La sentencia que trae causa del recurso 51/2005 señala que:

«Desde luego esta Sala tiene potestad suficiente para enjuiciar el cumplimiento de los elementos reglados cuando se ejerce una potestad discrecional en materia de organización. No cabe argumentar que en reiteradas ocasiones nuestra jurisprudencia ha establecido que cuando se trata de la potestad de autoorganización estamos ante un ámbito no controlable. Pues las decisiones jurisprudenciales correspondientes se referían, no a los elementos reglados en materia de procedimiento sino al contenido del ejercicio de la potestad de organización. Por otra parte las Sentencias mencionadas enjuiciaban normalmente ciertas cuestiones concretas de regulación y ordenación de las organizaciones administrativas, y no potestades generales como la que ha ejercido el Gobierno en el presente caso».

memoria económica y de la justificación del ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria. Desde una perspectiva general, se pone de relieve cómo:

«Si toda la regulación del procedimiento de elaboración de los reglamentos tiene una importancia que supera la exigencia de determinados requisitos formales porque está orientada *tanto a conseguir el acierto en la resolución* como a proporcionar a los administrados los elementos que el Gobierno ha tenido en cuenta para su decisión, dándoles así oportunidad de combatirlos, estas garantías cobran especial importancia en el ámbito de los reglamentos organizativos en los que el Gobierno ejercita potestades discrecionales, escasamente limitadas por elementos reglados y dotadas, por ello, de un margen muy amplio de actuación».

Ahora bien, la existencia de esa discrecionalidad no supone que pueda ejercerse de cualquier modo, sino haciéndose «un uso *racional*» de las potestades organizatorias, debiéndose aportar en el expediente «los datos necesarios para adoptar una decisión *ponderada y acertada*». Dado que el TS comprueba, como a continuación veremos con detalle, que no ha sido el caso, y que se ha actuado con «precipitación privándose de los datos que hubieran podido poner de relieve *el acierto* de su decisión», concluye que el cumplimiento del artículo 24 LG «ha sido meramente formal, sin que se logre la finalidad querida por el legislador de que en efecto se patentice la *necesidad y oportunidad* del reglamento como garantía del *acierto* en la decisión, y se valoren los *costes económicos* que son consecuencia de la ejecución de la medida», por lo que procede a anular la decisión del Gobierno.

El Tribunal Supremo parece que procede a hacer un control del cumplimiento del derecho y del correlativo *deber de buena administración* por parte del Gobierno en la toma de la decisión (al Derecho ya no le es *indiferente* el «acierto» de la misma), apelando, aun sin nombrarlos, a los principios de *racionalidad* («uso racional» de las potestades, art. 9.3 CE), *objetividad* (necesidad de una decisión «ponderada» sin «precipitación», art. 103.1 CE) y *eficiencia y economía* (debiéndose valorar «los costes económicos», art. 31.2 CE).

Este juego del derecho de buena administración se articula técnicamente en la sentencia en el control que se realiza, como decíamos, de la fundamentación y justificación ofrecidas para el ejercicio de la discrecionalidad (el «informe sobre la necesidad y oportunidad», en la terminología legal) y de la memoria económica, documentos exigidos por el artículo 24.1 LG.

Respecto al primer aspecto, el TS señala que el mismo sirve para poner «de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a éstos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación con los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Si bien la justificación puede ser, en principio, «sucinta», aunque siempre cumpliendo su finalidad, para el TS, la justificación ofrecida en el caso que nos ocupa es de una «manifiesta insuficiencia», sin que contenga «elementos de los que pueda desprenderse, como lógica consecuencia, la necesidad del traslado de la sede de la CMT a Barcelona». Dos únicos párrafos se destinan a tal justificación, sin «ningún razonamiento que determine la necesidad y oportunidad de la decisión», más allá de una «vaga alusión a la lógica y principios inherentes de la naturaleza del Estado de las Autonomías» que no explican por qué es preciso el traslado de la CMT, por qué en ese momento y por qué precisamente a Barcelona. En definitiva, «es evidente que en la decisión adoptada existen razones que *no* se han plasmado en la Memoria Justificativa y que deberían haberse exteriorizado en ella, a fin de que sirvieran como *verdadera* motivación de aquélla y parámetro para el enjuiciamiento por el Tribunal de las potestades ejercidas»²⁸.

