

La Motivación de los Actos Administrativos

ROCÍO M. NAVARRO GONZÁLEZ

PRÓLOGO DE
EDUARDO GAMERO CASADO

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2017



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBOOKS

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2017 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Jesús Rafael Mercader Uguina] © Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9152-405-2
DL NA 1080-2017

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, calle A, nave D-11
31013 Pamplona

Capítulo II

Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

SUMARIO.—1. PRINCIPIOS JURÍDICOS A LOS QUE SIRVE. 1.1. *Consideraciones previas.* 1.2. *Principios generales del Ordenamiento jurídico.* 1.2.1. El Principio de Seguridad Jurídica. A. Alcance de este principio. B. La motivación como garantía de la certeza. 1.2.2. El Principio de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. A. Planteamiento de su doble vertiente. B. La motivación como instrumento preventivo de la arbitrariedad. C. La motivación como aval de una actuación administrativa racional. 1.2.3. El Principio de Proporcionalidad. A. Aproximación del principio de proporcionalidad como límite a la restricción de derechos por los poderes públicos y como mandato de optimización. B. La motivación como exigencia que cumplimenta el principio de proporcionalidad: su reflejo en los actos administrativos sancionadores y en aquellos que limitan derechos fundamentales. C. La coincidencia semi-plena de los elementos de la proporcionalidad con los sumandos de la motivación. 1.3. *Principios jurídico-administrativos.* 1.3.1. El Principio de Buena Administración y el procedimiento administrativo «adecuado». A. Alcance y reflejo en el ordenamiento jurídico español del Principio de buena Administración: la motivación como contenido del derecho a la buena administración. B. El despuntar de un nuevo principio de simplificación procedimental: la motivación como técnica de simplificación administrativa. 1.3.2. El Principio de Transparencia. A. Breves referencias a la Ley que lo avala y al derecho en que se materializa. B. El papel de la motivación en la minimización y maximización del derecho de acceso a la información pública. C. La motivación, pieza indispensable para la efectividad de la transparencia procedimental. 2. FINALIDADES DE LA MOTIVACIÓN. 2.1. *Lo que la motivación persigue: su multifuncionalidad.* 2.1.1. Aspectos generales de las funciones encomendadas. 2.1.2. La motivación desde la óptica del órgano jurisdiccional. A. La motivación como medio que facilita el control jurisdiccional de la actuación administrativa. 2.1.3. Los fines de la motivación desde la óptica del ciudadano. A. La finalidad cognoscitiva: la motivación permite determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento particular de la voluntad manifestada. B. La finalidad defensiva: la motivación desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Breve mención al derecho a la presunción de inocencia. C. La función democrática: la motivación de la actividad administrativa ante la

opinión pública. 2.2. *Lo que la motivación pretende evitar: el riesgo de la arbitrariedad.* 2.3. *El deber de resolver como garantía de los fines de la motivación: el silencio administrativo y sus repercusiones.*

El estudio de la motivación exige seguir abordando otras cuestiones como la relativa a una correcta delimitación de los perfiles y contornos jurídicos de la misma, ahondando en su razón de ser, en lo que la sostiene y fundamenta, descubriendo qué principios la refuerzan para justificar su actuación en la persecución de diferentes fines. Trataremos, pues para el análisis del fundamento de la motivación tanto las finalidades que persigue como los principios a los que sirve, apropiándonos de la distinción efectuada por Guasp en su examen del fundamento del Derecho, en el que diferencia el fundamento germinal del fundamento terminal en los siguientes términos: «mientras que los principios del derecho nos dan la fórmula explicativa de la génesis de lo jurídico, las raíces de donde el derecho brota, los fines del derecho nos suministran la fórmula de su tendencia...»¹.

En virtud de todo ello partimos para describir otra realidad que sustenta a la motivación su fundamento germinal, los principios que justifican su actuación, como su fundamento terminal, los fines que se pretende conseguir con el adecuado cumplimiento de la motivación.

1. PRINCIPIOS JURÍDICOS A LOS QUE SIRVE

1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Estado se justifica por los fines plurales que cumple, así como la justicia, paz, libertad, igualdad, los cuales deben ser procurados de la manera más equilibrada y armónica posible para que el cuerpo social no quiebre. La idea directriz de este progreso equilibrado es la obtención del máximo de cada uno de estos valores que no obstaculice ni perjudique a otro más que el mínimo inevitable entendiéndolos como ideales éticos, como aspiraciones que el Estado propugna y pretende realizar.

1. GUASP, J. (1971): *Derecho*, Madrid.

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

De todos los valores presentes en la base del ordenamiento jurídico, jerarquizados entre sí, emergen unos principios fundamentales, principios técnicos jurídicos que sirven de malla a esa estructura un tanto intangible que conforman tales valores junto al resto del ordenamiento jurídico considerado como un todo.

En nuestro sistema jurídico, la gestación y alumbramiento de los principios generales del derecho se produce a través de un proceso dinámico en el que intervienen tanto los órganos jurisprudenciales como el legislador y la doctrina, siendo difícil determinar qué aportación es más decisiva e influyente de los tres al tratarse de un trabajo conjunto de todos los correspondientes operadores jurídicos. No obstante, sí es conveniente mencionar de forma separada la decisiva labor doctrinal en la elaboración de la dogmática de los principios jurídicos, consolidada a raíz de estudios de diferentes disciplinas jurídicas, influenciados principalmente por la obra de Dworkin y Alexy, que versan sobre una variada temática al tratar cuestiones significativas y vibrantes relativas tanto a los fundamentos que lo originan, naturaleza jurídica y vigencia como a la clasificación y funcionalidad de los mismos².

El abordaje de la conceptualización de los Principios Generales del Derecho es una materia que siempre ha despertado interés por parte de la generalidad de la doctrina que ante la carencia de una noción unívoca del principio ha generado una gran diver-

2. Vid entre otras, DWORKIN, R. (1984): *Los derechos en serio*, Ariel y (1980): *¿Es el derecho un sistema de normas?*; ALEXY, R. (1988): *Sistema jurídico, principios jurídico y razón práctica*, Doha; DE CASTRO y BRAVO, F. (1964): *Derecho civil de España*, Civita: edición facsímil del original publicado por el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949-1952, p. 427; Díez PICAZO y GULLÓN, A. (2012) : LACRUZ BERDEJO, J. L. (2006): *Elementos de Derecho Civil I*, Bosch; LEGUINA VILLA, J. (1987): «Principios generales del Derecho y Constitución», RAP núm.114; HERNÁNDEZ GIL, A. (1980): *El ordenamiento jurídico y la idea de justicia*; GORDILLO CAÑAS, (1990): *Ley, Principios Generales y Constitución: apuntes para una relectura de la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988) y (2010): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley; MUÑOZ MACHADO, S. (2015), vol. III y IV; CLAVERO ARÉVALO, M. (1992): «La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico», RAP núm.4, recogido también en *Estudios de Derecho Administrativo*, Civitas; BELADÍEZ ROJO, M. (1994): *Los principios jurídicos*, Civitas; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015); TARDIO PATO, J. A. (2011): *Los principios generales del Derecho*, Bosch. De esta obra es recomendable la lectura de un capítulo dedicado a las exposiciones más influyentes sobre los Principios Generales del Derecho, pp. 43-89.

sidad de concepciones a partir de las corrientes filosóficas imperantes en cada momento histórico y que coinciden en el deseo de afianzar un concepto seguro que resalte los rasgos y características más esenciales que arrastra el propio término. Su exquisito tratamiento doctrinal ha permitido una correcta delimitación del perfil jurídico de los principios evitando así su confusión con otras figuras afines³.

Los principios generales del Derecho se reconocieron inicialmente como fuente a la codificación civil, teniendo reflejo en nuestro Código Civil desde su primera redacción. Desde De Castro, nuestra doctrina ha sido unánime en conceder a los principios jurídicos los tres atributos básicos comunes a todos ellos «como fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre»⁴, encontrando posteriormente respaldo legislativo de forma expresa en el vigente artículo 1.4 del Código Civil. Consustancial a los principios son, por tanto, estas tres funciones clásicas que han sido objeto de atención particular por algunos autores que estimaron conveniente su ampliación; así por un lado, López Menudo al valorar el reconocimiento de una cuarta función a los Principios Generales del Derecho, por su condición de «límites a las potestades discrecionales y reglamentarias, como explícitamente reconocen las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero 1989, 16 de mayo y 8 de octubre de 1990, 2 de abril y 11 junio 1991, quedando así reforzado su papel de piezas del ordenamiento con valor autónomo y no como simples

3. El principal problema que se ha planteado en el estudio de la naturaleza jurídica de los principios con cierta repercusión en la delimitación conceptual ha sido el de precisar si son norma jurídica o si estamos ante fenómenos diferentes. En nuestro derecho la mayoría de los autores proclaman el carácter normativo de los principios –DE CASTRO (1964), PRIETO SANCHIZ (1992), DÍEZ PICAZO y GULLON (2012), LACRUZ BERDEJO (2006), HERNÁNDEZ GIL (1980)– mientras otros como NIETO, A. (2012): *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, p. 37 y LATORRE, A. (1977): *Introducción al Derecho*, Ariel, defienden lo contrario. Sobre la distinción entre reglas y principios en la doctrina española, entre otros: ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1996), *op. cit.*, pp.1 y ss.; PRIETO SANCHIS, L. (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*; BERNAL PULIDO, C. (2005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 571-578; los cuales se basan en las aportaciones de DWORKING y ALEXI.
4. *Vid.* DE CASTRO y BRAVO, F. (1964), *op. cit.*, p. 427.

elementos interpretativos del Derecho dado»⁵ y por otro, Beladiez Rojo al reclamar el olvido de la función más importante «la justicia directa de los principios» que permite recurrir cualquier acto jurídico que haya sido dictado desconociendo el valor que en él se proclama⁶.

Por otra parte, el desarrollo de los principios en el Derecho Público no se produce hasta mediados del siglo XX, cuando se tomó conciencia del desvanecimiento del ideal codificador y de la necesidad de encontrar un orden de principios que sirvieran para proteger las instituciones y garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos. Las primeras aplicaciones jurisprudenciales de los principios generales atrajeron para el Derecho Público algunos de los que ya estaban consolidados en la tradición del Derecho Civil, creando en un momento posterior la jurisprudencia administrativa un sistema de principios generales propio, la mayor de parte de los cuales han sido expresamente proclamados y reconocidos por la Constitución.

El constitucionalismo vigente ha contribuido a robustecer la posición de los principios generales del Derecho y a ampliar su papel en el marco del ordenamiento jurídico general. Nuestra Constitución actual los ha incorporado de modo expreso y es pródiga en mencionarlos junto a la proclamación de valores superiores, cuya diferenciación no es tarea sencilla en términos jurídicos lo que ha ocasionado que se generen acerca de tal delimitación pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales de carácter divergente⁷.

5. LÓPEZ MENUDO, F. (1992): «Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo», *RAP* núm. 129, p. 22.
6. BELADÍEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, p. 159.
7. Por parte de la doctrina, LEGUINA VILLA (1987) atribuye a los valores constitucionales la función de establecer ideas jurídicas básicas o estructurales y a los principios la concretización de valores constituyéndose en instrumentos para su realización. HERNÁNDEZ GIL (1980) distingue entre la eficacia jurídica de los principios y de los valores. Para este autor los principios, además de informar el Ordenamiento y suplir sus deficiencias, son normas que, aunque muy generales, son aplicables directamente, y los valores dan sentido a las normas, pero necesitan de ellas, a través de las cuales se manifiestan, para ser susceptibles de aplicación. Otra opinión es la mantenida por GIMENO SENDRA al considerar que los valores, en cambio, sí son aplicables de manera directa, «solo que lo son de un modo específico, negativo, mediante la remoción de su contrario». *Vid.* GIMENO SENDRA, V. (2007): «El Derecho a la Tutela Judicial efectiva y de acción penal» en AAVV (2007): *Los Derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, p. 57.

Aunque a veces las diferencias entre valores y principios se difuminan, los principios generales del Derecho son «una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substratum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica y consisten en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones»⁸.

