



EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONSEJO DE ESTADO

Jornada celebrada en la sede de la
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
en colaboración con el Consejo de Estado

31 DE MAYO DE 2023
MADRID

REAL ACADEMIA DE
CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

EL TRÁMITE DE AUDIENCIA

ÍÑIGO COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL

Letrado Mayor del Consejo de Estado

LE TRAITÉ DE VINCENNES
ENTRE LE ROYAUME DE PORTUGAL ET LE ROYAUME DE FRANCE
Le 18 Juin 1763

RESUMEN: Desde los orígenes de nuestro Derecho Administrativo la audiencia a los directamente interesados por las normas en su proceso de elaboración estuvo excluida. Surge limitada en 1958 (LPA), se expande poco a poco por efecto de la jurisprudencia más avanzada del Tribunal Supremo. Desde 1990, por efecto de la constitución, para la jurisprudencia se convierte en exigencia para las corporaciones y asociaciones que por ley representan intereses de sectores determinados y para las asociaciones que se personen en el expediente. Este régimen continúa con la LRJPAC y es modificado por la LGB, con una primera regulación completa y sustancialmente perfecta. Este régimen es mal modificado por la LPACAP y por la LRJSP, que dejan a la LGB peor que estaba, y duplicando normas, en gran medida por no haber atendido las observaciones del Consejo de Estado. A día de hoy las leyes no prevén un verdadero trámite de audiencia sino varios trámites de participación. La audiencia a las corporaciones y asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma, ha dejado de ser preceptiva según las normas de procedimiento, pero no según las normas sustantivas, porque el derecho de representación legalmente creado genera por sí mismo un derecho de audiencia.

A nadie se le oculta la importancia del trámite de audiencia en cualquier procedimiento administrativo. La tramitación de un procedimiento que deba culminar en un acto administrativo

operada sin audiencia es algo inimaginable, y desde hace muchos años causa de nulidad de pleno derecho de la resolución.

Esto, evidente para los actos, a día de hoy también es evidente para la elaboración de normas. Ha llovido mucho desde que la participación de los interesados en la elaboración de las disposiciones de carácter general que les afectan se ha convertido en una exigencia esencial en la tramitación.

Pero en otro tiempo, no muy lejano, no era tan evidente. La realidad que tenemos hoy delante es fruto de una evolución, patente en los textos normativos, pero también en la praxis.

El Consejo de Estado, que conoce fisiologías, mucho más que el Tribunal Supremo, que sólo trata patologías, para estos efectos es un observatorio privilegiado.

Como esa evolución "de la nada al todo" se ha producido a lo largo de mi vida, y en particular de mi vida profesional en el Consejo de Estado, considero necesario, para que se pueda comprender dónde estamos, explicar de dónde venimos.

La evolución legislativa en materia de audiencia de los interesados en la elaboración de las disposiciones de carácter general

La evolución legislativa del derecho de los interesados a participar en la elaboración de los textos normativos que les afectan no puede separarse de la evolución del procedimiento administrativo general.

El procedimiento administrativo como tal comienza en España como algo particular, no general. Empieza de modo formal con la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889, la "Ley AZCÁRATE". Pero ésta no creó un procedimiento

general, sino que obligó a cada ministerio a que tuviera el suyo, y no sólo uno sino a veces varios procedimientos por Ministerio. En su artículo primero, dice que "en el término de seis meses, á contar desde el día en que se promulgue esta ley en la Gaceta, cada Ministerio hará y publicará un reglamento de procedimiento administrativo para todas las dependencias centrales, provinciales y locales *del mismo*, ó uno por *cada dependencia ó grupo de ellas*, si por razón de la diversa índole de su función fuera más conveniente".

Es cierto que esta disposición formalizó lo que había y dio pautas de funcionamiento, pero no creó un derecho general, sino que cada ministerio iba a su aire, generándose distintas formas de actuar en función de los diferentes ministerios creados en cada momento.

Esta determinación tiene su lógica, y es defendible, porque cada ministerio tiene sus necesidades específicas. Si bien es verdad que el procedimiento administrativo como tal puede ser objeto de abstracción, y pueden señalarse reglas comunes o principios generales, lo cierto es que luego cada ministerio, en función de las necesidades que tiene que cubrir y de los derechos que tiene que proteger, genera sus propias maneras en el desempeño de su Función Pública.

Con el tiempo, y asumiendo modas italianas, se entendió que la personalidad jurídica única del Estado no podía dar lugar a caracteres distintos por ministerios. Pensaron así sobre todo los teóricos, no los funcionarios. Los profesores y abogados, ajenos a la praxis del servicio público, quisieron crear un derecho general. No tanto quienes estaban directamente llamados a aplicar y usar los procedimientos. Los servidores públicos, no por interés personal, sino para tramitar con agilidad las peculiares cuestiones que tenían encomendadas, preferían un procedimiento personalizado, breve y conocido.

Como era eficaz, este sistema de procedimientos personalizados y distintos duró hasta 1958. No es poco tiempo. Desde

1889 hasta 1958 pasan casi 70 años. Transcurre una larga monarquía, una dictablanda, una república, una guerra civil y muchos años de franquismo. El sistema de SANTAMARÍA DE PAREDES duró hasta el sistema de Laureano LÓPEZ RODÓ y su equipo de Presidencia del Gobierno. Modificó éste todas las leyes administrativas, acompasando el sistema a la moda continental europea posterior a la Segunda Guerra Mundial. Hasta entonces no se había sentido urgente necesidad de crear un procedimiento administrativo que vinculase por igual a todos los Ministerios y fuese fuente de inspiración para las Administraciones Públicas locales.

Quiero dejar esto señalado porque, como luego explicaré, aunque desde hace muchos años existe un procedimiento administrativo general, la tendencia de cada ministerio a generar mañas procedimentales propias en la tramitación es grande y no ha muerto. Y probablemente no morirá nunca porque es perfectamente lógico que el Ministerio de Asuntos Exteriores tramite de modo distinto a como lo hace el Ministerio de Sanidad o el Ministerio de Fomento.

Estas variedades en la tramitación lucían en cada ministerio, en cada procedimiento, en cada expediente, y también en el Consejo de Estado. Como botón de muestra de la preocupación quiero traer a colación el libro de 1944 escrito por José María VILLAR Y ROMERO, Letrado del Consejo de Estado y Consejero Permanente de Estado, *"Derecho Procesal Administrativo"*, excelente explicación del régimen de tramitación procedimental de cada Ministerio, en el que se abstraen reglas generales, no se crean. No están en una ley general. Están en la doctrina.