Por todo ello, según el TS, «la ausencia de una verdadera justificación de la disposición impugnada» determina su nulidad, ante la inexistencia de razones no exteriorizadas como motivación de la decisión.

Respecto a la memoria económica, se señala también que es posible que sea sucinta siempre que responda a su finalidad, siendo la misma «proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo éstos con las ventajas que aquéllas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos, que la aprobación del reglamento ha de significar». Aunque se acompaña un documento que lleva ese título, «en realidad en dicho documento lo que se pretende es justificar que no se elabora ninguna memoria económica». El TS entiende que «aunque es cierto que no cabe exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer el reglamento, pues se trata de datos cuya completa determinación puede resultar imposible en el momento de aprobarse aquél», al menos es precisa «la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse». Dado que el Gobierno «aprueba el reglamento despreciando uno de los datos que el precepto indicado (el art. 24.1 LG) le impone considerar», procede estimar el recurso en este punto también²⁹.

²⁸ Aunque la mayoría del Tribunal Supremo no especifica qué *otras* razones pudieran existir ni por qué las dadas no suponen una *verdadera* motivación. Véase *infra* la nota 31, donde quizás en el voto particular allí comentado afloran esas otras razones *verdaderas* a que se hace referencia por la mayoría.

²⁹ El Tribunal Supremo añade que el Gobierno hubiera podido recabar datos del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información o de la propia CMT para apreciar las ventajas e inconvenientes de la decisión y su impacto económico, cosa que no ha hecho.

V. LOS VOTOS PARTICULARES

Ambas sentencias cuentan también con tres votos particulares, dos de ellos en contra de la decisión de la mayoría, que agrupan las opiniones de 15 magistrados, 13 de los cuales se muestran contrarios a la decisión de la mayoría. Es una clara muestra de la división en la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo en la resolución del supuesto que nos ocupa.

V.1. ¿Pueden los órganos judiciales diseñar procedimientos administrativos?

Por lo que se refiere a los primeros votos particulares en ambas sentencias, del Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate (con adhesión del Magistrado Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y López), aunque se comparte la decisión de la mayoría respecto a la nulidad de la Disposición adicional única y la final primera del Real Decreto 2397/2004, de 30 de diciembre, y las razones y argumentos ofrecidos, en el mismo se afirma que la solicitud por parte del Gobierno de un estudio o informe del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y la consulta con el Consejo de la CMT eran preceptivos y, por tanto, su ausencia debiera haber provocado la nulidad de la decisión, en aplicación del artículo 62.2 LRJPAC. La razón de que ambos trámites fueran preceptivos la deduce el voto particular del apartado *b)* del artículo 24.1 LG, cuando señala que «a lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen *convenientes* para garantizar el acierto y la legalidad del texto». Según el voto particular, «el juicio sobre la conveniencia (...) no queda a la mera discrecionalidad» del Gobierno, «sino que debe hacer la consulta cuando ello pueda contribuir al acierto de la disposición».

Es decir, según el argumento de este voto particular, la *conveniencia* en relación con las actuaciones procedimentales necesarias para ponderar los hechos e intereses relevantes en la elaboración de un reglamento no implicaría un ámbito de valoración que corresponda realmente al Gobierno, sino que serían los tribunales, en caso de conflicto, quienes establecerían si la actividad procedimental ha sido o no *conveniente* para ponderar la legalidad y el *acierto* de la norma.

No podemos, sin embargo, compartir este razonamiento, por cuanto, de seguirlo, la necesaria (y legítima) discrecionalidad procedimental otorgada por la LG quedaría eliminada, y podría ser la propia jurisdicción contencioso-administrativa quien decidiera, caso a caso, el diseño más adecuado del procedimiento reglamentario o de cualquier procedimiento administrativo. Y no consideramos que ésta sea una tarea que entre en las funciones judiciales. El control judicial puede controlar el seguimiento de las actividades procedimentales preceptivas y su correcta realización, pero no debería im-

poner las que considere *convenientes*, pues, si así lo hiciere, los riesgos de rigidificación de la actividad administrativa e intromisión en la esfera reservada al legislador, primero, y al propio Gobierno o a la Administración, luego, son patentes.