La aprobación de la Constitución de 1978 trajo consigo también la necesidad de reordenar los principios generales con los criterios que arrastraba el propio texto, generando en ocasiones alguna que otra discusión doctrinal como la relativa al hecho de atribuir o denegar carácter normativo a los principios constitucionalizados. Polémica que es zanjada por López Menudo argumentando que «todo principio tiene los efectos mínimos y generales señalados por el artículo 1. 4.º del Código Civil. Como consecuencia de la positivización, sea ésta legal o constitucional, algunos de dichos efectos pueden verse sustituidos e incrementados –nunca rebajados– por los que resultan obligadamente derivados de dicha positivización, según el rango de la norma de que se trate. Por tanto, por el hecho de su inserción en el texto constitucional los principios no quedan desvirtuados, sino mantenidos en su esencia y enriquecidos en sus efectos»⁹.

Pese a que el Tribunal Constitucional denomina a los principios positivizados en la Constitución «criterios inspiradores del

Para ALEXY la diferencia principal entre ellos reside que los valores son conceptos axiológicos, mientras que los principios son conceptos deontológicos, o sea, comportan un juicio sobre lo debido, lo que debe ser; por eso, como el Derecho trata de lo debido, el razonamiento jurídico se hace mejor con los principios. Los entiende como normas que prescriben que algo debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible, considerando el entorno y las circunstancias del caso, calificándolos como «mandatos de optimización». ALEXY resuelve con las técnicas de los valores los supuestos de colisión entre principios, así en ellos se busca qué es «lo mejor» para convertirlo en «lo debido». Vid también TARDIO PATO, J. A. (2011), *op. cit.*, pp. 221-230; DWORKIN (1984), ALEXY (1988).

La jurisprudencia constitucional en un primer momento les reconoce un valor informador de todo el ordenamiento jurídico, así la STC 21/1981, de 7 de julio que fue secundada por otras como STC 27/1981, 103/1983, 65/1990, pero también nos encontramos pronunciamientos –STS 63/1982, 122/1983, 107/1996– en los que identifica el término valor con el de principio.

8. GARCÍA DE ENTERRIA, E y FERÁNDIZ RODRÍGUEZ, T. R. (2015), *op. cit.*, p. 500.

9. LÓPEZ MENUDO, F. (1993): «Los Principios generales del procedimiento administrativo» en BARNES VÁZQUEZ, J. (1993), *op. cit.*, p. 125

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

Ordenamiento Jurídico» y, en concreto, a los enunciados en el párrafo 3 del artículo 9 «principios generales del derecho»¹⁰, la terminología empleada para referirse a los principios no ha sido siempre la misma, manejándose expresiones diversas como «principios del Derecho», «principios jurídicos» o la ya aludida «principios generales del Derecho»¹¹. Mientras en ocasiones se han equiparado y en otras se han diferenciado según el tratamiento dado por cada autor¹², entendemos que hacen referencia a lo mismo y sin entrar a enumerar las posibles clasificaciones que giran en torno a los principios, pues excede de nuestras miras, nuestra tarea se limitará a exponer aquellos que mantienen una conexión de manera directa con la motivación y la justifican, remitiéndonos para ello a la clasificación realizada por López Menudo que atiende a los principios del procedimiento administrativo, pues como tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo anterior, la motivación mantiene una relación inexorable con el procedimiento en virtud de la teoría de sistema¹³.

1.2. PRINCIPIOS GENERALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como se ha expuesto anteriormente los principios generales no solo forman parte del orden jurídico, sino que lo fundamentan y estructuran dándole su sentido propio, inspirando, junto a los valores, «toda la producción jurídica y la dinámica misma del sistema nor-

10. STC 10/1989, 24 enero (RTC 1989, 10) FJ 3.

11. Las preferencias de cada autor a una expresión u otra están recogidas en la nota a pie de página número 63 en GAMERO CASADO, E. (2009): «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica; su posición en el sistema de fuentes» en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2009): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson.

12. Mientras autores como BELADÍEZ ROJO, M. (1994) iguala tales expresiones considerando que designan el mismo fenómeno, así la fuente del Derecho que expresa los valores jurídico-éticos de la comunidad, otros como ARCE y FLORES-VALDÉS, J. (1990): *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Cuadernos Civitas, p. 65, diferencia reservando la expresión principios generales del derecho para aquellos que «vienen a ser como los ejes sobre los que el ordenamiento se conforma».

13. LÓPEZ MENUDO, F. (1992). *Vid.* también TARDIO PATO, J. A. (2011), *op. cit.*, pp. 91-117; BELADÍEZ ROJO, M. (1994), *op. cit.*, pp. 184-188.

mativo»¹⁴. El carácter informador que se les atribuye hace de ellos «la atmósfera que respiramos jurídicamente»¹⁵.

Hay principios generales o, como los denomina López Menu- do, «genéricos» que debido a su valor informador general no se circunscriben a un sector determinado del ordenamiento, sino que su fuerza irradia hacia todos los campos del Derecho Administrativo, extendiéndose incluso al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. Son por tanto principios no solo del procedimiento, sino comunes a cualquier ámbito, son principios de cabecera¹⁶.

La exigencia de motivar determinados actos y que ello respon- da, entre otras cosas, a principios de orden jurídico, es un hecho que aparte de revelar la especial conexión que mantiene la motiva- ción con ellos, ha supuesto la ruptura con el criterio que tradicio- nalmente se ha asentado entendiendo la motivación como requisito exigible mediante texto expreso sin dar cabida a ningún principio jurídico que lo exija. Fernando Pablo ha contribuido a ello a partir de la distinción efectuada de los dos conceptos de motivación, como enunciación y como justificación, manifestando que «... al margen de los supuestos enunciados en la Ley y en otros textos positivos, la motivación puede venir exigida por los principios materiales de legalidad, tutela judicial efectiva, prohibición de la arbitrariedad y exigencia de objetividad»¹⁷.

La motivación trae causa de diferentes y variados principios donde su presencia es incuestionable como seguidamente compro- baremos.

1.2.1. El Principio de Seguridad Jurídica

A. Alcance de este principio

El principio de seguridad jurídica constituye una pieza clave de la armonía del conjunto ordinamental entendida por el Tribunal Constitucional como «suma de certeza y legalidad, jerarquía y pu- blicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción

14. MUÑOZ MACHADO, S. (2015), Tomo IV, *op. cit.*, p. 58.

15. STC 151/1986, 1 diciembre.

16. LÓPEZ MENUDO, F. (1992), *op. cit.*, p. 25.

17. FERNANDO PABLO, M. (1993), *op. cit.*, p. 234.

de la arbitrariedad». La seguridad jurídica es para este Alto Tribunal «la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad»¹⁸. Suma equilibrada de principios que no se agota en sí misma, sino que va más allá, como factor promotor del orden jurídico, la justicia y la libertad. Destaca el valor flexible y funcional de la seguridad jurídica, como justificación de un orden jurídico destinado a la consecución efectiva de los valores constitucionales, así mientras las normas se encuentran vigentes y todos los poderes públicos están obligados al acatamiento y respeto de tales, la seguridad jurídica introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder al fundirse con la garantía constitucional de la tutela judicial¹⁹.

La concepción unitaria, acumulativa y omnicomprensiva de la seguridad jurídica no excluye la posibilidad de invocar cada una de las manifestaciones como categoría normativa dotada de sustantividad propia. El tópico de seguridad jurídica, como apunta Díez Picazo, se reconoce como una fórmula abierta dentro de la cual caben multitud de supuestos y de subnormas²⁰. Los principios consagrados en el apartado tercero del artículo 9 del texto constitucional son atributos de la seguridad jurídica que no deben entenderse como «compartimentos estancos sino intercomunicables cobrando cada uno de ellos valor en función de los demás»²¹. En el plano normativo de producción, el principio de seguridad jurídica se aproxima al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y en el plano de la aplicación, es donde se reconoce la mayor virtud del principio de seguridad jurídica, en cuanto herramienta fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva²².

Este carácter integrador de la seguridad jurídica no es el único a tener presente al indagar acerca de su sentido y significado, pues otras acepciones básicas del término resaltan y ayudan a despejar aún más su denso y espeso concepto, como las expuestas por Pérez Luño al distinguir una dimensión objetiva y otra subjetiva del pro-

18. STC 27/1981, 20 julio (RTC 1981, 27) FJ 10.

19. STC 57/2003, 24 marzo (RTC 2003, 57) FJ 4.

20. Díez Picazo, L. (2014): *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Cuadernos Civitas.

21. STC 99/1987, 11 junio (RTC 1987, 99) FJ 6.

22. Bermejo Vera, J. (2010): «El principio de seguridad jurídica», en Santamaría Pastor, J. A. (Coord.) (2010), *op. cit.*, p. 84.

pio principio²³. La primera acepción que responde a la seguridad jurídica *stricto sensu*, se manifiesta como exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. En esta dimensión objetiva dos son las exigencias básicas, así una corrección estructural como garantía de una formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico y una corrección funcional que comporta la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación.

La segunda acepción cargada de dosis de subjetividad muestra a la seguridad jurídica a través de la «certeza del Derecho» como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva que requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. La seguridad es, ante todo, certeza o certidumbre, es la posibilidad en que cada individuo se puede encontrar de considerar que serán ciertas en el futuro determinadas circunstancias que debemos considerar como de indubitada producción y que enlaza de forma inmediata con la idea de confianza²⁴.

Nuestro texto constitucional que acoge tanto los requisitos estructurales como los funcionales presenta la seguridad como valor, principio y derecho fundamental, que conecta tanto la dimensión funcional de la seguridad con su sentido estructural, pues la sujeción universal a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico precede a las manifestaciones enunciadas en el artículo 9.3 CE, es decir, a los principios de jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, responsabilidad de los poderes públicos e interdicción de la arbitrariedad. La seguridad jurídica ostenta un carácter de denominador común de tales categorías jurídicas que contribuyen a perfilarla y a entenderla²⁵.

B. La motivación como garantía de la certeza

La motivación de las decisiones administrativas se presenta como una de las exigencias más lógicas y vinculadas a la seguridad

23. PÉREZ LUÑO, A. E. (1994): *La seguridad jurídica*, Ariel, 2.ª edición, pp. 29-30.

24. Díez PICAZO, L. (2014), *op. cit.*, p. 170.

25. STC 165/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 165) FJ2.

jurídica de las resoluciones adoptadas. Son frecuentes las invocaciones a la seguridad jurídica con la pretensión de justificar cualquier medida o actuación adoptada hasta el punto de motivar de manera convincente solo recurriendo al principio de seguridad jurídica. En cualquier supuesto de conflicto jurídico, por medio de un razonamiento, debe existir una efectiva garantía que permita explicar y justificar la solución adoptada. La motivación es una de ellas.

En un primer momento la motivación enlaza con la vertiente objetiva de la seguridad, en concreto con su aspecto funcional, en el sentido que si la Administración, entendida como órgano encargado de aplicar el Derecho, al actuar de manera regular con sujeción al bloque de la legalidad, cumple con la motivación, garantiza el cumplimiento del Derecho y permite una de las garantías funcionales de la seguridad jurídica que es la justificación de las decisiones adoptadas.

Por otro lado, la motivación también conecta con la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, al representar la certeza la otra cara de la seguridad, siendo el destinatario partícipe del conocimiento del Derecho. La expectativa de certeza jurídica puede ser entendida como apunta Aarnio en un sentido amplio que cubra dos elementos sustanciales: evitar la arbitrariedad y lograr la decisión correcta²⁶, pero al no existir una única respuesta correcta la certeza garantizada debe entenderse no en términos absolutos sino relativos en especial ante cuestiones puramente valorativas, pues recordando a Alexy con la aplicación de las reglas del discurso práctico racional se reduce la irracionalidad²⁷.

Con el cumplimiento de la exigencia de motivación de las decisiones administrativas se exteriorizan las reflexiones como factor de racionalidad que permitirá al destinatario del acto el conocimiento de los motivos que condujeron a la Administración a adoptar una u otra decisión. La explicación detallada y razonada por el órgano administrativo de dichos motivos recogidos en la motivación es un máximo exponente, por tanto, del principio de seguridad jurídica.

26. AARNIO, A. (1991): *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 26.

27. ALEXY, R. (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Muchas prácticas son las que distorsionan la actuación administrativa como el silencio administrativo, las dilaciones indebidas o la falta de motivación. El incumplimiento de la motivación acarrea inseguridad jurídica repercutiendo en el inexcusable derecho al control de las resoluciones.

En definitiva, la motivación como vehículo transportador de razones y justificaciones, garantiza la seguridad jurídica, evitando situaciones de riesgo al ser cumplida como exigencia legal por parte de la Administración y asegurando la certeza al facilitar el conocimiento de tales razones generando de una manera u otra confianza.