El acto discrecional hasta 1958

Antes de entrar en el examen de las Leyes administrativas generales promulgadas de 1956 a 1958, quiero recordar que la Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdic-

ción contencioso-administrativa ("Ley Santamaría de Paredes"), limitaba la impugnación de los actos administrativos a los reglados, sin que los actos discrecionales pudieran ser objeto de recurso contencioso-administrativo.

El asunto era diáfano en la ley: "Artículo 1.º El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración ó por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: 1.º Que causen estado. 2.º **Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas.** 3.º Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento ú otro precepto administrativo". El artículo segundo concretaba en su párrafo segundo qué eran actos reglados: "para los efectos del artículo anterior, se entenderá que la Administración obra en el ejercicio de sus facultades regladas cuando deba acomodar sus actos á disposiciones de una ley, de un reglamento ó de otro precepto administrativo". Y el artículo cuarto cerraba el sistema por si aún quedaba alguna duda: "Art. 4.º No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo contencioso-administrativo: 1.º Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, ó de la materia sobre que versen, se refieran á la **potestad discrecional**".

Como la quintaesencia del acto discrecional es el reglamento, se consideraba que éste no era directamente impugnabile. Durante todo el período de la Ley SANTAMARÍA DE PAREDES la impugnación de reglamentos sólo podía ser indirecta. Primero tenía que haber caso. El caso tenía que instarse por falta de acomodo del acto impugnado a las disposiciones de una ley, de un reglamento ó de otro precepto administrativo. Y sólo entonces se podía examinar el reglamento, si éste infringía alguna ley, pero no como cuestión abstracta. Tenía este régimen específico: "Art. 3.º El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos ó reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como con-

secuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originaron aquellos derechos”.

Para los efectos de lo que ahora estoy comentando, que es la audiencia de los ciudadanos en la elaboración de reglamentos, este régimen de impugnación jurisdiccional tiene importancia, porque la audiencia en el procedimiento administrativo de elaboración de una norma no estaba prevista en la Ley de Bases, por lo que la audiencia ni era exigible en el procedimiento ni podía exigirse ante los Tribunales, a menos que una ley formal hubiese recogido como necesaria la intervención del ciudadano durante la elaboración de la disposición general. La Ley de Bases sí preveía, para los actos, no para los reglamentos, la audiencia. Así consta en su artículo 2, base 10.ª, que “instruidos y preparados los expedientes para su resolución, se comunicarán á los interesados para que dentro del plazo que se señale, y sin que pueda bajar éste de diez días ni exceder de treinta, aleguen y presenten los documentos ó justificaciones que consideren conducentes á sus pretensiones”. Así pues, los ciudadanos no eran directamente oídos, por lo menos formalmente, en la elaboración de normas administrativas, y no podían exigir jurisdiccionalmente otra cosa.

Téngase en cuenta además que hasta la Ley MAURA (5.4.1905) la jurisdicción contencioso-administrativa estaba integrada en el Consejo de Estado (no al revés). El artículo 8 de la Ley Santamaría de Paredes así lo preveía: “Art. 8.º La jurisdicción contencioso-administrativa será ejercida en nombre del Rey, y por delegación suya, por el Tribunal de lo contencioso-administrativo, que formará parte del Consejo de Estado, y por Tribunales provinciales”. Como él propio Consejo de Estado había sido oído para la elaboración del Reglamento mismo, no tenía sentido la impugnación jurisdiccional directa. Así lo expresa el diccionario de MARTÍNEZ ALCUBILLA: “REGLAMENTO. Aunque es una prerrogativa del Rey expedir los decretos, reglamentos e instrucciones, que sean conducentes para la ejecución de las leyes, debe ser oyendo necesariamente al Consejo de Estado en pleno, según el artículo 45 de la ley de 17 de agosto de 1860, conforme al [ar-

título] 11 de la [ley] de 6 julio de 1845 y con el [artículo] 22 del Real decreto de 22 de setiembre de 1845". También este régimen duró desde 1888 hasta 1956, un periodo casi igual de largo al de la Ley de Bases.

Laureano López Rodó. 1956-1958

Aunque, durante el franquismo, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, en su artículo 37, se permitió por primera vez la impugnación directa de reglamentos, lo que era una innovación fundamental¹, éstos siguieron sin ser impugnables por falta de audiencia en su elaboración, por la sencilla razón de que en 1956 seguía sin haber ninguna ley que obligara a oír durante el proceso de elaboración a los directamente afectados por la nueva norma². Y también porque la LRJCA sólo otorgaba legitimación

¹ Lo confirma González Pérez, en sus Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1994, página 543: "La evolución de nuestro Derecho es una clara muestra de cómo se ha ido ampliando progresivamente el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa en este sentido, llegando a la admisión de pretensiones procesales administrativas dirigidas a solicitar directamente la anulación de un Reglamento. El Reglamento, por tanto, según la LJ, puede ser objeto de una pretensión procesal administrativa. Como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA, es uno de los méritos más legítimos de la nueva Ley". Así consta en la *Revista de administración pública*, ISBN 0034-7639, N° 38, 1962, página 196: "una innovación de la Ley de la Jurisdicción contenciosa del 56 ha sido instaurar, por vez primera en nuestro Derecho, el recurso directo contra los Reglamentos. Es uno de sus méritos más legítimos. Sin embargo, falta, a mi juicio, en la Ley una configuración definitiva de este fundamental recurso, ausencia que la jurisprudencia no se ha decidido a colmar hasta ahora, quizá por un cierto e injustificado recelo contra esta técnica impugnativa que parece prevalecer frente a una tendencia contraria, de la que han resultado ya, no obstante, algunas luminosas Sentencias".

² Artículo 39: "1. Las disposiciones de carácter general que dictare la Administración del Estado, así como las Entidades locales y las Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa. 2. También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho. 3. No obstante, serán asimismo impugnables, en todo caso, las disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual. 4. La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual, fundada en el supuesto previsto en el párr. 2º".

a las Corporaciones, restringiendo el recurso. Lo mismo que la audiencia, esta ampliación de la legitimación tuvo que ser paliada, ya bajo la Constitución, por la jurisprudencia.

La situación tampoco cambió con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 1957.