En este sentido, nos parece relevante como punto de comparación la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU., muy sensible, como es sabido, al control de las cuestiones procedimentales en conexión con la cláusula constitucional de *due process*. Pues bien, este Tribunal, pese a su sensibilidad procedimental, es reacio a dejar en manos judiciales el diseño de los procedimientos a seguir por el Gobierno y la Administración. En esa línea es especialmente reveladora la sentencia *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. V. Natural Resources Defense Council, Inc* (435 U.S. 519, 543-45, 1978). En la misma se establece la postura del Tribunal Supremo de los EE.UU., en el sentido de entender que el control judicial puede revisar una decisión administrativa a causa de la inadecuación del expediente, pero debe dejarse a las agencias ejercer su discrecionalidad al decidir cómo, a la luz de consideraciones de organización interna, debe proceder para hacerse con los elementos de decisión precisos, pues, en caso contrario, el control judicial claramente corre el riesgo de «propeler al tribunal en el ámbito que el Congreso ha establecido exclusivamente para la agencia administrativa».

V.2. *¿Es la decisión un acto (político) del Gobierno o un reglamento?* *Primera referencia a los niveles de diligencia procedimental y de motivación*

El segundo voto particular, formulado por once magistrados³⁰, discrepa de la sentencia en razón de diversos argumentos que pasamos a recoger sintéticamente. En primer lugar, se niega que la decisión impugnada sea un reglamento y, por tanto, que sea de aplicación el artículo 24.1 LG. Para este voto particular, la Disposición impugnada del Real Decreto citado contiene un acto «expresión de la dirección política, que conforme al artículo 97 de la Constitución ejerce el Gobierno de España», lo que no excluye el control judicial, de acuerdo con el artículo 2.a) de la LJCA. En consecuencia, cumpliría exigir una motivación de acuerdo con el artículo 54.1.f) LRJPAC. Motivación que, en opinión de los firmantes de este voto particular, existe, no es absurda ni arbitraria, y es suficiente.

Respecto a la suficiencia de la justificación, el voto particular acude a «una motivación política públicamente manifestada, que, al menos, aparentemente no entra en conflicto con el ordenamiento jurídico» y «tan evidente que todos la conocen»³¹. En cuanto a la memoria económica, aunque

³⁰ Excmos. Sres. D. F. Ledesma, D. J. M. Sieira, D. R. Fernández, D. S. Menéndez, D. N. Maurandi, D. P. M.^a Murillo, D. E. Espín, D. J. M. Bandrés, D. O. J. Herrero, D. M. Robles y D. J. Díaz.

³¹ El voto particular señala que la publicidad con que se adoptó el acuerdo entre el Presidente del Gobierno y el Presidente de la Generalidad de Cataluña para llevar la CMT a

se señala que «no hay, es verdad, una estimación económica», se subraya que sí existen «los fundamentos para llegar a ella y una significativa aproximación a su entidad. Precisamente, a partir de esas bases se podía concluir, sin dificultad, que la operación era viable económicamente», que es el fin al que responde dicha memoria, de acuerdo con otras sentencias anteriores. En consecuencia, concluir la nulidad de la decisión en razón de la insuficiencia de la justificación y de la memoria económica supone «incurrir en una gran desproporción ya que, atendiendo al objeto de la misma, tal consecuencia no guarda relación con la entidad de los defectos formales que la Sentencia ha apreciado».

En definitiva, el voto particular, brevemente expuesto, parte de una discrepancia esencial sobre la naturaleza jurídica de la decisión recurrida para concluir que, en cualquier caso, la fundamentación de la decisión, incluso si se tuviera que aplicar la LG, cosa que se niega, era suficiente y no debería haber provocado su declaración de invalidez. En cuanto a la afirmación explícita de que nos encontramos ante un acto singular «expresión de la dirección política» del Gobierno, la misma nos sitúa ante la cuestión de los *actos políticos* del Gobierno, un tema clásico del Derecho público.

Es conocida la evolución jurisprudencial bajo la vigencia de la LJCA de 1956 respecto a esta cuestión, objeto de regulación en el confuso artículo 2, letra a), de la LJCA vigente. Ante este precepto, alguna autorizada opinión doctrinal ha cuestionado, incluso, la utilidad del mantenimiento de esta categoría singular de actos del Gobierno, que podrían ser susceptibles de consideración, en definitiva, como actos discrecionales, si se quiere con una discrecionalidad intensa y singular³².