1.2.2. El Principio de Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

A. Planteamiento de su doble vertiente

La actuación de los poderes públicos es limitada, entre otros, por el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos que nuestra Constitución proclama y cuyo alcance será distinto según se aplique a uno u otro poder, debido, por un lado, a que la amplitud de la discrecionalidad del legislador es muy superior a la que corresponde a la Administración o a los jueces y tribunales y, por otro, a la legitimidad de las decisiones; así la legitimidad de las decisiones legislativas, a diferencia de las decisiones administrativas y judiciales emana fundamentalmente de la posición constitucional del órgano que las adopta y no de la expresión de las razones que justifican la decisión concreta en cuestión²⁸.

El poder administrativo en un Estado social democrático de derecho es siempre, y sobre todo el discrecional, un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función por la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma fundamental.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos de origen doctrinal se

28. FERNÁNDEZ, T. R. (2005): *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid; (2008): *De la arbitrariedad de la Administración*, 5.º ed., Civitas, Madrid.

recoge, veinte años después de su formulación, en la Constitución de 1978 de la mano de Martín Retortillo, senador constituyente por aquel entonces, y que a través de una enmienda quiso darle acogida como «un mecanismo más de control de los poderes públicos», entendiéndolo también como una «opción saludable para una Constitución democrática»²⁹.

Para comprender, aunque sea de forma breve y somera, el verdadero sentido y alcance del principio que nos atañe es necesario ahondar en el término arbitrario que ha tenido una pluralidad de significados heterogéneos desde la facultad de decidir en justicia sin atenerse a reglas y formas preestablecidas, como el arbitrio de equidad, hasta los significados peyorativos que identifican arbitrario con despótico o tiránico o con actuación sin fundamento alguno, ni de razón, ni de experiencia pasando por el significado de neutral, de voluntario, en el sentido de espontáneo o no forzado³⁰.

A través de las obras de intelectuales y teóricos como Locke y Montesquieu se descubre uno de los significados que tiene el principio de interdicción de la arbitrariedad entendiendo la arbitrariedad

29. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. (1984): *Materiales para una Constitución*, Madrid, Arkal Editor.

A raíz de varios trabajos de GARCÍA DE ENTERRIA (Recensión del libro de LEIBHOLZ, «Die Gleichheit vor dem Gesetz», y el artículo «Recurso contencioso directo contra las disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», ambos publicados en *RAP* núm. 29 junto a un tercer trabajo titulado «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria» y publicado en *RAP*, núm. 30, en el que se trazan los perfiles jurídicos del principio adoptando el término de LEIBHOLZ, como «estimulo inicial», permitiéndole encontrar un punto de conexión con el término arbitrariedad que de forma incipiente y silenciosa se colaba en nuestros textos legales de aquel entonces (artículo 17 Fuero de los Españoles). En esta construcción, de transposición arrastra la interdicción de la arbitrariedad a una vinculación a los principios generales del orden jurídico dotando así de más contenido a los límites que se habían formulado para controlar al legislador. Tal construcción no ha quedado exenta de crítica, así es conocida la representada por RUBIO LLORENTE, que sustrae al principio de sustantividad propia, equiparándolo al principio de igualdad como acuñó en su día LEIBHOLZ. La noción de interdicción de la arbitrariedad fue acuñada por LEIBHOLZ para ofrecer un criterio con el cual ponderar el respeto por el legislador del principio de igualdad. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1991): «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *RAP* núm. 124, pp. 211-212.

30. Una síntesis del origen del adjetivo arbitrario en las lenguas castellana, francesa, inglesa e italiana es expuesta en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2008), *op. cit.*, p. 147, *vid.* nota a pie número 37.

como equivalente de injusticia, y que posteriormente asumiría Ihering, sin embargo, lo arbitrario no se reduce solo a esto; arbitrario también es lo contrario a la razón, que constituye el límite de todo poder, como advirtiera Galligan al afirmar que «la arbitrariedad es, en este sentido, la antítesis de racionalidad».

De manera más concreta, como apunta Fernández Rodríguez, arbitrario 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». Este sería para el autor el verdadero sentido del artículo 9.3, «el *novum* específico» que aporta parte de la «exigencia irrenunciable a todas las autoridades administrativas de una justificación racional de todas sus decisiones sin excepción y de la correlativa proscripción de las que llegue a comprobarse que carecen de ella y resultan ser simple expresión de la mera voluntad o el simple capricho de quienes la adoptan»³¹. El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser el que se presente como resultado de una voluntad racional, en el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. Esta exigencia de justificación expresa, argumenta Fernando Pablo, debe entenderse como uno de los contenidos y una de las consecuencias que resultan de la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y que constituirá uno de los fundamentos de la motivación del acto administrativo, la cual será exigible tanto a los actos discrecionales como a los reglados³².

La recepción constitucional del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, formulado como principio de control de la potestad reglamentaria exigiendo un control de fondo sobre la justificación del reglamento y sus contenidos, se presenta en su artículo 9.3 *in fine* de la Constitución como principio matriz unificador de una serie de preceptos constitucionales que tienen en común la exigencia de justificación de los actos de los poderes públicos empleándose a su vez para medir la legitimidad constitucional de cualquier decisión de los poderes públicos. En términos genera-

31. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2008), *op. cit.*, p. 241

32. FERNANDO PABLO, M. M. (1993), *op. cit.*, pp. 145 y ss.

les podría afirmarse que una decisión de cualquier poder público se considera arbitraria si es fruto de una manifestación de la voluntad particular del órgano que la adopta sin una cobertura razonable en la Constitución o en las demás reglas que constituye el Derecho vigente en un momento dado.

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, aparte de ser esencial para el estudio de la discrecionalidad administrativa, proscribire, por un lado, de nuestro sistema jurídico-político el poder entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta, e incorpora, por otro, un contenido positivo al exigir razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones: «la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en la que el poder se exprese»³³. Y son a estas razones a las que nos debemos aferrar cuando engarzamos con la cuestión de la motivación. La vertiente positiva de principio de interdicción de la arbitrariedad exige decisiones racionales y motivadas.

Dicho principio también supone, en relación con el principio de igualdad, exigir de los poderes públicos un comportamiento que les impone no solo conductas adecuadas al Derecho sino también la motivación de sus decisiones y la racionalidad de las opciones que les guían³⁴.

Pese a que el principio de interdicción establece un claro mandato-prohibición que hace referencia a que la Administración actúe racionalmente y la prohibición de comportamiento, por tanto, irracionales, no nos debemos limitar única y exclusivamente a afirmar que «la prohibición de la arbitrariedad de los poderes se agota en una pura negación, de la que no puede extraerse otras consecuencias» sino que, como apostilla Fernández Rodríguez, «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»³⁵.

Por todo ello, la motivación desde la óptica del principio que ahora nos atañe, el principio de interdicción de la arbitrariedad de

33. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2008), *op. cit.*, pp. 240 y ss.

34. MUÑOZ MACHADO, S. (2015), Tomo III, *op. cit.*, p. 287.

35. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2008), *op. cit.*, pp. 20, 243 y 245.

los poderes públicos, no solo se presenta como un instrumento preventivo de la arbitrariedad sino también como garante de una actuación administrativa racional.

B. La motivación como instrumento preventivo de la arbitrariedad

Constitucionalizado el principio de interdicción de la arbitrariedad, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, lo han aplicado para controlar las decisiones de todos los poderes públicos y aunque su aplicación en las decisiones legislativas ha sido más limitada, es de mencionar que en el ámbito judicial y administrativo se observa la curiosa coincidencia del uso del mismo parámetro para determinar la infracción del principio: el parámetro de la motivación³⁶.

Para algunos autores la motivación es considerada como un elemento central en la distinción entre las decisiones administrativas arbitrarias y las que no lo son y su ausencia implica por sí misma la existencia de una decisión basada en la exclusiva voluntad de quien la adopta y, por tanto, arbitraria. La motivación la presentan como primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario³⁷.

Pese a ello, debemos ser cautos en afirmar que la ausencia de motivación arrastre siempre la arbitrariedad, pues no siempre la falta de motivación conduce a una arbitrariedad. La ausencia o insuficiencia debe considerarse como acertadamente apunta Desdentado Daroca como «indicio de arbitrariedad», manifestando que el elemento relevante para enjuiciar la arbitrariedad de una decisión no es realmente la motivación, sino los motivos, las razones de fondo que permiten justificar la decisión. Para esta autora es el conocimiento de las razones lo que permite examinar el proceso racional de formación de la voluntad administrativa y controlar su arbitrariedad, recalcando que lo verdaderamente relevante desde la perspectiva del control de la arbitrariedad no es si el acto incluye o no la

36. STC 155/2002, 22 julio (RTC 2002, 155) FJ 14 y 15; STS 30 junio 1982 (RJ 1982, 5249) C9; STS 15 octubre 1985 (RJ 1985, 4595) FJ 3; STSJ (Mad) núm.787/2001, 22 junio FJ 2.

37. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1991): «Arbitrariedad y discrecionalidad» en MARTÍN RETORTILLO, S. (1991): *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA*, Vol. II, p. 2298; IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1998), *op. cit.*, p. 97.

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

correspondiente motivación, sino si se encuentra o no debidamente respaldado por razones suficientes y atendibles³⁸.

Los tribunales han encontrado en dicho principio un test para la verificación de la adecuación a Derecho de la actividad administrativa, siendo la motivación, de todos los posibles criterios empleados para determinar la arbitrariedad de la decisión, el más elegido. Aunque desde un primer momento las decisiones motivadas tienen una apariencia de fundamentación objetiva, el papel que desempeña la motivación es fundamental porque sirve de modo concreto para conocer los argumentos que utiliza la Administración y es determinante, aunque no con carácter exclusivo, para prevenir la arbitrariedad de las decisiones administrativas.

C. La motivación como aval de una actuación administrativa racional

El principio de interdicción de la arbitrariedad consagra un valor jurídico que se percibe como evidente en las sociedades modernas, el de racionalidad del actuar administrativo³⁹. El fundamento del deber de actuar racional entendido como principio político básico, se encuentra recogido, tras la aprobación de nuestra Constitución, de forma explícita en el párrafo tercero del artículo 9 al garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, aunque para algunos autores se ha encontrado en la idea de servicio al interés general⁴⁰.

La actuación administrativa realizada en el ámbito de decisiones valorativas viene presidida por un deber positivo de comportamiento de modo objetivo en el que se pondera y valora las diferentes opciones escogiendo por parte de la Administración la más razonable y así adoptar la solución racional mejor posible⁴¹.

Para el logro de comportamientos racionales y decisiones razonables es importante tener en cuenta dos momentos, por un lado, el momento de ponderación de los datos y por otro el momento de la adopción de la decisión final, en los que debe existir una con-

38. DESDENTADO DAROCA, E. (2009), *op. cit.*, p. 87.

39. AARNIO, A. (1991), *op. cit.*, p. 251.

40. PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 215.

41. AARNIO, A. (1991), *op. cit.*, pp. 207 y ss.

ción lógica entre ambas operaciones, de tal manera que la decisión final sea consecuente con el material y las razones acreditadas en el expediente y siendo significativas en ambos la presencia de la motivación.

La ponderación efectuada en el procedimiento debe dar lugar a la existencia de una justificación racional en el expediente coherente con la realidad de los hechos por lo que en el desarrollo del comportamiento racional el procedimiento administrativo desempeña un papel significativo pues como apunta Ponce Sole «el procedimiento si es correctamente diseñado y seguido ayuda a obtener decisiones más acertadas, más adecuadas al interés general, al forzar a la Administración al estudioso cuidado y atento de las alternativas existentes»⁴².

La configuración correcta del procedimiento impone una previa reflexión sobre la decisión que se pretende adoptar, con la práctica de pruebas y audiencia del interesado, en la que, en toda esta amalgama de tareas, la motivación recoge todas las reflexiones planteadas siendo partícipe en garantizar una actuación administrativa racional.

La decisión final adoptada debe guardar una racional conexión con el fundamento existente en el expediente y la motivación es prueba de ello. El deber de racionalidad implica, por tanto, no solo la existencia de un razonamiento lógico, sino la consistencia lógica entre éste y la decisión, conectando la racionalidad con la congruencia: «la resolución debe ser congruente con las actuaciones realizadas en la fase de instrucción del procedimiento». De ahí la importancia del cumplimiento adecuado de una motivación, no solo basta que se dé sino que ha de ser congruente con los datos que obren en el expediente.