El cambio se produjo con la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) de 1958, que introdujo importantísimas innovaciones. La lista de las mejoras es muy grande en términos de puesta en orden, regularización de actuaciones, régimen nuevo para materias nuevas, y actitud omnicomprensiva: disposiciones generales y de anteproyectos de Ley quedaban abarcadas por la nueva ley, que daba mucho poder a las Secretarías Generales Técnicas en detrimento de las Direcciones Generales —más políticas— y de las Subsecretarías y exigía estudios e informes previos para garantizar, no sólo la legalidad, sino el acierto y oportunidad de la futura norma³.

En su artículo 130 creó el trámite de audiencia⁴:

³ Iniciación mediante estudios e informes para garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de la norma; conservación de los dictámenes evacuados y de las observaciones y enmiendas formuladas, exigió una tabla de vigencias y dio un papel fundamental a la Secretaría General Técnica: "Art. 129.- 1. La elaboración de Disposiciones generales y de anteproyectos de Ley se iniciará por el Centro directivo correspondiente, con los estudios e informes previos que garantizan la legalidad, acierto y oportunidad de aquellos, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y en el Capítulo I del Título 1.

"2. Se conservarán, junto con la moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa de la disposición de que se trate, los dictámenes y consultas evacuados, las observaciones y enmiendas que se formulen y cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación".

"3. No podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto de tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas".

"Art. 130.- 1. Los proyectos de Disposiciones generales, antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos, habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica o, en su defecto, la Subsecretaría del Departamento respectivo, o el Estado Mayor, si se trata de los Ministerios militares".

“4. Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás Entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe, en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto”.

Y, también por primera vez en la historia, permitió la información pública como posibilidad integrada en el procedimiento de elaboración de normas:

“5. Cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale”.

Todo esto eran novedades. No sólo porque antes no había regulación sobre cómo proceder, sino en cuanto que mejoras y garantías para el ciudadano, y en cuanto que el procedimiento con estos nuevos trámites sólo podía mejorar.

“2. Cuando se trate de las materias señaladas en el apartado 7 del artículo 13 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se requerirá, además, la aprobación de la Presidencia del Gobierno, de acuerdo con lo preceptuado en dicha Ley. Se entenderá concedida la aprobación si transcurren ocho días desde aquel en que se hubiese recibido el proyecto en la Presidencia sin que ésta haya formulado objeción alguna”.

“3. Cuando alguna disposición así lo establezca o el Ministro lo estime pertinente, el proyecto se someterá a dictamen del órgano consultivo que proceda”.

“4. Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás Entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe, en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto”.

“5. Cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale”.

“6. Por razones de urgencia, y mediante acuerdo motivado del Ministro, podrán exceptuarse de lo prevenido en los párrafos anteriores las Ordenes ministeriales que no sean sobre materias de estructura orgánica, régimen de personal o procedimiento”.

Ya desde este momento el trámite de audiencia (planteado como la "oportunidad de exponer parecer en razonado informe") que se otorga a la Organización Sindical y demás Entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, aparece como distinto de la información pública: una cosa es dar audiencia a quienes pueden por su oficio o beneficio pueden mejorar la norma, y otra dar a todo el mundo la posibilidad de opinar. Que no es trámite de audiencia, porque ni se otorga directamente ni para participar hace falta legitimación⁵.

La praxis y la jurisprudencia hasta la Constitución

Salvo lo de la tabla de vigencias, que nunca se ha elaborado y sigue sin elaborarse en los procedimientos de elaboración de normas, todo se cumplió. El problema es cómo y cuándo. Se cumplió poco a poco, y según qué Ministro. También según qué Sentencia, porque el Tribunal Supremo no exigió que el trámite de audiencia se otorgara a rajatabla.

Surgió así una praxis. Desde la entrada en vigor de la LPA (1 de noviembre de 1958) se acabaron las leyes especiales con regímenes especiales, pero eso no quiere decir que el modo de

⁵ Hoy resulta difícil entender lo de la "Organización Sindical". Duró hasta 1977. Es imposible hacer la historia del sistema en una nota. En apretada síntesis: el Estado franquista era llamado "nacional-sindicalista". El artículo XIII del Fuero del Trabajo (Ley Fundamental aprobada el 9 de marzo de 1938) señalaba en su apartado 4 que "4. Los Sindicatos son el cauce de los intereses profesionales y económicos para el cumplimiento de los fines de la comunidad nacional y tienen la representación de aquéllos". En las Cortes había 150 representantes de la Organización Sindical (Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, artículo 2, que elegían un Consejero del Reino (artículo 4 de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947). De este peculiar modo, con muchas fluctuaciones fácticas, se integró un modelo de participación. Sobre la cuestión hay mucha literatura, sobre todo porque la opción de la izquierda fue hacer uso de los sindicatos como mecanismo de destrucción del franquismo desde el interior. La cuestión no tuvo en la práctica apenas éxito. Sobre esto también hay mucha literatura. Para tener una idea de las fuentes, aunque antiguo, puede verse David RUIZ, *La oposición sindical en el Franquismo: Dispersión y territorialización de las fuentes*, en "Espacio, Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea, tomo 7, 1994, págs. 509-520.

aplicar la LPA siguiera siendo multiforme. La inercia no fue derogada. No puede ser derogada. Y por mucho que la ley proclamase también que la Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única⁶, eso no quiere decir que cada uno de los Ministerios no siguiera teniendo

La interpretación del artículo 130 LPA sufrió una lógica evolución, máxime tras la entrada en vigor de la Constitución. Esto requiere una explicación más detallada, porque la LPA se aplicó desde 1958 hasta 1978 de una manera, y desde 1979 de otra. A pesar de ser el mismo artículo. Lo que cambia no es la Administración. Lo que va a cambiar es la jurisprudencia, que va abriendo poco a poco el derecho de audiencia a los interesados durante la elaboración de los reglamentos, hasta convertirlo en una exigencia. Todo esto sin cambiar la ley. Con mera reinterpretación.

Esta jurisprudencia no tiene su origen en los jueces, siempre reticentes a cambiar lo establecido, sino en los profesores y abogados. La jurisprudencia cambió porque *hubo recurrentes*, que exigían un cambio en el contenido de las Sentencias, consiguiendo poco a poco que fuera así. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Catedrático de Derecho Administrativo y Abogado, que fue él mismo uno de los grandes impulsores del proceso de reconocimiento de la exigencia de audiencia durante la elaboración de todo reglamento, explica el primero de los señalados periodos (1958-1978) con cierto grado de detalle⁷, que voy a resumir. En un primer periodo la audiencia fue una filfa:

⁶ LRJCAE, artículo 1.1: "La Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única". La LRJ-PAC dijo durante muchos años en su artículo 3.4: "Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única". La LRJSP dice en su artículo 3: "4. Cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única".

⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, primera edición, 1977, páginas 865-867.

- La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1964 dijo que la audiencia de la Organización Sindical y entidades de carácter general o corporativo a que alude el artículo 130 de la LPA era de observancia *discrecional* por lo que los derechos de los interesados son *presuntos*.
- La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1966 afirmó que "más que un precepto imperativo de inexcusable observancia, es un consejo sano del legislador".
- La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1966 insistió en que la audiencia es *facultativa*.
- La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1970 reiteró que las normas contenidas en el apartado 4 del artículo 130 LPA son de naturaleza facultativa y no preceptiva.

Un primer cambio lo produjo la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1972, que más bien parece una anomalía que jurisprudencia, porque nunca fue confirmada sino hasta después de la Constitución. Afirma que el trámite de informe de las entidades corporativas y representativas de intereses afectados por la disposición general que Abogacía del Estado 130.4 LPA equivale y sustituye al de audiencia de los interesados que respecto del procedimiento común preceptúa el artículo 91 "*de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesoria sino requisito y garantía esencial, ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo...*". Puede observarse que la discordancia con la jurisprudencia antes citada es total. Y no es un error. Se dice lo que se quiere decir, porque la Sentencia plantea la cuestión como limitación a la discrecionalidad del Ministro que éste debe motivar si quiere prescindir de la audiencia: "*ciertamente, el párrafo 4 del art. 130 de la Ley de 1958 comienza diciendo 'siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje' al referirse a los informes de las entidades interesadas; pero semejante autorización, comprensible como cautela del interés público ante la extrema variedad y el delicado alcance que pueden*

revestir algunas de las disposiciones generales, no constituye la expresión de una discrecionalidad de arbitrio o infundado uso; sino que queda supeditado a lo que el propio párrafo consigna al final: 'salvo cuando se opongan a ello razones de interés público, debidamente consignadas en el anteproyecto'..."

Esta Sentencia quedó en nada, de momento. Las Sentencias posteriores lo confirman: la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1972 considera que la audiencia no es necesaria, siendo innecesaria también la información pública, que sólo procede cuando a juicio del Ministro la naturaleza del reglamento lo aconseje. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1973. Sólo cuando la disposición general desarrolla la Ley de Seguridad Social se considera esencial el informe de la Organización Sindical (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1976).

Los Tribunales se vieron obligados a evolucionar por efecto de la entrada en vigor de la Constitución. No hicieron falta cambios de leyes. La audiencia comenzó a ser preceptiva. Tuvieron que empezar a hacer caso a los abogados, muchos de los cuales —GARCÍA DE ENTERRÍA, VILLAR PALASÍ, GARCÍA-TREVIJANO FOS, GÓMEZ FERRER, SANZ BOIXAREU...— eran Letrados del Consejo de Estado.

1978. La Constitución y la evolución jurisprudencial posterior

La gran novedad, a finales de 1978, fue el artículo 105, que conviene reproducir:

"La ley regulará:

"a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por

la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”.

Este paso ulterior, que obligaba a que una ley regulase la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afectasen, no llegó hasta 1992.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es el Tribunal que concentraba toda impugnación directa de cualquier disposición de carácter general —recuerden que en 1978 no había sino “preautonomías”— tardó bastante en asimilar este cambio.

Los jueces siguieron siendo muy reticentes a la exigencia de audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Como dice Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Letrado del Consejo de Estado, en su Sinopsis del artículo 105 de la Constitución, publicado por las Cortes Generales en su página web, el artículo 105.a) ni exige ni garantiza la audiencia de los ciudadanos en cualesquiera circunstancias, si bien el espíritu que subyace a la previsión constitucional es la de ser favorable a la audiencia⁸:

⁸“La audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten se conecta con naturalidad con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 de la Constitución), pues, en definitiva, no constituye sino una manifestación del talante democrático y participativo para con los ciudadanos de que deben hacer gala los Poderes Públicos en un Estado democrático. Además, enlaza también con el principio de eficacia al que alude el artículo 103.1 de la Constitución.

La audiencia se otorgará en el seno del procedimiento de elaboración, es decir, antes de su conclusión, ya que carecería de sentido otorgar la audiencia a los ciudadanos “a posteriori”, una vez aprobada la norma. De lo que se trata es de garantizar en la medida de lo posible el acierto en el contenido de dicha norma y no tanto que, como consecuencia de las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia, pueda justificarse una derogación total o parcial de la norma en su día aprobada. De ahí que el artículo 105.a) se refiera específicamente al trámite “en el procedimiento de elaboración”.

También alude el precepto constitucional a la audiencia en el procedimiento de elaboración de las “disposiciones administrativas”, expresión que debe interpretarse en el sentido de normas emanadas del poder ejecutivo con rango inferior a la Ley. En otras palabras, se equipara “disposiciones administrativas” a norma reglamentaria, equiparación muy común, por lo demás,

"En efecto, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 regulaba en sus artículos 129 a 132 (derogados por la Ley 50/ 1997, del Gobierno) el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. En su artículo 130.4 se preveía la audiencia "siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje". La interpretación de este precepto legal sufrió una lógica evolución, máxime tras la entrada en vigor de la Constitución".

En efecto: los jueces tardaron en asimilar la Constitución. Esto es para mi ya vivencia personal, no historia. Cursé la carrera de Derecho de 1975 a 1980, en medio de la reforma política —fue reforma, no ruptura— y comprobé en primera persona las reticencias para la creación de un Tribunal Constitucional y las resistencias de la jurisprudencia para asimilar los nuevos principios. Esta reticencia duró hasta 1990.

Hubo unas primeras Sentencias, muy dubitativas, que no cerraron la cuestión, favorables a la audiencia a los interesados durante la elaboración de las disposiciones de carácter general. Son Sentencias de la Sala Especial de Revisión del TS del artículo 61 LOPJ.

El cambio jurisprudencial en esta materia era paralelo y estaba acompasada a todos los demás cambios, por ejemplo en materia de servicio militar.

en la legislación administrativa. Por ejemplo, lo confirma el propio artículo 24 —al que luego nos referimos— de la Ley 50/1997, del Gobierno, que precisamente se titula "Del Procedimiento de elaboración de los reglamentos". Así interpretado el artículo 105.a) se llega a la conclusión de que no impone ni garantiza, ni siquiera como principio inspirador, la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con fuerza de ley.