En cualquier caso, existe consenso, a la vista del mencionado artículo 2 LJCA, en torno a que tales actos pueden ser, en todo caso, objeto de control judicial, aunque, como expone, por ejemplo, SÁNCHEZ MORÓN, «también es evidente que algunos actos son, por su naturaleza, difíciles de someter al escrutinio de un proceso judicial, sin que se ponga con ello en peligro intereses públicos esenciales o la división de poderes»³³. Es decir, la cuestión clave es el *alcance* del control judicial y específicamente, por lo que ahora nos interesa en concreto, el alcance del deber de motivar dichos actos (en definitiva, como insistiremos *infra*, el estándar exigible al Gobierno) y el corre-

Barcelona en la reunión mantenida en el Palacio de la Moncloa en julio de 2004 «la hace transparente», aludiéndose, además, al apoyo político que suponen los pronunciamientos del Parlamento de Cataluña y del Congreso de los Diputados en el mismo año, cuya existencia «no sólo no deslegitima el proceder gubernamental sino que concurre a manifestar la motivación que le anima». El voto particular destaca que «hay, pues, una motivación política, públicamente manifestada, que, al menos, aparentemente no entra en conflicto con el ordenamiento jurídico», teniendo en cuenta, además, que «los motivos políticos no tienen por qué presumirse arbitrarios o desviados del mismo modo que un acto administrativo no tiene por qué presumirse ilegal», dado que aquéllos «nacen del proceso político democrático».

³² E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2000), «La definitiva erradicación de los actos políticos o de Gobierno en nuestro Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106.

³³ M. SÁNCHEZ MORÓN (2006), *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., pág. 524.

lativo control judicial del cumplimiento del mismo. Para el voto particular, el Gobierno ha aportado «una motivación *razonable* en términos jurídicos» que excluye la tacha de arbitrariedad y cumple lo exigido por el artículo 54.1, letra f), LRJPAC. Asimismo, incluso si se considerara la decisión un reglamento, la fundamentación y justificación del mismo también cumplirían el deber establecido en la LG.

En definitiva, con independencia ahora de la referencia a la dirección política plasmada en la decisión debatida, el voto particular que estamos analizando enfoca el debate jurídico, como decíamos, sobre la cuestión de si nos encontramos ante un *acto* o un *reglamento*. Tal deslinde jurídico debería finalmente obedecer a la aplicación del criterio *ordinamentalista*, esto es, a la innovación o no del ordenamiento jurídico, en alguna medida, por parte de la decisión del traslado de la sede de la CMT. Nos encontramos, quizás, en este ámbito en un supuesto límite, que el voto particular sitúa en el ámbito de los actos, al sostener que «agota sus efectos de una sola vez y no incide en absoluto en el régimen jurídico de la CMT».

V.3. *De nuevo, la cuestión de fondo*

El tercer voto particular es formulado por los Excmos. Sres. D. Ramón Trillo Torres y D. Manuel Campos Sánchez Bordona. En resumen, este voto particular entiende, por un lado, que «la decisión impugnada es calificable, desde el punto de vista jurídico-administrativo, como un acto singular, no normativo, porque agota sus efectos en el cumplimiento de la voluntad en él expresada de que la CMT sea trasladada a Barcelona, sin ninguna otra incidencia en el posterior desarrollo de sus facultades y funciones (...), sin que la forma adoptada por el Gobierno para decidir pueda desvirtuar la sustantiva naturaleza del acuerdo».

Ahora bien, incluso si la decisión fuera un reglamento, para este voto particular, no se comparte la decisión de nulidad de la sentencia. Respecto a la justificación, aunque «podía y debía haber sido más completa», contiene «el mínimo indispensable» y su insuficiencia de contenido «no ha impedido ni a los recurrentes ni a los ciudadanos en general, unos y otros informados del debate público cuya existencia era notoria, conocer las circunstancias que se encontraban en la base del traslado a Barcelona» de la CMT.

En cuanto a la memoria económica, «ciertamente no llega a cuantificar el gasto previsible», aunque tal deficiencia no deba acarrear tampoco la nulidad, si bien «es cierto que se pudo y debió hacerse constar una fórmula que expresase de alguna manera la probabilidad de la cuantía que podría alcanzar este gasto único», cuyos conceptos básicos sí fueron fijados en el informe (número de trabajadores que se trasladarían y decisión sobre el inmueble a ocupar en Barcelona), aunque son evidentes también las variables que podrían influir en aquella cuantía, dado que, por ejemplo, como la CMT tiene patrimonio propio e independiente del Estado, a ella corresponde decidir comprar o alquilar en Barcelona y desprenderse o mantener el de

Madrid. Lo que enlaza con la cuestión de la competencia del Gobierno para acordar el traslado de la sede de un organismo público que goza de «independencia funcional» o «especial autonomía respecto de la Administración General del Estado», en las palabras de la Disposición adicional décima de la LOFAGE, cuestión no abordada por la sentencia y que, más allá de las cuestiones «formales», el voto particular que nos ocupa cree que debiera haberlo sido.