Lo racional es una exigencia del ordenamiento jurídico derivado de tal principio y se garantizará con el cumplimiento de una motivación adecuada y conforme a Derecho. La racionalización que la exigencia de resolución expresa entraña se acrecienta en los supuestos en que la resolución deba ser motivada, reduciéndose en tales casos la dosis de irracionalidad.

42. PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 235.

Por todo ello, la motivación avala el cumplimiento del mandato de la racionalidad actuando como instrumento para el logro de esta como valor jurídico.

1.2.3. El Principio de Proporcionalidad

A. *Aproximación del principio de proporcionalidad como límite a la restricción de derechos por los poderes públicos y como mandato de optimización*

La Constitución proclama ciertos valores, como la justicia, que vinculan a la actuación administrativa en términos generales. Dicha actuación aparece íntimamente relacionada con la noción de proporcionalidad que entra en juego como herramienta que posibilita un servicio objetivo efectuando una tarea de ponderación de situaciones de medios, fines que hace posible el logro de decisiones objetivas y justas al servicio del interés general.

En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, como en el resto de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países europeos, es común afirmar que el principio de proporcionalidad debe su existencia y reconocimiento a la jurisprudencia y a la doctrina más que al derecho positivo.

Por ello, es de reseñar por un lado, el notorio esfuerzo de formalización del propio principio procedente de altas instancias como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ejerciendo gran influencia en la jurisprudencia interna, en especial en la constitucional⁴³, y por otro lado, la relevante labor doctrinal que desde un primer momento, mediante sólidas justificaciones alumbran la construcción técnica del principio de proporcionalidad, resultantes de valiosos y decisivos estudios⁴⁴.

43. La jurisprudencia constitucional asume la aplicación del principio de proporcionalidad por influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y posteriormente también por influencia de la propia doctrina científica alemana y española. Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (1988): *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, *op. cit.*, pp. 51-73.

44. LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I. (1988); BARNES, J. (1994): «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *RAP*, núm. 135 y (1998):

Pero sin duda lo que ha dotado de verdadero sentido a tal construcción ha sido la incorporación de manera progresiva de todo lo generado por la dogmática alemana a través del triple test de la proporcionalidad que engloba a su vez otros requisitos tales como el de idoneidad, el de adecuación y el de proporcionalidad en sentido estricto y que adquieren especial protagonismo al trasladar el principio a sus posibles ámbitos de aplicación⁴⁵.

Tradicionalmente el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad ha sido la esfera de intereses del individuo frente la intervención pública, observándose una tendencia expansiva en la cual se entiende que el principio no solo opera como criterio de ponderación de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares, sino también adquiere una dimensión propia en el Derecho comunitario como criterio de articulación de las relaciones interordinamentales con los derechos de los estados miembros y en el Derecho interno como criterio orientador en la aplicación y control del ejercicio de distintas potestades, especialmente las discrecionales.

Ha sido en el contexto de la limitación de derechos por los poderes públicos donde se ha llevado a cabo la articulación técnica del principio de proporcionalidad para su correcta aplicación exigiéndose la superación del triple juicio, anteriormente mencionado, que opera como «un importante instrumento de valoración del canon de legalidad o constitucionalidad en su caso, de las intervenciones de los poderes públicos determinantes de limitaciones de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico»⁴⁶.

Junto a este ámbito clásico de aplicación, destaca una segunda funcionalidad del principio de proporcionalidad que desempeña

«El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, INAP; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1994): Voz «Principio de Proporcionalidad», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Vol. III, pp. 5.083-5085; CARLON RUIZ, M. (2010): «El Principio de proporcionalidad» en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (Coord) (2010); SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. (2004): *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch; BERNAL PULIDO, C. (2005).

45. BARNES, J. (1994), *op. cit.*, pp. 497-515; CARLON RUIZ, M. (2010), *op. cit.*, pp. 206-208.

46. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (2014): «El Principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas» en GAMERO CASADO, E. (Dir.) (2014): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*, Tirant lo Blanch, p. 121.

sutil y hábilmente López González de la doctrina alemana, el de ser un «instrumento de optimización de medidas» para la aplicación de otros principios como el principio de igualdad y los que protagonizan las razones imperiosas de interés general. El autor nos hace partícipe de este otro ámbito operativo del principio de proporcionalidad del que desvela «las exigencias positivas del principio para cooperar en la aplicación de otros principios que en cuanto mandatos de optimización exigen la adopción de medidas adecuadas necesarias y equilibradas para dar cumplimiento gradual y según las circunstancias concretas de cada caso, a los fines que como tales principios satisfacen en el ordenamiento jurídico», y del que puntualiza que el principio de proporcionalidad «coopera con el mandato de optimización de estos fines, en la depuración de medidas que no respondan al triple juicio de idoneidad, necesidad y menor perjuicio para satisfacer la finalidad pretendida que derivan de la propia naturaleza relacional, proteica o relativa y de carácter negativo que se predica de aquél»⁴⁷.

Por otra parte, la falta de positivización en Derecho español parece anunciar, en términos generales, una escasa operatividad del principio de proporcionalidad, ante lo cual la doctrina y la jurisprudencia no han dejado de indagar acerca del fundamento constitucional del principio, identificándolo como un principio latente, a pesar que el texto constitucional no hace referencia al mismo de forma expresa.

En el plano infraconstitucional, en cambio, teniendo como referencia al ordenamiento jurídico administrativo sí ha habido muestras de formulación que aunque en un principio se reconducía a ámbitos concretos de la actuación administrativa, como el local⁴⁸, hoy con la reciente aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como «Ley Omnibus», aprobada dentro del proceso de transpo-

47. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (2014), *op. cit.*, p. 127. El autor en el estudio particular conecta el principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas y refleja como el artículo 39 bis trata el principio de proporcionalidad como criterio legal de regulación mínima necesaria para optimizar la «buena regulación».

48. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (1988), *op. cit.*, pp. 20-22.

sición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se puede contemplar una formulación más general y completa del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. El artículo 4.1 de la LRJSP, con una redacción prácticamente idéntica al artículo 39 bis apartado 1 de la recién derogada Ley 30/92, da entrada al principio en una formulación que afecta a la actividad de todas las Administraciones Públicas no solo en su vertiente de control de las intervenciones públicas en el ejercicio de derechos por adopción de medidas o exigencia de requisitos, sino también como mandato de optimización, pues como acertadamente apunta López González se trata de un precepto que «sintetiza perfectamente el principio de proporcionalidad aplicado a la limitación de derechos y libertades, tanto en su significación clásica como en la actual de optimización de la mejora de la regulación, mediante la simplificación de procedimientos y reducción de cargas administrativas»⁴⁹.

B. La motivación como exigencia que cumplimenta el principio de proporcionalidad: su reflejo en los actos administrativos sancionadores y en aquellos que limitan derechos fundamentales

Frente a las intervenciones de los poderes públicos que limiten derechos, libertades o intereses de los particulares, el principio de proporcionalidad se presenta como un instrumento de control jurídico que verifica la legalidad de la medida adoptada, operando a través de un proceso valorativo de ponderación justificada y razonable de los elementos de la norma habilitante –presupuesto de hecho, los medios y el fin–, para declarar finalmente si se adecua o no tal medida al ordenamiento jurídico. En la esencia de este principio relacional, como así lo denominara tiempo atrás Barnes Vázquez en un estudio particular, es donde se encuentra la valoración de una ecuación medio-fines en la que se compara dos magnitudes: «los medios a la luz del fin» quedando condicionada la actividad administrativa al determinar que, si existen diferentes alternativas para alcanzar los fines, se debe optar por la menos restrictiva de derechos⁵⁰.

49. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (2014), *op. cit.*, p. 137.

50. BARNEZ VAZQUEZ, J. (1998), *op. cit.*, p. 17.

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

La adopción de medidas desproporcionadas por parte de la Administración supone una quiebra de la regularidad y normalidad de producción normativa y aplicación del Derecho Administrativo no cumpliéndose de manera satisfactoria el principio de legalidad, de ahí la importancia de un control de proporcionalidad de la acción administrativa.

La superación del triple juicio de idoneidad, necesidad y equilibrio opera como un instrumento de valoración de la legalidad de dicha intervención o medida que lleva implícito el deber legal de su motivación expresa y garantiza un correcto cumplimiento y respeto al principio de proporcionalidad. La presencia de la motivación es evidente, de ello no cabe duda, sobre todo cuando se efectúa un control de la proporcionalidad *a posteriori* actuando el principio como parámetro de control de excesos de intervención correspondiendo a la Administración trasladar en la motivación «la adecuación de la medida para proteger el interés público, su necesidad como medida menos restrictiva y el equilibrio de la medida con la tutela de otros bienes jurídicos implicados en cada caso concreto»⁵¹.

La conexión de la motivación con el principio de proporcionalidad se deja entrever a través de enunciados legislativos como de concretos dictados jurisprudenciales. De una parte, el legislador, a raíz de la transposición de la Directiva 2006/123/CE, impone la exigencia necesaria de la motivación mencionándola de manera explícita y clara en un primer momento en el artículo 39 bis de la Ley 30/92 y recientemente, en el vigente artículo 4 de la LRJSP

«Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorio. Asimismo, deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos».

51. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (2014), *op. cit.*, p. 125.

El juicio de proporcionalidad, en relación con la adopción de medidas que limiten el ejercicio de derechos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, se hará efectivo ante presupuestos tales como la elección de la medida menos restrictiva, la motivación de su necesidad para proteger el interés general y la justificación de su adecuación para el logro de los fines que se persiguen. La justificación razonada de tales presupuestos legales anuncian la efectividad del principio de proporcionalidad facilitando el control jurisdiccional de la actividad administrativa ante el posible incumplimiento de dicho principio, de ahí la importancia sublime de la adecuada motivación como exigencia ineludible que garantiza y cumplimenta el principio de proporcionalidad.

Las decisiones jurisprudenciales exponen a la motivación como medio para enjuiciar la proporcionalidad de la restricción del derecho y hacen uso de ella como herramienta fundamental que cumplimenta dicho principio pues entienden que les auxilia en el contraste que deben efectuar tales órganos del triple juicio de valoración de la medida empleada, generando por ello una significativa revalorización de su figura. De todas ellas, una materia que debemos resaltar por la evidente conexión entre la exigencia de motivación y el principio de proporcionalidad es sin duda la materia sancionadora, en la que de entrada dicha conexión queda latente en un aspecto tan relevante como es la justificación de la sanción impuesta por el órgano competente que configura a su vez, entre otros, el contenido mismo de la motivación de las resoluciones sancionadoras. No es suficiente con motivar en la resolución sancionadora la culpabilidad del administrado responsable de la infracción, evidenciando la acreditación de los hechos constitutivos del ilícito y la participación de aquél en los mismos; se hace imprescindible también que la sanción se adecue a las exigencias del principio de proporcionalidad, lo cual puede lograrse como recuerda Garberí Llobregat mediante la oportuna motivación de los elementos o circunstancias atenuatorias o agravatorias tomadas en consideración para calcular el montante o duración de la sanción definitivamente impuesta⁵².

52. GARBERI LLOBREGAT, G. (2012): *Derecho Administrativo Sancionador Práctico*, Vol. I, Bosch

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

Los tribunales destacan que debe ser objeto específico de motivación, los criterios y razones determinantes de la sanción y su concreta extensión, especialmente si no se ha optado por el grado mínimo de la sanción, y aunque tal exigencia mantiene nexos con otros principios, bien es cierto que la jurisprudencia alude al principio de proporcionalidad como el argumento más reiterado. Así se desprende de una sentencia del Tribunal Supremo relativa a la sanción disciplinaria impuesta a un funcionario

«... la potestad sancionadora no tiene carácter discrecional y esto conlleva que, cuando para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más grave o elevada de la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada mediante la consignación de las específicas razones y circunstancias en que se funda la superior malicia o desidia que se tienen en cuenta para elegir ese mayor castigo. Así lo impone la interdicción de arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución y también el principio de proporcionalidad comprendido en las garantías del artículo 25 del mismo texto constitucional».⁵³

De forma especial en materia de extranjería, las declaraciones jurisprudenciales no dudan en reflejar la vinculación existente entre la exigencia de motivación y el principio de proporcionalidad⁵⁴, en concreto en aquellos supuestos en los cuales se impone una sanción más grave o elevada que la establecida con el carácter de mínima, como la de expulsión del en lugar de la multa, manifestando que

«podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción»⁵⁵.