Por lo demás, el artículo 105.a) se refiere a la elaboración de disposiciones administrativas "que les afecten" (a los ciudadanos), así como a que la audiencia puede materializarse directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley. Para comprender adecuadamente estos aspectos, conviene traer a colación la regulación de desarrollo dictada al efecto, al menos a nivel de la Administración del Estado". Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Sinopsis del artículo 105 de la Constitución», Constitución Española, artículo 105.

El Gobierno, por medio del Real Decreto 20/1988, de 15 de enero, aprobó el Reglamento de la Prestación Social de los Objectores de Conciencia. Durante el procedimiento de elaboración de la norma, no se dio audiencia a los interesados. Interpuesto recurso de reposición por la *Associacio D'Objectors de Consciencia*, fue desestimado por acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1988. Al recurso administrativo siguió recurso contencioso-administrativo directo ante el Tribunal Supremo, en el que se alegaba que el Reglamento y el Real Decreto eran nulos de pleno derecho, entre otras razones por haber sido elaborados sin haberse concedido audiencia ni participación alguna a la entidad recurrente: se habrían incumplido el art. 28 LRJAE y los arts. 47, 129 y 130 LPA y el artículo 105 de la Constitución.

El Tribunal Supremo dictó Sentencia el 12 de enero 1990 y en ella reconoce sus propias reticencias para asimilar el cambio constitucional⁹. Pero finalmente lo asume. La Sentencia es tajante: la omisión del trámite de audiencia determina la nulidad del Real Decreto que había tramitado el Ministerio de Justicia:

⁹Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 1ª, Sentencia de 12 Ene. 1990: "Se reconoce en la doctrina jurisprudencial que la realidad social y política imperante en 1958, año de aparición de la LPA, hacía prácticamente imposible la aplicación de criterios como los expuestos. De ahí la timidez y aun la prevención con que el legislador dio entrada a la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales en el art. 130.4; exigiendo para ello una serie de requisitos tales que, más bien, pudieran parecer obstáculos a su ejercicio. De ahí también la cautela de las primeras sentencias en la interpretación de este precepto al sintonizar con la *mens legis* y con la *voluntas legislatoris* imperantes a la sazón; aunque sin que fuese luego obstáculo a que, paulatinamente, en avance casi siempre rectilíneo, la jurisprudencia fuese profundizando en las dos vías en las que debía hacerlo: en la forja de criterio de que el trámite de audiencia a sindicatos y demás entidades asociativas es de preceptiva observancia, y en modo alguno discrecional de la Administración, si bien su exigibilidad está en relación con los varios conceptos jurídicos indeterminados expuestos en el propio precepto que operan positiva o negativamente; y en el mantenimiento de que la omisión del referido trámite supuesta la concurrencia de requisitos debe calificarse de vicio esencial que genera la correspondiente nulidad e invalidez de la disposición. Vías ampliamente ensanchadas y facilitadas con la aparición del régimen constitucional, en el que la participación ciudadana está proclamada y reconocida en la CE en los ámbitos de la enseñanza y la educación; en los asuntos públicos; en la salubridad públicos; en la salubridad pública y nivel de vida; en los medios de comunicación social dependientes del Estado; en el campo de la justicia mediante la acción popular y el Jurado; en la planificación de la economía; en la elaboración de proposiciones de Ley; y, en el espacio concreto que ahora nos ocupa, en el art. 105, en el que se reconoce no sólo a organizaciones y asociaciones, sino directamente a los ciu-

“La conclusión a que llega la doctrina jurisprudencial que venimos glosando es clara y terminante: la omisión del trámite de audiencia —participación— en la elaboración de disposiciones generales, a los entes asociativos que resulten afectados por ellas, en cuanto vulnera los arts. 9 y 105 CE, comporta que los Jueces y Tribunales, en aplicación de los arts. 5 y 7 LOPJ, declaren la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones”.

Esta Sentencia tiene un voto particular ilustrativo de que muchos jueces aún no habían asimilado la preceptividad de la audiencia a los ciudadanos. Según el voto particular, habría que ir caso por caso, porque no estamos ante un derecho sino ante una cuestión de oportunidad¹⁰.

dadanos. La conclusión a que llega la doctrina jurisprudencial que venimos glosando es clara y terminante: la omisión del trámite de audiencia —participación— en la elaboración de disposiciones generales, a los entes asociativos que resulten afectados por ellas, en cuanto vulnera los arts. 9 y 105 CE, comporta que los Jueces y Tribunales, en aplicación de los arts. 5 y 7 LOPJ, declaren la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones”.

¹⁰ Del voto particular (también aquí la negrita es nuestra): “Cuarto: Se fundamenta la Sentencia en cuestión en la doctrina de la Sala Especial de Revisión que recientemente ha declarado el carácter imperativo del trámite de audiencia que se analiza, con la consecuencia de que su omisión provoca la nulidad de la disposición general de que se trate. Pero en la indicada Sentencia, así como también en la demanda de este recurso, se hace referencia a otras declaraciones jurisprudenciales que es preciso analizar. Se cita en la Sentencia mencionada otra S 29 Dic. 1986 en la que se pone de relieve que en el cauce del procedimiento de elaboración de disposiciones generales siempre hay un núcleo de oportunidad donde son posibles diversidad de soluciones justas. Realmente esta posibilidad acabada de indicar justifica el trámite de audiencia tantas veces aludido. La finalidad de este trámite es, por tanto, la de proporcionar al órgano administrativo correspondiente los datos necesarios para que la decisión a tomar sea la más conveniente, con lo que se garantizan los derechos e intereses de los posibles afectados y el interés público. Como se sabe, la LPA habla de garantizar, a través del procedimiento de elaboración de referencia, «la legalidad, acierto y oportunidad» de la disposición. Señalada, por tanto, la finalidad del trámite, para no incurrir en una aplicación mecánica del ordenamiento jurídico que lleve a declarar la nulidad de una disposición general sin más análisis que la comprobación de la ausencia del trámite en cuestión, preciso es en cada caso, siempre que ello sea posible, analizar si la omisión de la audiencia de los interesados ha supuesto una frustración de la finalidad perseguida con el indicado trámite. La posibilidad de este examen será factible en aquellos casos, como el que ahora se enjuicia, en los que el interesado no se haya limitado en las vías administrativa y judicial a denunciar el vicio en cuestión por haber expuesto ampliamente cuantas alegaciones estimó oportunas en relación con los demás problemas planteados en las actuaciones. Si del análisis de dichas alegaciones puede racionalmente entenderse que la audiencia en vía administrativa del interesado no habría variado el texto de la disposición de que se trate,

Es claro que el Gobierno, con un postulado jurisprudencial que, sin cambio de ley, exigía la audiencia en la elaboración de todo reglamento, se enfrentaba a incontables procedimientos de nulidad de Reales Decretos, por lo que no tardó en instruir a la Abogacía del Estado para que recurriese.

La Sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de 21 de noviembre de 1990¹¹, en recurso de revisión, acabó de cerrar el círculo, pero a su manera. Es importante señalar este extremo, porque el fundamento jurídico del extinto recurso de revisión sólo podía ser la incongruencia entre Sentencias de diversas secciones del Tribunal Supremo, y en este caso la cuestión era precisamente cómo debía cumplirse el trámite de audiencia durante la elaboración de disposiciones generales¹². Lo dice la propia Sentencia (la negrita es nuestra):

no tiene sentido, por no frustrarse la finalidad de la ley, anular la disposición por la falta del mencionado trámite. En la dirección que se acaba de apuntar están declaraciones jurisprudenciales que se citan en la demanda de este recurso. Se alude en dicho escrito a la S 23 Mar. 1981 en la que se expresa la necesidad de comprobar el trámite omitido en la elaboración de la disposición general, pues sólo se producirá la nulidad de la disposición si el trámite no cumplido es esencial, «teniendo en cuenta la gravedad del vicio denunciado y la trascendencia práctica que el mismo puede producir». **En definitiva, será preciso en cada caso analizar si la omisión de la audiencia ha supuesto o no realmente un incumplimiento de la finalidad perseguida por la ley con objeto de evitar que una omisión puramente formal del repetido trámite pueda suponer una anulación de la disposición general dados los perjuicios que normalmente acompañarán a dicha anulación.** Si este aspecto es preciso contemplarlo siempre, esta exigencia es aún más intensa en casos, como el presente, en los que se denuncian graves perjuicios que lógicamente se agravarían caso de accederse a la anulación pretendida”.

¹¹ El ponente fue Rafael de Mendizábal Allende. En mi opinión este Magistrado influyó decisivamente en muchas cuestiones de nuestro Derecho Administrativo, siempre en beneficio de los ciudadanos.

¹² Para curiosidad de lectores, como este recurso ya no existe, anotamos que su naturaleza y funcionamiento la explica la propia Sentencia: “Primero. Conviene traer a colación, tantas veces como haya oportunidad, que la finalidad propia y en definitiva la función esencial de este recurso extraordinario con fundamento en la existencia de sentencias contradictorias entre sí, consiste en fijar la doctrina legal adecuada al caso controvertido como exigencia inherente a su naturaleza, implícita pero indudable, a la par del recurso de apelación, también extraordinario, en interés de Ley (sentencias de 25 de junio, 25 de septiembre y 22 de octubre de la vieja Sala Tercera). Se trata, decíamos allí, de un concepto nacido y configurado en el proceso civil, dentro de la casación por infracción de Ley, según el art. 1692 de la de Enjuiciamiento, en su versión originaria de 1891, de cuyo emplazamiento ha desaparecido en la reforma de 1984, un siglo más tarde. Sin embargo, el Código Civil lo acoge y en cierto modo lo define al decir que «la jurispru-

"(...) antes y ahora ha habido opiniones discrepantes, aunque aisladas, en el sentido que aquí se propugna. Nuestra sentencia de 16 de mayo de 1972 explicó con acierto y precisión que «el trámite de informe razonado de las entidades corporativas y representativa de intereses afectados por disposición general... equivale y sustituye al de audiencia de los intereses que respecto del procedimiento común preceptúa el art. 91, de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesoria, ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo» y añade a continuación que si bien «el párrafo cuarto del artículo 130... comienza diciendo «siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje» al referirse al informe de las entidades interesadas... semejante autorización, comprensible como cautela del interés público ante la extrema variedad y el dedicado alcance que pueden revestir algunas de las disposiciones generales, no constituye la expresión de una discrecionalidad de arbi-

dencia complementará en ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (art. 1, párrafo 6º, redactado así en 1973). Como consecuencia de tal configuración, el objeto de este medio de impugnación es formalmente la sentencia (y sólo este tipo de resoluciones), pero no tanto y no sólo su parte dispositiva como en realidad su fundamentación jurídica, la «ratio decidendi», con el significado preciso que ofrece esta expresión en la técnica del «case law» y, en general, del análisis jurisprudencial.

“Ahora bien, esta perspectiva funcional nos lleva de la mano a su reflejo estructural y, en tal sentido, no está de más recordar que la Ley reguladora de lo contencioso-administrativo optó en su momento por el recurso ordinario de apelación, descartando el de casación que funcionaba en los demás órdenes jurisdiccionales entonces existentes (civil, penal y social) y, por ello mismo, se vió en la necesidad de instrumentar un remedio híbrido, con un anverso casacional y un reverso de revisión estricto, al socaire de este último. Para su conocimiento estableció una Sala Especial en este Tribunal Supremo, compuesta por su Presidente, los de sus tres Salas de lo Contencioso-Administrativo y el magistrado más antiguo de cada una de las mismas (art. 18). Tal situación ha subsistido una vez promulgada la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, por obra de su disposición transitoria trigesimocuarta, hasta la entrada en vigor de la Ley de Demarcación y Planta Judicial 38/1988, de 28 de diciembre, en la segunda decena de enero del siguiente año. Desde ese momento, la competencia para el enjuiciamiento de este recurso extraordinario, cuando se interpone contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se encomienda a la Sala no menos especial que configura el art. 61 de la Ley Orgánica, como un panel representativo del antiguo Pleno constituido en Sala de Justicia, eliminado en la actual estructura”.

trario o infundado uso, sino que queda supeditado a lo que el propio párrafo indica al final: «salvo cuando se opongan a ello razones de interés público, debidamente consignadas en el anteproyecto».