VI. PAISAJE DESPUÉS DE LA BATALLA: EL REAL DECRETO 1538/2006, DE 22 DE DICIEMBRE, ¿UN PUNTO Y APARTE?

La consecuencia de las dos sentencias del TS a que estamos haciendo referencia es, como ya hemos dicho, la anulación de las Disposiciones adicional única y final primera del Real Decreto 2397/1994, de 30 de diciembre. Por Real Decreto 1538/2006, de 22 de diciembre (*BOE* de 27 de diciembre), se ha pretendido poner punto final a la polémica con el establecimiento, de nuevo, de la sede de la CMT en Barcelona, mediante el artículo único de esta disposición. En la Exposición de Motivos de la misma se señala cómo, en cumplimiento de estas sentencias del TS, se «han corregido los defectos *formales* observados por las Sentencias de referencia, en relación con la documentación exigida» por la LG³⁴.

Sin embargo, cabe destacar, por último, que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha admitido a trámite un recurso presentado por la Comunidad de Madrid contra este Decreto, recurso que, en el momento de la redacción de estas líneas, aún no ha sido resuelto³⁵.

³⁴ En la Exposición de Motivos de este Real Decreto se señala que:

«El establecimiento de la sede de la CMT en Barcelona es una medida acorde con la estructura del Estado Autonómico, sigue la práctica de los países de la Unión Europea y responde a los principios rectores de la organización de las Administraciones Públicas de descentralización, desconcentración y coordinación (103 CE). En este sentido, las nuevas tecnologías de la sociedad de la información permiten la ubicación de sedes de Organismos de manera desconcentrada sin que por ello se vean afectados sus niveles de eficacia, algo que es especialmente predicable de la CMT por el ámbito de competencias que le es propio.

Por otro lado, con esta decisión, el Gobierno da cumplimiento a una moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 14 de octubre de 2004, y considera, de igual forma, una petición del Parlamento de Cataluña, de 21 de febrero de 2001, acordada unánimemente por todos los Grupos Parlamentarios.

Por último, el traslado de sede no ha tenido ningún efecto negativo para el buen funcionamiento de la CMT ni ha producido perjuicio alguno para el sector de las telecomunicaciones, habiéndose solucionado satisfactoriamente los problemas personales derivados del traslado».

³⁵ De acuerdo con la información proporcionada por *Newsletter* IUSTEL con fecha 2 de abril de 2007, donde se indica que la Comunidad de Madrid solicita que el Tribunal entre en el fondo del asunto, porque entiende que vulnera el artículo 6 del Estatuto de Auto-

VII. CALIDAD ADMINISTRATIVA Y ESTÁNDARES PROCEDIMENTALES Y DE MOTIVACIÓN

Las dos sentencias aludidas, como se ha visto, abordan un conjunto de interesantes cuestiones jurídicas. Pero entre ellas la que queremos destacar aquí es la referida a los *estándares de buena administración* exigibles en el desarrollo de potestades administrativas y en la adopción de actos y reglamentos por parte de los Gobiernos y las Administraciones.

VII.1. *Calidad normativa y buena administración: una perspectiva de creciente importancia en las agendas políticas y en los ordenamientos jurídicos europeos*

Esta cuestión enlaza con la creciente preocupación por el tema de la *calidad normativa*, que ha sido considerado por la OCDE como un tema «crucial» y «más urgente que nunca», al que SHAPIRO considera una cuestión «central, quizás el tema central del Derecho y la Unión y... un tema central del Derecho europeo en general»³⁶, siendo en este campo especialmente activa la Unión Europea en los últimos años. De hecho, diversos estudios realizados estiman que la reducción de barreras normativas supondría de un 2 a un 5% del PIB en Europa. La OCDE señala que en los EE.UU. el coste anual agregado del cumplimiento por los ciudadanos, empresas y gobiernos descentralizados de las regulaciones federales se estimó en torno a los 500 billones de dólares para 1992, lo que representaba el 10% del PIB y unos 5.000 dólares por hogar. En Australia, este coste se estimó que ascendía al 9,14% del PIB en 1986, y los incrementos en el PIB derivables de una reducción de las barreras reguladoras a la competencia se estimaron en un potencial del 5,5% anual³⁷. Pero, más allá de la reducción de costes empresariales, la calidad normativa enlaza también con la garantía de la efectividad de los derechos (por ejemplo, de los consumidores y trabajadores), en el marco de la actual evolución hacia lo que se denomina el *Estado regulador*³⁸.