«En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria».

53. STS 25 septiembre 2003 (RJ 2003, 7199) Rec. 527/1998 FJ 2.

54. STS 26 enero 2015 (RJ 2015, 299) Rec. 1526/2013 FJ 8.

55. STSJ (País Vasco) núm. 314/2014, 4 junio FJ 4.

taria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa»⁵⁶

En la misma línea de exposición se expresa el Tribunal Supremo en otro pronunciamiento claro y contundente que hace referencia a la sanción impuesta debido a la competencia desleal entre notarios

«La obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable»⁵⁷.

A todos estos supuestos se le suma una larga lista de materias que igualmente reflejan la aludida conexión entre motivación y principio de proporcionalidad como las sanciones impuestas en ámbitos relativos al transporte por carretera⁵⁸, aguas⁵⁹, los Colegios profesionales⁶⁰ y tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial⁶¹.

56. STS 25 octubre 2007 (RJ 2007, 6500) Rec. 2260/2004 FJ 5; STS 27 abril 2007 Rec. 981/2003 FJ 4; STSJ (Murcia) núm. 257/2009, 23 marzo FJ 2; STSJ (And) núm. 2590/2008, 24 octubre FJ 2; STSJ (Murcia) núm. 418/2006, 19 de mayo FJ 2.

57. STS 4 marzo 2005 (RJ 2005, 2683) Rec. 2917/1999 FJ 3.

58. STSJ (Cat) núm. 471/2004, 28 de mayo FJ 2

59. STSJ (Mad) núm. 685/2014, 22 de diciembre FJ 3

60. STSJ (Mad) núm. 908/1998, 14 octubre FJ 8

61. JCA (Murcia) núm. 328/2007, 18 mayo FJ 2; JCA (Murcia) núm. 226/2007, 21 marzo FJ 2; JCA (Murcia) núm. 131/2007, 12 marzo FJ 4; JCA (Murcia) núm. 172/2007, 16 febrero FJ 3 y 4.

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

Por otra parte, las alusiones jurisprudenciales a la conexión entre el principio y la exigencia que comentamos se acrecienta a su vez en aquellos supuestos de limitación de derechos fundamentales; así en el caso concreto del ejercicio de derecho de huelga con la delimitación de los servicios esenciales y su consecuente establecimiento de servicios mínimos, la motivación es considerada como «requisito imprescindible para poder analizar la proporcionalidad en la restricción del derecho fundamental de huelga que el acto de fijación de servicios mínimos supone»⁶².

«La limitación al derecho fundamental que comporta el aseguramiento de dichos servicios es lo que atribuye tal importancia a la motivación, que no tiene como objeto solamente que los trabajadores afectados conozcan el porqué de los mismos. Poseen, además una especial trascendencia a la hora del control judicial de la decisión que los establece porque solamente a través de su examen podrán los Tribunales contrastar su idoneidad y proporcionalidad en relación con el sacrificio que comportan para el derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución»⁶³»

En estos supuestos concretos de delimitación de servicios mínimos, la jurisprudencia es muy estricta en no admitir como suficiente, motivaciones que con «indicaciones genéricas» hagan referencia a tales servicios y de las cuales «no quepa inferir criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone»⁶⁴, obligando así a la Administración en aquellos actos que afecten a derechos fundamentales a hacer una motivación que pondere las concretas circunstancias concurrentes y razone en su resolución los motivos que justifican la resolución acordada.

Con todo lo anterior y a modo de recapitulación, podemos afirmar sin titubeos el papel tan significativo que demuestra la motivación cuando se efectúa un control *a posteriori* de la proporcionali-

62. STS 11 marzo 2009 (RJ 2009, 2660) Rec. 3784/2005 FJ 6; STS 21 enero 2008 (RJ 2008, 1658) Rec. 2685/2005 FJ 1.

63. STS 26 diciembre 2012 (RJ 2013, 1183) Rec. 27/2012 FJ 5.

64. STC 51/1986, 24 de abril (RTC 1986, 51) FJ 4 y 5; STC 53/1986, 5 de mayo (RTC 1986, 53) FJ 6.

dad, al actuar el principio como parámetro de control de excesos de intervención administrativa ante la adopción de medidas restrictivas de derechos y libertades. No obstante, debemos ser coherente con lo expuesto en líneas anteriores, y manifestar también la presencia de la motivación cuando actúa como mandato de optimización, produciéndose en estos casos un control *a priori* de la proporcionalidad.

En virtud de ello y entendida la proporcionalidad, por tanto, como un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya acordada y que la propia estructura del principio consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada que ha sido aceptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control, nos lleva a plantear la posibilidad que el control de proporcionalidad pueda ser ejecutado *ex ante* con una finalidad prospectiva por el sujeto llamado a adoptar la medida. En este caso, el mismo sujeto que adopta la decisión aplica el principio de proporcionalidad con el fin de anticipar cuál habría de ser el resultado de dicho juicio de control y, en particular, si la medida se encuentra o no en condiciones de satisfacerlo. En definitiva, no es extraño y quizás debería serlo aún menos, que quien adopta la medida anticipe preventivamente el (auto)control de proporcionalidad. Sobre este aspecto se pronuncia Arroyo Jiménez al considerar que

«probablemente sea éste el supuesto del que parten quienes afirman que el juicio de ponderación consiste en una sucesión de estadios entre los que se encuentra el principio de proporcionalidad. Y de la misma manera, el sujeto titular de la función de control, a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad sobre una medida adoptada por otro sujeto, ha de ponerse también en la posición de éste último para verificar, entre otras cosas, que la medida no es manifiestamente innecesaria ni genera un sacrificio manifiestamente excesivo o desproporcionado en sentido estricto. Al igual que en el caso anterior, es posible que aludan a esto quienes sostienen que la ponderación es una parte del test de proporcionalidad»⁶⁵.

65. ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009): «Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, pp.15-16.

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

Finalmente, el mismo autor puntualiza, además que, por más saludable que resulte la proyección *ex ante* del juicio de proporcionalidad, y por más necesario que resulte para quien controla las decisiones ajenas ponerse en el lugar de quien las adopta, no conviene perder de vista que «el juicio de ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control», siendo ambas instituciones heterogéneas⁶⁶. Por todo ello, la motivación debe entenderse tanto un instrumento que refleja el resultado del juicio de ponderación como un instrumento de control que actúa como exigencia que cumplimenta el principio de proporcionalidad de la decisión administrativa adoptada.

C. La coincidencia semi-plena de los elementos de la proporcionalidad con los sumandos de la motivación

El nexo que mantiene la motivación con el principio de proporcionalidad no es nada frágil como lo demuestra una curiosa coincidencia que se produce casi en su totalidad y no debemos dejar pasar desapercibida relativa a los tres elementos esenciales recogidos en la norma jurídica habilitante –presupuesto de hecho, medios y fin– materializados en el contenido mismo de las potestades administrativas y sobre los cuales el principio de proporcionalidad de la actividad administrativa procede a un proceso valorativo, con dos de los sumandos que conforman la motivación, el presupuesto y el fin, y que serán objeto de atención de nuestro estudio en el siguiente capítulo.

La situación de hecho, como elemento de la proporcionalidad, pone de manifiesto los bienes, derechos e intereses que concurren y que serán objeto de tratamiento por la Administración al valorar de forma conjunta las múltiples circunstancias que pueden darse y las exigencias del interés o intereses públicos. Siendo un elemen-

66. ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009), *op. cit.*, p. 16. El juicio de ponderación y el juicio de proporcionalidad están estrechamente relacionadas entre sí en los términos siguientes: por un lado, la comprobación de la corrección de una relación de precedencia condicionada comprende la aplicación del principio de proporcionalidad a la regla que expresa el resultado de la ponderación: por otro lado, el control de proporcionalidad de una medida que afecte negativamente a un principio implica el control de la corrección de una ponderación previa, ya realizada, entre ese principio y aquél al que sirve la medida.

to esencial para la legalidad de la actuación administrativa, autores como López González, en la presentación que elegantemente hace del presupuesto de hecho, no duda en estimar «la conveniencia de generalizar el deber de la Administración de motivar siempre sus actuaciones jurídicas como exigencia de legalidad en el comportamiento de los Poderes Públicos que posibilitaría una mejor aplicación de las potestades administrativas y desde luego un control más completo y sustantivo de la actividad de la Administración»⁶⁷.

Por otro lado y desde la óptica del principio de proporcionalidad, el fin de la actuación administrativa interesará no por el hecho de si la Administración persiga o no el concreto fin previsto en la norma sino por «el proceso de valoración que la Administración haga del interés público que concurre en la situación concreta»⁶⁸ y que en ocasiones se caracterizará por el hecho de estar presentes distintos intereses públicos, exigiendo de la Administración un proceso de ponderación y valoración de tales intereses para discernir el bien jurídico, interés o derecho que prevalece en cada situación⁶⁹.

La inclusión en la motivación de ambos elementos de la proporcionalidad, el presupuesto fáctico como el fin, consolida su papel en el proceso del control de la legalidad de la actuación administrativa, pues se comprueba que la medida adoptada lo ha sido, superando el juicio valorativo al que están sometidos las decisiones administrativas en aplicación del principio de proporcionalidad.

En definitiva, el principio general de proporcionalidad postula y hace exigible la motivación generalizada de cuantas actuaciones administrativas se desarrollen. La importancia de una adecuada y correcta motivación conforme a derecho crece al ser conscientes que con ello se cumplimenta la proporcionalidad garantizando tanto la seguridad jurídica y la legalidad de la actuación administrativa.

67. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (1988), *op. cit.*, p. 120.

68. LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (1988), *op. cit.*, p. 122.

69. Sobre la relación entre el método de ponderación y la proporcionalidad *vid.* entre otros, ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009); ORTEGA ÁLVAREZ, L. y DE LA SIERRA MORON, S. (Dirs.): *Ponderación y Derecho administrativo*, en prensa.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (2000): *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (1998), *op. cit.*, pp. 135 y ss.; BARNES, J. (1998).

1.3. PRINCIPIOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS

Los principios jurídicos, como ya apuntara tiempo atrás De Castro, constituyen la «parte permanente del Derecho y también la cambiante y mutable que determina la evolución jurídica»⁷⁰. Gran parte de los principios generales del ordenamiento jurídico surgen de las inquietudes sociales, de las nuevas necesidades y de la convicción social que el pueblo va adquiriendo; son principios que emergen de la mutación que se produce en la conciencia social⁷¹. De algunos de ellos comprobaremos a continuación como retienen de una manera u otra la presencia de la motivación manteniendo importantes conexiones.

1.3.1. El Principio de Buena Administración y el procedimiento administrativo «adecuado»

A. Alcance y reflejo en el ordenamiento jurídico español del Principio de buena Administración: la motivación como contenido del derecho a la buena administración

La buena administración es una noción gestada en el Derecho comunitario europeo que se ha ido plasmando en los Tratados y en el Derecho Comunitario derivado de manera muy reciente. El reflejo de la existencia positiva del derecho a la buena administración parte de la Recomendación R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia.

Principalmente, ha sido la jurisprudencia comunitaria la que ha ido modelando la buena administración como un principio general del Derecho Comunitario presentándose como límite y parámetro de legalidad de la acción comunitaria. La misma jurisprudencia ha

70. DE CASTRO, F. (1994), *op. cit.*, p. 420.

71. Díez PICAZO mantiene que lo que dota de valor a los principios generales del Derecho es la convicción social, que es quién los crea y quien en definitiva los mantiene. En la misma línea SANTAMARÍA PASTOR afirma que son «aquellas reglas que la *communis opinio* de los actores de un sistema jurídico, en cada momento histórico, considera efectivamente que son Principios Generales del Derecho».

extraído principios y garantías que dejaban entrever la legalidad comunitaria, tanto en el plano formal como en el sustantivo⁷².

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene en su artículo 41 la primera delimitación positiva del derecho de buena administración elevándolo al rango de derecho fundamental de los ciudadanos europeos, como ya tuvimos ocasión de comentar en el capítulo anterior. Remitiéndonos a él de forma breve recordamos que el precepto se formula como un derecho complejo, integrado por otros derechos que fueron concebidos en origen no como derechos, sino como reglas de buenas prácticas administrativas, como normas procesales de obligada observancia por la Administración europea. Es la primera vez que en el acervo comunitario se recogen en un texto único el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todos aquellos que vivan en el territorio comunitario⁷³.