“La progresiva tendencia iniciada antes de la Constitución por esta sentencia profética, pero solitaria, debida a la pluma de don José María C. de T., Magistrado entonces de la Sala Cuarta de este Tribunal y que tenía como protagonista a la Junta Central de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, fue continuada trece años después por otra de la misma Sala, con fecha 18 de diciembre de 1985, con referencia a la Asociación nacional de Ganaderías de Lidia, siendo Ponente D. Angel M. del B. y una más, ahora impugnada, de 29 de diciembre de 1986. A su vez, la Sala Tercera, aceptó la misma perspectiva a partir de su sentencia de 28 de abril de 1987 (Federación Nacional de Empresarios Carniceros-Charcuteros), ratificándola en otras tres posteriores: 7 de mayo (Asociación Española de Productores Cinematográficos) y 4 de julio de 1987 (Consejo General de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos), así como la de 23 de marzo del año actual (Comité Olímpico Español, Real Federación Española de Fútbol y Federación Española de Judo y Deportes Asociados)”.

La Sentencia de repente olvida muchas de las decisiones propias anteriores del Tribunal Supremo, como si fueran de otro, y dice que desde hacía mucho tiempo debió entenderse que la audiencia era preceptiva. Lo cierto es que el Tribunal Supremo no lo había entendido así, y ahora se corrige a sí mismo, claro que sin efectos retroactivos:

“En definitiva, la Ley de procedimiento administrativo permitía e incluso imponía una lectura de tal exigencia distinta de la que prevaleció, según ha podido comprobarse. La incidencia de la Constitución hace obligada una interpretación de signo progresivo, conforme a sus principios”.

La Sentencia se muestra favorable a que ésta sea preceptiva, pero con matices:

“Aquí y ahora hemos de anticipar ya nuestra opinión que considera preceptiva la participación de los ciudadanos, directamente a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, como expresa el art. 105, apartado a), de la Constitución, aun cuando con las matizaciones de lugar y tiempo que al final se expondrán”.

Los matices no son tales. Son limitaciones. Esta Sentencia va a corregir la de 12 de enero de 1990 cercenando lo que ésta había considerado sin más como un derecho.

Para limitar la participación de los interesados en una norma durante su procedimiento de elaboración, se distinguen dos categorías: los sindicatos y asociaciones empresariales, y los demás:

“Ahora bien, estas organizaciones intermedias, con un talante representativo, pueden encuadrarse en dos grupos nítidamente diseñados. Uno de ellos, compuesto por los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, cuya función consiste en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de unos y otros, como establece el art. 7º de la Constitución, que más adelante configura los Colegios profesionales con una finalidad semejante respecto de éstos en el art. 36. En el segundo grupo han de ser clasificadas las demás asociaciones que se creen bajo el cobijo de la libertad asociativa, reconocida también constitucionalmente (art. 22). El primer tipo, en sus dos modalidades, tiene su origen o fundamento directo e inmediato en la Ley, mientras que el otro sólo encuentra en ella su respaldo mediato o indirecto, de segundo grado y nace por obra de la voluntad de sus creadores. Aquellas asociaciones cumplen una misión y ejercen un conjunto de atribuciones cuyo ámbito aparece

delimitado «ex lege» y «ex ente». Estas se mueven con fines variados por elección de sus asociados».

Esta diferencia es muy importante. Los primeros deben ser conocidos de antemano por las Administraciones Públicas y por ministerio de la ley hay que contar con ellas. Las segundas, salvo ley especial que reconozca el derecho a la audiencia, son de creación voluntaria, y son ellas las que han de presentarse en el procedimiento y sólo si su existencia es conocida podrán no deberán ser convocadas:

“Las características esbozadas tienen su reflejo en el aspecto que ahora nos ocupa. Efectivamente, la predeterminación de sindicatos, asociaciones empresariales y Colegios Profesionales, dentro de una tradición ya más que centenaria, cuya existencia es anterior a la propia Constitución y con una competencia definida en sus normas reguladoras, provoca que las Administraciones públicas las conozcan de antemano y hayan de contar con ellas. En tal sentido se ha venido pronunciando al respecto este Tribunal Supremo, a través de sus Salas ordinarias o especiales, en las sentencias que a lo largo de ésta se han mencionado y, por ello, ha reconocido el interés directo para participar en la elaboración de las disposiciones generales que pudieren afectarles a las Asociaciones de Productores Cinematográficos y de Ganaderos de Lidia, a la Confederación Nacional de Cultivadores de Remolacha y Caña Azucarera y a la Federación Nacional de Empresarios Carniceros, así como al Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéutico o a la Junta Central de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Industrial y a la Confederación Nacional de Cámaras Agrarias o al Comité Olímpico y a la Real Federación Española de Fútbol. Aquéllas lo son de carácter empresarial (Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, que sustituyó al Real Decreto-Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre libertad sindical), y las demás son profesionales (Leyes 2/1974, de 13 de febrero

y 74/1978, de 26 de diciembre) o forman parte de la llamada Administración corporativa (Ley 23/1986, de 24 de diciembre).

"En cambio, las asociaciones de origen íntegramente voluntario, por la misma indeterminación de la existencia y misión de cada una de ellas, no permiten un tratamiento idéntico a la hora de ser llamadas para su audiencia en el procedimiento. Es evidente que pueden ser cauce de esta modalidad de la participación ciudadana en función de su objeto, como consecuencia del principio finalista o teleológico que informa su vida y su actividad, pero han de hacer para ello acto de presencia y ser, por tanto, conocidas para poder ser convocadas. Las Administraciones públicas no están obligadas a una investigación previa cada vez que proyecten una norma legal o reglamentaria, sin que tampoco pueda ser suplida por la información pública cuya función es muy distinta. Conviene recordar al respecto que la Associació D'Objetors de Consciencia fue inscrita el 23 de marzo de 1987 en el Registro correspondiente de la Generalitat de Catalunya, casi dos años de haberse iniciado, el 7 de junio de 1985, la tramitación del anteproyecto de reglamento para la prestación social de los objetores, que cuatro meses después pasó al Consejo de Estado, como último asesoramiento por establecerlo así la Ley Orgánica".

1990. La avalancha de asociaciones registradas

Si hasta la Sentencia referida, y a pesar de otras Sentencias anteriores análogas, citadas por ella misma, los criterios habían sido cambiantes y poco firmes, desde esta Sentencia, que tuvo una gran influencia práctica, se instauró una nueva praxis.

Como la Sentencia decía que las asociaciones, para ser oídas, tenían que "hacer acto de presencia y ser, por tanto, cono-

cidas para poder ser convocadas”, se hicieron notar. Puede que las Administraciones públicas no estuvieran obligadas a realizar una investigación previa cada vez que proyectasen una norma legal o reglamentaria, pero el efecto inverso de la Sentencia era que sí estaban obligadas a dar audiencia a las asociaciones que, sin representar intereses por ministerio de alguna ley, se hubiesen hecho notar.