nomía de Madrid, que establece que Madrid será la sede las instituciones y organismos generales del Estado (véase *supra*, nota 23). También considera la Comunidad que el Decreto de 2006 incumple el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores al no cumplir los requisitos establecidos para realizar un traslado colectivo de empleados, según esta información.

³⁶ Recomendación de la OCDE de 1995 sobre la mejora de la calidad de la regulación gubernamental, consultable en http://www.oecd.org/document/38/0,2340,en_2649_37421_2753254_1_1_1_37421,00.html (última consulta, marzo de 2006); Informe de la OCDE sobre reforma reguladora de 1997, consultable en http://www.oecd.org/document/38/0,2340,en_2649_37421_2753254_1_1_1_37421,00.html (última consulta, marzo de 2006); M. SHAPIRO (1999), «Equality and Diversity», *European Review of Public Law*, vol. 11, núm. 2, verano, pág. 399.

³⁷ J. PRATS CATALÀ (2005), *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP, pág. 175.

³⁸ Por todos, A. LA SPINA y G. MAJONE (2000), *Lo stato regolatore*, Bolonia.

Gran parte de las discrepancias entre la sentencia y los votos particulares se basa en el *nivel de diligencia procedimental y de motivación* que se considera es necesario exigir en el desarrollo de la discrecionalidad en garantía de una decisión discrecional de calidad. Más allá de lo obvio, es decir, de la *omisión* total de actividad procedimental debida, la cuestión se centra en el grado de *cumplimiento real* de la actividad procedimental normativamente exigible, capaz de orientar la toma de la mejor decisión posible, la más acertada a la vista de la ponderación de los hechos e intereses relevantes para la decisión.

VII.2. *Estándares procedimentales de calidad: el papel del legislador, del poder ejecutivo y del control judicial.*

Una referencia a la Evaluación del Impacto Normativo en el caso de los reglamentos y al papel de la Agencia de Evaluación para la Calidad de las Políticas Públicas y los Servicios

En este ámbito, parece que la responsabilidad de fijación de los estándares procedimentales de calidad ha de recaer, ante todo, en el legislador y en el propio Gobierno y la Administración. Allí donde exista reserva de ley (caso del procedimiento administrativo común, art. 105 CE, y de las reservas legales sobre materias específicas) o allí donde el legislador sectorial decida formalizar el procedimiento decisorio, tal diseño procedimental debe intentar precisar el estándar de diligencia procedimental en garantía de la buena administración en el desarrollo de la discrecionalidad.

En este sentido, una vez ya asumido administrativamente, parece, el deber de fundamentación y motivación derivado del artículo 54 LRJPAC y, en el ámbito de los reglamentos estatales, por el artículo 24 LG, pudiera ser útil avanzar ahora un paso más y *precisar normativamente el contenido de tal fundamentación y motivación*, siendo excesivamente parca la mera remisión a una «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho», en el primer caso (pero ¿y la expresión del criterio metajurídico empleado, en el caso de actos discrecionales?, ¿deben ser tratados en este punto de igual modo éstos y los actos políticos del Gobierno³⁹), y la referencia a un informe sobre la necesidad y oportunidad (¿qué ocurre con el papel de las exposiciones de motivos?) o a una estimación del coste a que dará lugar el reglamento (¿sólo para el sector público?, ¿qué ocurre con los previsibles impactos en las empresas privadas?), en el segundo.

En el caso de los reglamentos, específicamente, la garantía del derecho a una buena administración debería pasar por un perfeccionamiento técnico de la normativa procedimental existente, en la línea de instauración de

³⁹ En esa tarea de precisión de los estándares de motivación, el análisis de la jurisprudencia por grupos de casos podría ser de gran interés. Un ejemplo claro lo supone la actividad relacionada con derechos constitucionales fundamentales, ámbito en el que la jurisprudencia exige una motivación más específica y detallada (STC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; STS de 8 de abril de 1990, Ar. 4903, por ejemplo).

auténticas *evaluaciones de impacto normativo*, entendidas como «un marco estructurado para informar sobre el análisis de la serie de opciones disponibles para tratar cuestiones de políticas y las ventajas y desventajas asociadas con cada una. Una Evaluación de Impacto Normativo positiva debería considerar todas las clases de impacto»⁴⁰.