Desde época muy temprana, en determinadas disposiciones normativas se deja constancia en sus respectivas exposiciones de motivos referencias explícitas del término «buena administración» como el Decreto de 14 de septiembre de 1872 cuando señala que «la buena administración antes se favorece que se perjudica con facilitar la publicidad en el expediente, la intervención de los interesados y el señalamiento de ciertas reglas generales que sea garantía de imparcialidad», y la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –LJCA– que manifiesta que la necesidad de una jurisdicción contencioso-administrativa eficaz trasciende la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo, «porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan solo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración».

72. STJCE 31 marzo 1992, asunto C-255/90, caso J. L. BURBAN/Parlamento Europeo, Rec.1992, p. I-2253. STPI 18 septiembre 1995, asunto T-167/94, caso Nölle (Consejo y Comisión, Rec. 1995, p. II -2589 y STPI 9 de julio 1999, asunto T-231/97, caso New Europe Consulting y otros, Rec.1999, p. II-2406.

Vid. LINDE PANIAGUA, E. (2012): «Naturaleza y caracteres de la Unión Europea» en LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. (2012): *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6.º ed., Colex Editorial, p. 163.

73. CARRILLO SALCEDO, J. A. (2004), *op. cit.*, pp. 1719-1721.

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

Ciñéndonos a la normativa vigente y a pesar que nuestra Constitución no reconoce de manera expresa en su Título I el derecho a una buena administración, ello no ha impedido que se demuestre interés por su estudio, generándose alguna que otra aportación doctrinal que permite vislumbrar su reflejo, si no de forma expresa, sí implícita en dicho texto. Por un lado, Ponce Sole en un análisis exhaustivo y pormenorizado del deber de buena administración, en alusión a su fundamento constitucional, considera que a pesar de la falta de previsión constitucional expresa, nuestro texto constitucional sí consagra implícitamente un «deber jurídico de buena administración», entendido como un deber de diligencia que se correspondería con un derecho «al procedimiento administrativo debido»⁷⁴, y por otro lado, Ávila Rodríguez, encuentra del análisis del Título IV, relativo al Gobierno y la Administración, pronunciamientos semejantes al haz de facultades que reconoce el artículo 41 de la Carta como integrantes del derecho a una buena Administración⁷⁵.

Las modificaciones recientes de algunos Estatutos de Autonomía como el catalán, balear, castellano-leonés y andaluz, han reconocido a la buena administración como un derecho de la ciudadanía, un derecho-garantía, con la salvedad que la regulación estatutaria de cada Comunidad autónoma lo concibe con un contenido diferente⁷⁶. Tales previsiones invitan a suscribir las palabras apuntadas por Ávila Rodríguez al señalar que «una vez más observamos que las Comunidades Autónomas...contribuyen a la evolución del ordenamiento jurídico y comienzan a diseñar, un derecho que debería terminar con un necesario reflejo expreso en el texto constitucional»⁷⁷, como señala Ávila Rodríguez y las cuales suscribimos.

74. PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, pp. 160-161. A esta conclusión llega el autor después de un análisis de la buena administración desde una triple perspectiva, doctrinal, legal y jurisprudencial. De forma detallada y pormenorizada realiza también el tratamiento europeo de la buena administración, pp. 139 y ss.

75. ÁVILA RODRÍGUEZ, M. (2013), *op. cit.*, pp. 172 y ss.

76. *Vid.* CARRILLO DONAIRE, J. A. (2012): «Comentario al artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Andalucía: Buena administración» en CRUZ VILLALÓN, MEDINA GUERRERO, M. (2012): *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, pp. 500 y ss; PONCE I SOLE, J. (2012): «El derecho a una buena administración: Derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión» en TORNOS MAS, J. (2012), *op. cit.*, pp. 242-244.

77. ÁVILA RODRÍGUEZ, M. (2013), *op. cit.*, p. 181.

Por otro lado, junto a la inquietud del legislador en la conformación del principio que nos atañe, es conveniente reseñar las aportaciones doctrinales. Las primeras referencias interesadas en delimitar el concepto de buena administración son escasas y algo difusas como se desprenden de las declaraciones de autores como Posada Herrera que de forma explícita se refiere a la Administración señalando que no solo debía actuar conforme al ordenamiento, sino además actuar bien, conforme a «reglas de buena Administración»⁷⁸ y García Trevijano Fos, que considera que las normas de buena administración «deben dirigir toda la Administración Pública»⁷⁹. En cambio, otros como Bassols lo presentan como un verdadero principio, cuando manifiesta que los principios de objetividad y eficacia del artículo 103 CE «suponen también de forma implícita la consagración de la buena administración como marco institucional de su actuación»⁸⁰.

Recientemente y de forma paulatina el interés hacia la delimitación de la buena administración va creciendo y cada vez son más numerosas las contribuciones doctrinales al respecto que muestran, a su vez, una lógica preocupación por la calidad de la actuación administrativa⁸¹.

78. POSADA HERRERA, J. (1978): *Lecciones de Administración* Tomo I, INAP, p. 52.
79. GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A. (1961): «Administración Pública española y norteamericana» en AAVV *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas, TIII, Vol I*, IEP, Madrid.
80. BASSOLS COMA, M. (2000): *La Administración de las Comunidades Autónomas*, INAP y (1982): «El principio de buena administración y la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas» en AAVV: *El Tribunal de Cuentas en España*, vol. I, pp. 261 y ss.
81. ÁVILA RODRÍGUEZ, M. (2013): *La tutela Parlamentaria de la Buena Administración. Perspectiva estatal y autonómica de los comisionados parlamentarios*, Aranzadi, p. 172; ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, J. F. (coords) (2011): *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch; RODRÍGUEZ ARANA, J. (2011): «El derecho fundamental a la buena administración y la centralidad de ciudadano en el Derecho Administrativo», en *El nuevo Derecho Administrativo. Libro Amicorum Enrique Rivero Ysern* (Coords.) SÁNCHEZ BLANCO, A. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L.; CARRILLO DONAIRE, J. A. (2010): «Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?» en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2010), *op. cit.*, p.1163; GUTIERREZ RODRÍGUEZ, J. F. (2009): *El derecho de la ciudadanía a una buena administración*, Málaga, pp. 125-197; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. (2015): «La Carta europea, el derecho a una buena administración y el procedimiento administrativo» en REBOLLO PUIG, M., LÓPEZ BENÍTEZ, M. y CARBONELL PORRAS, E. (2015); LORENZO DE MEMBIELA, J. B. (2007): «La buena administración en la Administración General del Estado», *Actualidad Administrativa*, núm.4, pp. 405-414; GALÁN VIOQUE, R. (2005): «El derecho a una buena administración», *Revista de la Facultad de Derecho, Crónica sevillana*, núm. 1; PONCE SOLE, J. (2001): *El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo*. Universitat de Barcelona.

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

Nuestro ordenamiento y especialmente el Derecho autonómico acogen el principio de buena administración, otorgándole nuevas dimensiones que en su mayoría incluyen derechos subjetivos pre-existentes. Carrillo Donaire reflexiona sobre ello con una relectura de tales derechos que engloba el «derecho a una buena administración», presentándola con «una visión de conjunto de tales derechos que afloran frente al mal hacer, al no hacer o al hacer tardío de la Administración reuniendo bajo el paraguas de la buena administración ciertas exigencias estandarizadas de calidad en la prestación de los servicios públicos y derechos incardinados en la gestión procedimental, como la motivación de las decisiones. Así la buena administración emergería como un derecho instrumental que se concibe en función de otros derechos subjetivos ubicados en el procedimiento administrativo, un derecho instrumental cuya mayor operatividad es, aparte del valor unificador y potenciador de otros derechos, coadyuvar a la defensa de los mismos mediante garantías específicas de naturaleza extrajudicial»⁸².

El mismo autor nos despierta interés hacia el principio de buena administración desvelando que puede jugar un papel más significativo que el que desempeñan los límites negativos a la discrecionalidad o el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, estimándolo como el pilar donde ha de cimentarse el «control de calidad» de la decisión discrecional, pues no se limita única y exclusivamente a consagrar el deber de la Administración de no ser irracional y arbitraria en sus decisiones, ni siquiera el de limitarse a cumplir con la legalidad, sino el deber jurídico de hacer un adecuado ejercicio de su función, que se acerca más a la idea de «acertar» que a la de «no fallar»⁸³.

Por otra parte, también es de destacar la aportación de otros autores que aunque no dudan en considerarlo como factor decisivo de evolución, progreso y sistematización en el Derecho Administrativo comunitario, especialmente en la toma de decisiones y de procedimiento, y como el germen de un verdadero principio, sí en cambio vacilan en otorgarle la categoría de principio general del derecho comunitario con un contenido preciso, pues su uso frecuente

82. CARRILLO DONAIRE, J. A. (2010), *op. cit.*, p. 1163.

83. CARRILLO DONAIRE, J. A. (2010), *op. cit.*, p. 1160.

se produce en el contexto de la específica forma de razonamiento de los órganos judiciales comunitarios en términos muy amplios e indeterminados y en relación con otros principios de carácter procedimental⁸⁴.

En lo referente a la jurisprudencia tempranos pronunciamientos son los que conectan la buena administración con el procedimiento administrativo y con el ejercicio de la discrecionalidad⁸⁵.

En definitiva, se considere principio, derecho o deber es interesante desde la perspectiva de la toma de decisiones administrativas la importancia del papel que desempeña el principio de buena administración como deber de medios y como parámetro de calidad de las decisiones administrativas, tal como apunta Ponce Sole en un excelente trabajo en el que propugna una reforma del procedimiento administrativo en el que el deber de buena administración se configure, por un lado, como vector principal de la obligación legal de seguimiento de un procedimiento administrativo debido y de otro, promovido por instituciones europeas, como parámetro de control interno o procedimental de la discrecionalidad⁸⁶ y de indicio de calidad de la gestión administrativa⁸⁷.

En virtud de todo lo expuesto, la primera cláusula que recoge el artículo 41 es el principio de diligencia en el tratamiento de los asuntos al disponer que «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», y que junto a la necesidad de motivar las decisiones administrativas, han sido tomadas por el TJCE para controlar las decisiones adoptadas por la Administración europea, en especial las decisiones adoptadas en el ejercicio de potestades discrecionales. De ello se deduce que la exigencia de la motivación es clave para controlar la decisión administrativa pues permite conocer si la Administración cumplió con su

84. PAREJO ALFONSO, L. (2000): «Los principios generales del Derecho Comunitario» en PAREJO ALFONSO, L., DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T; MORENO MOLINA, A. M. y ESTELLA DE NORIEGA, A. (2000), *op. cit.*, p. 85.

85. STS 28 septiembre 1998 (RJ 1998, 6951) Rec. 6924/1992 FJ 10; STS 15 marzo 1997 (RJ 1997, 1677) FJ 4; STS 21 febrero 1979 (RJ 1979, 1820) Cdo.1.

86. Recomendación del Comité de Ministros de la Unión Europea 11 marzo 1980 y Libro Blanco adoptado por la Comisión Europea, 1 marzo 2000.

87. PONCE SOLE, J. (2001), *op. cit.*, p. 127.

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

deber de diligencia en la adopción de acuerdos, constituyendo a su vez un elemento esencial para la defensa de los afectados por decisiones administrativas adversas a sus intereses⁸⁸.

En relación a las garantías procedimentales, no solo se ha extendido la protección del *status* defensivo de los ciudadanos a cualquier procedimiento que pueda perjudicarle o del que pueden derivarse decisiones o actos favorables para el interesado con la garantía central del derecho de audiencia, sino creemos también con la propia motivación como otro de los aspectos formales que garantizan la ecuanimidad y razonabilidad de las decisiones administrativas, aparte de constituir un elemento esencial de su control jurídico.

Por todo ello, la motivación de la actuación administrativa se entiende como una manifestación concreta del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que relanza la «bondad material» de la actividad administrativa⁸⁹, aspecto sobre el cual se ha pronunciado el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones con una variada casuística relativa tanto a la contaminación atmosférica como al mercado de valores, concesiones mineras y energía de gases, coincidentes todas ellas en considerar al unísono la motivación como contenido del derecho a la buena administración en los términos siguientes

«...tal obligación de la Administración se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, que ha logrado refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2010, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones»⁹⁰.

88. NIETO GARRIDO, E. (2010): «Administración Europea y derechos fundamentales: los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y a la protección de datos de carácter personal» en NIETO GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I. (2010), *op. cit.*, p. 62.

89. SOUVIRON MORENILLA, J. M. (2011): «Sentido y alcance del derecho a una buena administración», en ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, J. F. (coords) (2011).

90. STS 8 noviembre 2011 (RJ 2012, 1992) Rec. 211/2010 FJ 3; STS 3 mayo 2011 (RJ 2011, 5761) Rec.145/2010 FJ 2; STS 15 octubre 2010 (RJ 2010, 7361) Rec. 645/2008

B. El despuntar de un nuevo principio de simplificación procedimental: la motivación como técnica de simplificación administrativa

La buena administración centra sus esfuerzos en técnicas orientadas a la racionalización del procedimiento para lograr una gestión administrativa más eficiente ejerciendo como estrategia complementaria de una serie de actuaciones necesarias para adecuar la Administración a los nuevos retos a los que se enfrenta. La simplificación administrativa aglutina toda esa serie de actuaciones que no constituye un fin en sí misma, sino que, como cualquier actividad administrativa, es un medio que debe ponerse al servicio de los intereses generales, los cuales deben concretarse para cada tipo de intervención en la actividad de los particulares, no siendo correcto generalizarlos a todos los ámbitos⁹¹. En un sentido amplio, la simplificación no solo se proyecta en la modernización o reforma administrativa con medidas de carácter organizativo y tecnológico para mejorar la eficacia de la actuación administrativa sino también en el procedimiento en sí para hacerlo menos complejo y eficiente⁹².

Esta última modalidad de simplificación administrativa, la simplificación de los procedimientos, no se predica de ser un tema novedoso en nuestra disciplina⁹³, pues el interés hacia ella se ha manifestado desde tempranas declaraciones, acrecentado en los últimos años por valiosas aportaciones y de manera especial a raíz de la transposición de la Directiva de Servicios⁹⁴.

FJ 6; STS 19 noviembre 2008 (RJ 2009, 61) Rec. 318/2005 FJ 4; STS 23 mayo 2005 (RJ 2005, 4382) Rec. 2414/2002 FJ 6; STS 30 noviembre 2004 (RJ 2005, 1326) Rec. 3456/2002 FJ 3.

91. ALDOMÁ BUIXADÉ, J. (2012): «Medidas de simplificación administrativas» en TORNOS MAS, J. (2012), *op. cit.*, pp. 335-340.

92. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1998): «De la simplificación de la Administración Pública», *RAP*, núm. 147, p. 8. Distingue entre simplificación normativa, dirigida a reducir la complejidad del sistema normativo; simplificación orgánica, que conduce a mejorar las estructuras u organizaciones públicas; y simplificación procedimental, mediante la que se pretende intervenir sobre los procedimientos administrativos para hacerlos menos competitivos y más eficientes.

93. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. (1998) y TORNOS MAS, J. (2000): «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», *RAP*, núm.151, p. 42.

94. GAMERO CASADO, E. (Dir.) (2014); GAMERO CASADO, E. (2013): «Simplificación del procedimiento administrativo: una respuesta idónea desde el Derecho Administrativo ante la crisis»; comunicación presentada en el VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Alicante los días 8 y 9 de febrero; GAMERO CASADO, E. (2012): «El impacto de la Directiva de servicios en

Recientemente, una de ellas es el estudio pormenorizado que Gamero Casado realiza de la simplificación de procedimientos circunscrita a elementos puramente formales o de gestión y tramitación procedimental, diferenciando la reducción de cargas administrativas de la agilización y racionalización del procedimiento. A partir del nítido trazado que realiza tanto de las técnicas de simplificación de procedimiento como de las metodologías que contribuyen a su aplicación, nos invita a reflexionar que estamos en presencia del despuntar de un nuevo principio jurídico de simplificación del procedimiento administrativo, propio y específico del ordenamiento jurídico-administrativo, formulándolo como aquel que «promueve su configuración y tramitación de la manera más eficiente posible para armonizar todas las funciones que le corresponden»⁹⁵.

El diseño expuesto del régimen jurídico de este «principio genuinamente jurídico-administrativo» con sólidos argumentos no le acobarda al autor para resaltar que «la categorización jurídica de la simplificación del procedimiento administrativo constituye a día de hoy una verdadera exigencia, una imperiosa necesidad que reclama no solo la coherencia institucional del Derecho administrativo en cuanto que rama científica, sino que además representa una verdadera exigencia social; una aspiración colectiva que se traduce en una reivindicación hacia los poderes públicos en general, y hacia la Administración en particular, para que responda a las aspiraciones

la ventanilla única y en la administración electrónica» en AGUADO CUDOLA, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (Coords): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas*, Atelier; RIVERO ORTEGA, R. (2011): «Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios», *Revista catalana de Dret Public*, núm. 42; MELLADO RUIZ, L. (2011): «Directiva de Servicios y simplificación administrativa: un paso adelante en la racionalización de la organización y actuación administrativas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317; CANALS I AMETLER, D. (2010): «Simplificación administrativa y Directiva de Servicios: objetivos, medios e incidencias» en MOREU CARBONELL, E. (Dir.): «Impacto de la Directiva Bolkstein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo», IX Monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*; VILLAREJO GALLENDE, H. (2008): «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica y el desafío que plantea su transposición», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14.

95. GAMERO CASADO, E. (2014): «Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado», Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Santiago de Compostela los días 7 y 8 de febrero, *op. cit.*, p. 46.

sociales contemporáneas: mantener un sistema de Administraciones públicas más eficiente, que satisfaga plenamente las razones que justifican su propia existencia (la plena realización del interés general), del modo menos invasivo posible, ampliando correlativamente, y tanto como quepa, el espacio de la libertad ciudadana»⁹⁶.

Gamero Casado concluye en sus razonamientos que «la simplificación de procedimientos no puede suponer una supresión anárquica y acrítica de los trámites, las cargas y los contenidos de los procedimientos administrativos» debido a que el procedimiento administrativo desempeña diversas funciones que deben integrarse para lograr sus fines y por ello propone que el juego combinado de todos estos elementos «muestra un desplazamiento del procedimiento administrativo debido con el que se enfatiza primordialmente la calidad de la decisión, hacia otra posición en la que ese parámetro sigue vigente pero se modula mediante el principio de simplificación del procedimiento y conduce a una nueva dimensión, en la que ambos paradigmas deben conciliarse armónicamente, dando lugar al procedimiento administrativo adecuado: el que equilibra las exigencias formales de la tramitación respecto a las finalidades sustantivas implicadas en el procedimiento, cumpliendo de la mejor manera posible el global de sus funciones» no pretendiendo como apunta este especialista «desmantelar la buena administración y guardarla en un cajón, sino hacerla avanzar hacia un punto posterior en la evolución del pensamiento jurídico-administrativo en el que se toman asimismo en consideración otros ingredientes que influyen de manera decisiva en la conformación del procedimiento y en el papel constitucional que corresponde a la Administración, convirtiendo desde luego la buena administración en la mejor administración»⁹⁷.

En este nuevo contexto de simplificación procedimental no debemos ser prisioneros de una exigua interpretación que asimile la simplificación de trámites contenidos en cada procedimiento con la eliminación de trámites esenciales como pueda ser la motivación. La presencia de la motivación es incuestionable como garantía de legalidad de la actuación administrativa aportando transparencia y

96. GAMERO CASADO, E. (2014), *op. cit.*, p. 11.

97. GAMERO CASADO, E. (2014), *op. cit.*, p. 57.

racionalidad llegando a convertirse en un instrumento necesario en el logro de una eficiente actuación administrativa equiparándose, en ocasiones, en una técnica de simplificación administrativa.

1.3.2. El Principio de Transparencia

A. Breves referencias a la Ley que lo avala y al derecho en que se materializa

Uno de los principios generales del derecho administrativo comunitario de más reciente formulación es el principio de transparencia que aparece recogido por primera vez en la 17.ª Declaración relativa al acceso a la información, incluida en el acta final del Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastricht. Sus referencias a él son tanto de un verdadero principio general a tenor del cual los sujetos ordinarios tienen derecho a acceder a los documentos existentes en los archivos de la Administración comunitaria como de un principio de orden superior por ser reconocido por el Derecho originario⁹⁸.

En un recorrido particular de la regulación relativa a la transparencia en el Derecho comunitario es obligada una parada tanto en el Derecho primario como en el Derecho secundario, en el que es relevante el Reglamento 1049/2001, de 30 de marzo, de acceso público a los documentos, que garantiza la mayor transparencia posible en el proceso de toma de decisiones de las autoridades públicas y en la información en la que basan sus decisiones⁹⁹.

Aunque la transparencia administrativa es una conquista reciente pero incompleta, hoy en día las Constituciones y las legislaciones generales de los Estados democráticos la proclaman como principio. En nuestro ordenamiento interno, el legislador constitucional lo ha hecho patente a través de diversos preceptos como se desprende de la lectura del artículo 20 y 105 b) de la Constitución Española, y aunque leyes posteriores a la Norma Fundamental también han hecho eco del principio como la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función estadística pública, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la LR-

98. PAREJO ALFONSO et al. (2000), *op. cit.*, pp. 81 y ss.; GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, S. (2012).

99. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2007.

JPAC (estas dos últimas derogadas), tendremos que esperar a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/92, para observar una tímida mención a la actuación de las Administraciones «de conformidad con los principios de transparencia y participación»¹⁰⁰ y sobre el que se ha comentado jurisprudencialmente que «no está haciendo una huera proclama populista sino incorporando al derecho positivo un principio sustentador de un Estado, como lo es el Estado español, que no sólo es social y democrático sino también de derecho. Porque uno de los rasgos definidores de la democracia es, el de que, en un estado de ese tipo, los poderes públicos –todos ellos, por supuesto el judicial hablando por medio de sus sentencias y resoluciones, pero también los demás y por tanto la Administración Pública– han de dar razón de sus actos, lo que quiere decir que han de explicar razonada y razonablemente el porqué de sus decisiones»¹⁰¹.

La transparencia es, como apunta Guichot, un instrumento clave para el control del ciudadano del ejercicio del poder, no solo entendida en su perspectiva preventiva y represora sino también desde una lógica de mejora de la administración de la cosa pública, de ahí que su exigencia haya sido insistente y persistente por parte de los actores cualificados¹⁰². Nuestro ordenamiento jurídico no podía seguir por más tiempo marginándolo y, por ello, tomando como ejemplo los modelos que proporcionan los países de nuestro entorno, adopta una nueva regulación, como lo demuestra la aprobación en Consejo de Ministros del Proyecto de Ley, con fecha 27 de julio del 2012, que tenía como objeto regular e incrementar la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, publicándose en el Boletín Oficial del Estado como Ley 19/2013, 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno –LTBG–¹⁰³.

100. Art. 3.5 LRJPAC.

101. STS 29 noviembre 2004 (RJ 2004, 7742) Rec. 893/2001 FJ 4.

102. GUICHOT, E. (Coord) (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos.

103. Vid. GUICHOT, E. (Coord) (2014); FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIO, J. M. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi; DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. y TARIN QUIROS, C. (2014): *Transparencia y Buen Gobierno: Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDIN GARCÍA, M. (2014): *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la*

II. Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación

El retraso en la aprobación de una Ley estatal sobre transparencia no ha sido obstáculo para que las Comunidades Autónomas manifiesten también su interés por el tema en cuestión aprobando sus respectivas leyes de ámbito autonómico con carácter previo a la ley estatal, como lo demuestran, entre otras, la Ley 1/2016, 18 enero, de transparencia y buen gobierno de Galicia –Ley que deroga Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, la Ley 4/2011, 31 de marzo, Buena Administración y Buen Gobierno de las Islas Baleares y la Ley Foral 11 /2012, 21 junio, de Transparencia y Gobierno Abierto de Navarra. A ellas se han unido recientemente otras como la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja, la Ley 19/2014, de 29 de diciembre de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, el Anteproyecto de Ley del Principado de Asturias de Transparencia y Buen Gobierno, publicado en el boletín oficial correspondiente el 17 febrero 2016, la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación ciudadana de Aragón, la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública de Canarias y, finalmente, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Es significativo apuntar que, de todas ellas, pocas exhiben a la motivación como un derecho, a excepción de ésta última, la Ley de Transparencia Pública de Andalucía que junto a los principios desglosa una serie de derechos en el que resalta «el derecho a obtener una resolución motivada»¹⁰⁴.