Esta mejora normativa debería ir acompañada, además, por la generación de la *expertise* administrativa precisa para realizar correctamente tales evaluaciones, a lo que puede contribuir ahora decisivamente la creación de la *Agencia de Evaluación para la Calidad de las Políticas Públicas y los Servicios* (Disposición adicional primera de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, y Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba su Estatuto). Esta Agencia cuenta entre sus competencias y funciones con la realización de «análisis o evaluaciones de impacto regulatorio o normativo que se prevean en la correspondiente normativa, sin perjuicio de otras competencias atribuidas a otros órganos por la legislación vigente» —art. 6.2.e) de su Estatuto— y la elaboración de guías metodológicas para el análisis del impacto regulatorio o normativo, en el ámbito de sus competencias —art. 6.2.j) de su Estatuto—.

Es de esperar que mediante las nuevas actuaciones de esta Agencia se pueda impulsar en España el conocimiento y la práctica precisa para la realización de adecuadas evaluaciones de impacto reglamentario⁴¹, en la línea de lo que ya están realizando otros países desde hace décadas, señaladamente en el caso británico, donde el movimiento *better regulation* ha conocido un impulso ininterrumpido desde 1985, tanto de la mano de Gobiernos conservadores como laboristas, mostrando que se trata de un tema de primer nivel en la agenda política y administrativa, que trasciende los enfoques puramente partidistas⁴².

Por otro lado, el Gobierno y la Administración pueden completar la regulación procedimental legal mediante reglamentos procedimentales que concreten y especifiquen los estándares procedimentales o mediante otros medios, como por ejemplo códigos internos procedimentales ligados a la creación de Cartas de Servicios o directrices procedimentales⁴³.

⁴⁰ Informe final del grupo MANDELKERN, sobre mejora de la regulación, de 2001. La constitución de este grupo y la realización del informe señalado fueron encomendadas por los Ministros de Administraciones Públicas de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁴¹ Una reflexión sobre las posibilidades de la nueva Agencia en el ámbito de la mejora de la calidad normativa puede hallarse en el *Informe de la Comisión de Expertos sobre las Reflexiones y propuestas de creación de la Agencia Estatal de Evaluación de la calidad de los servicios y de las políticas públicas*, publicado por el MAP en 2005 (apartado III.7), consultable en http://www.map.es/ministerio/organismos/Agencia-de-Evaluacion/presentacion/informe/document_es/Informe_esp.pdf (última consulta efectuada, marzo de 2006).

⁴² R. BALDWIN (2005), «Is Better Regulation Smarter Regulation?», *Public Law*, otoño, págs. 485 y ss. Aunque el enfoque sí ha variado, pues desde 1997, con la llegada al poder del Gobierno laborista de Blair, el énfasis ha evolucionado desde la «desregulación» a la «mejor regulación».

⁴³ J. PONCE SOLÉ (2003), «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones», núm. 162 de esta REVISTA, págs. 140 y ss.

En todo caso, la mejora de la regulación de los procedimientos de ejercicio de la discrecionalidad y el perfeccionamiento del funcionamiento administrativo en la evaluación del impacto de sus decisiones pueden y deben ser completados, en caso de conflicto, por la intervención judicial que, al controlar la actividad administrativa procedimental y de motivación, haga efectivo el deber de buena administración, contribuya así, de modo indirecto, al acierto de las decisiones y establezca, en definitiva, los estándares jurisprudenciales de diligencia procedimental, en la interpretación de la normativa existente.

En esa labor, necesariamente casuística, los órganos judiciales de lo contencioso deberán moverse entre una tradición reacia a anular decisiones por motivos «formales», debido a la poca valoración del papel procedimental⁴⁴, y la posibilidad hipotética de excederse en el control judicial, rigidificando excesivamente la actividad administrativa⁴⁵ o *vistiendo* como control de legalidad anulaciones basadas en la real disconformidad con el resultado de fondo del ejercicio de la discrecionalidad.