Expuesto todo lo anterior y sopesando toda la realidad legislativa existente sobre transparencia de la variada actividad de los poderes públicos es de observar que la mayor parte de ella se articula a través de dos grandes conceptos: la publicidad activa o «difusión por propia iniciativa de la información que obra en poder de los pode-

Información Pública y Buen Gobierno, Comares, Granada; VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords) (2014): *Régimen jurídico de la transparencia: acceso, uso y reutilización de la información del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

104. BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2014a): «La Ley de Transparencia Pública de Andalucía: sus aportaciones al régimen en el ordenamiento del Estado», *RAP*, núm. 89, p. 68; MEDINA GUERRERO, M. (2014): «La ley de transparencia pública de Andalucía», en «Crónica Parlamentaria», *RAAP*, núm. 88, pp. 324-328. Analiza si la Ley andaluza ha introducido efectivamente «mayores cotas de transparencia, complementando las determinaciones básicas de la legislación estatal».

res públicos» y el reconocimiento, de otra parte, de un derecho de acceso a la información pública, la denominada publicidad pasiva, en donde «es la ciudadanía la que toma la iniciativa, recabando de los poderes públicos información que obra en su poder».

El derecho de acceso a la información pública en el que se materializa la transparencia, completándola y reforzándola, es reconocido y regulado en un primer momento en las décadas de los 70 y 80, por aquellos países que pertenecen a las democracias más avanzadas del mundo desarrollado como los países escandinavos y por EEUU y los países de su área de influencia anglófona, y que posteriormente ha cobrado protagonismo por la Unión Europea a raíz de Directivas y decisiones, pero no ha sido hasta la primera década de este siglo cuando se ha producido su verdadera «eclosión» con la aprobación de leyes de acceso a la información pública en los países de Europa occidental que carecían de ello como Reino Unido y Alemania y las nuevas democracias de Europa Oriental y Central, con la expansión en Iberoamérica y con la aprobación del Convenio número 205 sobre acceso a los documentos públicos¹⁰⁵.

La LPAC contempla de forma expresa en el artículo 13 la relación nominal de derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas, reservando un lugar específico, en concreto en el apartado d, para el derecho «al acceso a la información pública, archivos y registros», de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013 y el resto del ordenamiento jurídico. Con alcance sectorial y derivado de Directivas comunitarias, otras normas contemplan el acceso a la información pública¹⁰⁶: la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público.

105. FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIO, J. M. (2014), *op. cit.*, p. 21; BLANES CLIMENT, M. A. (2014): *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Aranzadi.

106. Directiva del Consejo 90/313/CEE, de 7 de junio de 1990, de acceso a la información en materia de medio ambiente y Directiva de 21 de mayo de 1991, sobre tratamiento de aguas residuales.

B. El papel de la motivación en la minimización y maximización del derecho de acceso a la información pública

La plasmación del principio de transparencia en una normativa concreta y aprehensible, como el hecho de la reciente aprobación de la Ley estatal de Transparencia, es de gran importancia, pues la intención de procurar que se pongan a disposición de la ciudadanía de manera clara y detallada las razones por las que el Sector Público hace lo que hace conlleva a un inmediato rescate de la motivación otorgándole su valor perdido.

La motivación de las decisiones administrativas contribuye al logro de una administración más transparente y próxima a los ciudadanos. No debe olvidarse que la transparencia es consustancial a un poder de base democrática como nos recuerda el Acta final del Tratado de Maastricht en la declaración relativa al derecho de acceso a la información «la Conferencia estima que la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las decisiones, así como la confianza del pueblo en la Administración».

En el proceso de materialización de la transparencia en el derecho de acceso a la información pública, la relevancia de la motivación se hace notar en cuanto los efectos de tal derecho que puede sufrir diferentes modulaciones ampliándolos o disminuyéndolos. De un modo más completo que la LPAC, la Ley 19/2013 declara en el párrafo segundo de su artículo 20 que serán motivadas las resoluciones que «denieguen el acceso», las que concedan «el acceso parcial», lo reconozcan a través «de una modalidad distinta a la solicitada» o «permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero», situaciones todas ellas en las que la Administración debe pronunciarse sobre el fondo del asunto sin excusarse de la motivación, y a los que ha sido añadido otro supuesto referente a «las resoluciones que inadmitan a trámite las solicitudes de acceso», contemplado tanto en la ley estatal aunque en otro precepto –art. 18– y como en alguna que otra ley de transparencia de ámbito autonómico como la andaluza –art. 7.c)–.

Como es obvio, la apuesta por una transparencia absoluta en la actuación administrativa con una libre divulgación de la información no casa con los postulados del Estado de derecho debido a los perjuicios a diferentes bienes y derechos que ello causaría, de

ahí que al verse mermadas las garantías del ciudadano sea necesario una completa regulación de los límites del derecho de acceso. La denegación a la información debe estar justificada con sólidos argumentos que debe recoger la motivación, pues la limitación que se ocasiona da lugar a una minimización del derecho de acceso a la información.

Una de las exigencias del Convenio número 205 en la determinación de los límites al derecho de acceso refiere a su previsión legal. La LTBG obedece a ello, entre otros, en el artículo 14 relativo a los límites al derecho de acceso y en el artículo 17 referente a las causas de inadmisión, y que rompe los moldes previstos en la LRJPAC, la cual no cumplía el carácter tasado de los límites pues contenía una cláusula genérica de denegación del derecho de acceso «cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección» que suponía atribuir a la Administración una potestad discrecional.

Las causas de inadmisión contempladas en la Ley estatal de transparencia suponen una restricción importante del derecho de acceso a la información en cuanto a sus efectos, generando su minimización. A pesar que la LRJPAC establecía la posibilidad de rechazar ciertas resoluciones con la finalidad de evitar la práctica de trámites innecesarios en supuestos que claramente no pueda accederse a lo solicitado, la LTBG nomina una serie de causas de inadmisión de las solicitudes del derecho de acceso que, así no existiendo una ponderación de bienes jurídicos y no habiendo lugar al acceso parcial, no dejan de ser excepciones al derecho de acceso requiriéndose en tales casos de una resolución motivada en los plazos previstos en la Ley. De ahí que las solicitudes que se refieran «a información que esté en curso de elaboración o de publicación general», que «tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas o entre órganos o entidades administrativas», «relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración», «dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente», «que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley», no se aceptarán a trámite, todas ellas, mediante resolución motivada tal como recoge

de forma expresa el artículo 18 de la LTBG, suscitando en ocasiones que la interpretación y aplicación de algunas de estas causas, en concreto las tres primeras mencionadas, provoque una restricción importante del derecho reconocido¹⁰⁷.

Por otra parte, un claro exponente del interés demostrado hacia la maximización del ejercicio del derecho de acceso se contempla en el reconocimiento del derecho a la comunicación parcial de documento, es decir, la posibilidad del acceso parcial en aquellos casos en que fuese factible disociar las informaciones protegidas por una excepción. Cuestión que no contempló la LRJPAC, y sí en cambio la LTBG tanto cuando declara que el acceso podrá ser «limitado» en los casos que determina la Ley, pues el término «limitado» como apunta Fernández Ramos en relación a este tema, «a diferencia de otros (como excluido o denegado), comporta un principio de proporcionalidad»¹⁰⁸, como en los casos en que la aplicación de algunos de los límites previstos en la Ley no afecte a la totalidad de la información que «se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido»¹⁰⁹.

En estos supuestos, la exigencia de la motivación no es olvidada ni apartada por el legislador que insiste de manera expresa en declarar que la resolución administrativa que permite el acceso parcial deberá ser motivada, aclarando qué parte de la información es asequible al ciudadano y cuál no, según se desprende del tenor literal del párrafo segundo del artículo 20 de la LTBG: «Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada

107. Observaciones mantenidas por BARRERO RODRÍGUEZ que considera se producen tanto en la ley estatal como en la ley andaluza de transparencia a raíz del análisis de la Ley estatal de transparencia como de un estudio particular que recoge las aportaciones de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía al régimen establecido en el ordenamiento del Estado en el que analiza si dicha ley ha introducido efectivamente mayores cotas de transparencia, complementando las determinaciones básicas de la legislación estatal. Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2014): «El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva» en GUICHOT, E. (2014), *op. cit.*, pp. 205-211 y 224-227 y BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2014a), *op. cit.*, pp. 66-68.

108. FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2014): «El derecho de acceso a la información pública», en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIO, J. M. (2014), *op. cit.*, p. 167.

109. Art. 16 LTBG.

y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero...».

Finalmente, dos breves anotaciones a comentar. Una relativa a la presencia de los Portales de transparencia que permiten la comunicación de la motivación al interesado o interesados y que todos ellos conozcan su contenido al tener acceso a los mencionados portales de una forma ágil y rápida. Otra, que hace referencia no a la decisión administrativa adoptada sino a la solicitud de acceso realizada por el interesado de manera previa a la resolución final, y sobre la cual el legislador ha querido reflejar de forma expresa en el artículo 17.3 LTBG la innecesariedad de su motivación, de ahí que la ausencia de motivación por parte del interesado no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud¹¹⁰.

C. La motivación, pieza indispensable para la efectividad de la transparencia procedimental

La transparencia no se agota en el derecho de acceso a la información administrativa, pues también puede canalizarse a través de los más variados procedimientos. El procedimiento aparte de ser el cauce a través del cual la Administración adopta sus decisiones formales más relevantes, como los actos administrativos, también se entiende, en palabras de Barnes Vázquez como sistema de comunicación entre Administración y ciudadano, concibiéndose como cauce de acceso a la información¹¹¹. Entendido así, como un lugar dónde se obtienen los datos, se procesan y se intercambia la información, es relevante las normas de procedimiento que disciplinan su tratamiento como ocurre con la motivación.

La motivación constituye una manifestación elemental de la transparencia administrativa en toda clase de procedimientos, siendo su intensidad diferente; así pues en los procedimientos aplicativos que tienen por objeto inmediato garantizar derechos o intereses individuales, en los que la respuesta material está ya predetermi-

110. BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2014), *op. cit.*, pp. 220-224.

111. BARNES VÁZQUEZ, J. (2010): «Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia» en GARCÍA MACHO, R. (2010): *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, pp. 54-58.

nada en la ley y la transparencia sirve a los fines de defensa y del ulterior control judicial, se exigirá una adecuada motivación de la resolución adoptada de los hechos y fundamentos de Derecho en los que se sustenta mientras que aquellos procedimientos en los que se decide lo que la ley no ha resuelto, donde se innova y se crea Derecho, la motivación adquiere sustantividad propia actuando como verdadera estrategia de la transparencia que se resuelve a través de un juicio en el que han de ponderarse bienes o intereses, como ocurre en el ejercicio de potestades discrecionales.

La motivación es, en definitiva, una manifestación de transparencia que no solo se infiere de la decisión final adoptada sino también del proceso de formación de voluntad de la Administración.

2. FINALIDADES DE LA MOTIVACIÓN

Si algo caracteriza a la motivación y la hace peculiar es la diversidad y variedad de fines que persigue: su multifuncionalidad. El tratamiento particular de cada uno de ellos en nuestra investigación es oportuno para el estudio de la finalidad de la motivación no siendo suficiente circunscribirnos únicamente al fin que persigue sino también, a raíz de una interpretación extensiva del término, abarcar tanto lo que persigue como lo que trata de evitar.

2.1. LO QUE LA MOTIVACIÓN PERSIGUE: SU MULTIFUNCIONALIDAD

2.1.1. Aspectos generales de las funciones encomendadas

Pese a que en un primer momento la motivación se entendía como garantía para el administrado que le permitía una completa fiscalización del acto administrativo, el paso hacia una Administración más intervencionista hizo cambiar la perspectiva de la eficacia de la actuación administrativa con un replanteamiento del papel de la motivación sin olvidar ni relegar el punto de vista de la garantía de los administrados en orden al cual se encuentra establecido el control jurisdiccional de la Administración.

Este nuevo enfoque generó diversas manifestaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales en torno a la finalidad de la motivación, destacando sin lugar a dudas la conocida división tripartita