Entre la laxitud y desprotección del derecho a una buena administración y el activismo e interferencia indebida en el ejercicio de la discrecionalidad del poder ejecutivo discurre una senda judicial a explorar, basada en la prudencia y en la firmeza, en la contribución, como señalaba la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956, a la *buena y recta administración*.

En este sentido, las dos sentencias comentadas parecen establecer, como señalábamos, un estándar *estricto o riguroso* de control procedimental y de motivación, que no siempre ha sido empleado en el pasado, como ya apuntamos, y que se verá confirmado o alterado en futuras decisiones, a la espera de poder contar con una útil jurisprudencia del Tribunal Supremo que sea lo más estable y orientadora posible con relación a los niveles exigibles de diligencia procedimental en la elaboración de reglamentos, planes y actos.

⁴⁴ Diversos autores han llamado la atención sobre la relativización por parte de la jurisprudencia de la trascendencia de los vicios procedimentales y los perniciosos efectos de la misma en relación con la defensa y garantía de los interesados. Por todos, véase M. J. GALLARDO CASTILLO (2006), «Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», núm. 171 de esta REVISTA, septiembre-diciembre, págs. 217 y ss. Menor atención se ha prestado, sin embargo, al menoscabo que tal relativización judicial provoca en la buena administración. Me permito la remisión a J. PONCE SOLÉ (2001: 687 a 796).

⁴⁵ Ése es el problema que una parte de la doctrina norteamericana achaca al *hard look* desplegado por la jurisprudencia sobre los procedimientos reglamentarios (bajo el nombre de *ossification*), aunque se trata de una cuestión debatida en el ámbito dogmático. Sobre la tensión entre formalismo e informalismo en la actividad administrativa puede consultarse J. PONCE SOLÉ (2003: 137 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2005): *Informe de la Comisión de Expertos sobre las Reflexiones y propuestas de creación de la Agencia Estatal de Evaluación de la calidad de los servicios y de las políticas públicas*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, consultable en http://www.map.es/ministerio/organismos/Agencia-de-Evaluacion/presentacion/informe/document_es/Informe_esp.pdf (última consulta efectuada, marzo de 2006).
- BALDWIN, R. (2005): «Is Better Regulation Smarter Regulation?», *Public Law*, otoño, págs. 485 y ss.
- CHITI, M. P. (2002): *Derecho administrativo europeo*, Madrid, Civitas, 1.^a ed.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2002): «Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, págs. 237 y ss.
- COMELLA DORDA, R. (1997): *Límites del poder reglamentario en el Derecho administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, Barcelona, CEDECS.
- ESCOBAR ROCA, G., y CHILLÓN MEDINA, J. M. (2001): *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, U. Rey Juan Carlos-Dykinson.
- FERNÁNDEZ, T.-R. (1970): *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, IEAL.
- GALLARDO CASTILLO, M. J. (2006): «Los vicios de procedimientos y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», núm. 171 de esta REVISTA, septiembre-diciembre, págs. 217 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2000): «La definitiva erradicación de los actos políticos o de Gobierno en nuestro Derecho», *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106, abril-junio, págs. 231-233.
- LA SPINA, A., y MAJONE, G. (2000): *Lo stato regolatore*, Bolonia.
- MALARET, E. (2003): «Autoridades independientes y justicia administrativa», en M. J. MONTORO CHINER (coord.), *La Justicia Administrativa. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, especialmente págs. 747 y ss.
- PONCE SOLÉ, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova.
- (2002): «Good administration and European Public Law», *European Review of Public Law*, vol. 14, núm. 4, invierno, págs. 1503 y ss.
- (2003): «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones», núm. 162 de esta REVISTA, págs. 140 y ss.
- PRATS CATALÀ, J. (2005): *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- SALA AROQUER, J. M. (2000): *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Madrid, Civitas.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2006): *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, Tecnos, 2.^a ed.
- SHAPIRO, M. (1999): «Equality and Diversity», *European Review of Public Law*, vol. 11, núm. 2, verano, pp. 371-415.
- SÖDERMAN, J. (2001): «El derecho fundamental a la buena administración», *GJ*, núm. 214, julio-agosto, págs. 8 y ss.
- STEWART, R. B. (1975): «The reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 8, págs. 1669-1713.
- TOMÁS MALLEN, B. (2004): *El derecho fundamental a la buena administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- ZIAMOU, T. (2001): *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Aldershot, Ashgate Publishing.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su recensión, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905



00173

19,00 €