Lo que generó en los ministerios una lluvia de burofaxes. Muchas asociaciones se registraron en los distintos ministerios solicitando expresamente ser oídas en los procedimientos de su interés. Y bastaba con eso para que los requisitos de la Sentencia quedasen cumplidos.

Los ministerios quedaron en desconcierto. Porque la audiencia se exigía por burofax y, si se te pasaba un burofax, el reglamento podía ser impugnado por cualquier recurso directo.

Además de la Sentencia, en aquél momento (1990) confluyeron otras dos circunstancias. La primera fue que Juan José Lavilla Rubira escribió *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los EE.UU. de América*, una tesis doctoral dirigida por Fernando Sainz Moreno, y en cuyo tribunal se sentaron Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Jesús Leguina Villa, Santiago Muñoz Machado y Luciano Parejo Alfonso, con la consiguiente influencia sobre la opinión académica.

Y la segunda, que —de nuevo— el Consejo de Estado, en cuya Comisión Permanente se sentaba Landelino Lavilla Alsina, fue, en la práctica, tabla de salvación. Se comenzó a exigir con rigor cada vez mayor, en todos los expedientes de elaboración de normas, la participación de los directamente interesados en el procedimiento de elaboración. La cuestión no era tanto el cumplimiento de la Sentencia, lo que evitó de modo callado y silencioso multitud de posibles impugnaciones, cuanto propugnar una mejora de la futura norma. Pasó a formar parte de la cultura

del Consejo de Estado que, sin participación de los interesados, el proyecto estaba incompleto, toda vez que, sin su informe, se había prescindido de la oportunidad de mejorar la disposición, algo que siempre procuran los que se ven afectados por ella.

Para dictaminar, la participación de los interesados se consideraba necesaria. Cuando un proyecto entra en el Consejo de Estado y no han sido oídos los interesados directamente, suele suceder, hablando desde el punto de vista de la praxis, que falta información, porque las Administraciones Públicas tienden a solucionar sus problemas, no los problemas de los destinatarios de la norma. En cierto sentido, el Letrado, a menos que por cualquier causa tenga conocimiento del sector o mucha experiencia personal en cualquier materia, está "ciego" a la hora de dictaminar, porque aunque tenga la norma, le falta el contraste de ésta con la realidad, porque no tiene información sobre la influencia de la norma en la vida de la gente.

En 1990, igual que la información pública o la audiencia tenían este régimen incompleto, tampoco era preceptiva la elaboración de Memoria alguna, ni económica, ni de análisis del impacto normativo, ni presupuestaria, ni de ningún tipo, con lo que los dictámenes eran de pura legalidad, pero las consideraciones de oportunidad, que verdaderamente son las que mejoran el proyecto, eran poco frecuentes, porque éstas suelen surgir del clamor de los interesados manifestando su oposición, a veces con tono agrio, a determinadas medidas, que pueden ajustarse a la ley pero al mismo tiempo ser oportunas o fundadas.

No había internet. En 1990 la web funcionaba por modem; poca gente tenía correo electrónico; la información volcada era escasísima; los buscadores no eran eficaces. Google nació en 1995. En 1998 sólo mostraba resultados orgánicos, con un máximo 10 por búsqueda. Gmail es del 2001. ¿Cómo entonces obtener información del sector fuera del expediente, para comprender mejor la norma? Era muy difícil y sólo estaba disponible en revistas especializadas. La participación del sector era esencial,

porque sin audiencia no había pistas sobre qué era lo verdaderamente importante en el expediente, cuando la cuestión era técnica. Y la mayoría de los reglamentos lo son.

La suma de todo clamaba por una norma que refundase el sistema, poniendo al sector, no a las Administraciones Públicas, en el centro de la norma.

La LRJPAC

Pero iba a tardar en llegar. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no remedió el problema. Lo hizo más grave.

El proyecto de fue desconcertante incluso para los acrónimos. Los había de diverso tipo. LRJ-PAC, LRJAPPAC, LRJPAC... y los siguió habiendo diferentes hasta que se derogó.

Fue nefasta la regulación conjunta del acto presunto y el silencio administrativo positivo, que tuvo que ser pronto corregida, porque daba lugar a continuos efectos perversos derivados de un uso regular incentivado por la norma.

No había excusa alguna para no regular el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Ya en 1991 el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas elaborado por el Gobierno, que no incluía procedimiento alguno de elaboración de disposiciones generales, fue valorado por el Consejo de Estado en el dictamen número 1.076/1991, de 31 de octubre de 1991. El ponente fue el Letrado D. Jaime Aguilar Fernández-Hontoria. El dictamen se explaya sobre muchas cuestiones. En lo que toca a la participación pública en la elaboración de reglamentos, contiene este párrafo (la negrita es nuestra):

"PROCEDIMIENTO PARA LA ELABORACION DE DISPOSICIONES GENERALES.

"La vigente Ley de Procedimiento administrativo incluye un Capítulo (el Primero del Título VII) en el que se fija el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. El texto consultado omite toda regulación al efecto sin que la Exposición de Motivos haga referencia a las razones que hayan sido tomadas en consideración para excluirla de un texto que —en una de sus partes principales como es la atinente al procedimiento común— comprende con naturalidad a las disposiciones generales. Considera el Consejo de Estado que debiera figurar en el texto objeto de consulta el indicado "procedimiento", al que se remite la Constitución en el Título IV, dedicado al Gobierno y la Administración. El artículo 105 a) de aquella dispone que la ley regulará "la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten". No es difícil inferir que al legislador corresponde establecer ese procedimiento en el que, desde luego, ha de quedar garantizado el derecho de participación de los ciudadanos. La sede propia de esta regulación es el texto objeto de la consulta".

Esta observación no fue esencial y debió serlo. Porque no se atendió. Es verdad que estamos ante un proyecto de ley, y que podría parecer que las Cortes pueden elaborar las leyes sin estar sujetas a los dictámenes del Consejo de Estado. Pero también es verdad que las Cortes no están por encima de la Constitución y que el argumento jurídico esgrimido está en la Constitución: el artículo 105 obliga al legislador a regular la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, y esto no se hizo. La disposición derogatoria dispuso lo siguiente:

"2. Quedan derogadas expresamente las siguientes disposiciones:

"a) De la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957; los puntos 3 y 5 del art. 22, los arts. 29, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43.

"b) De la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958: El Título Preliminar, los Capítulos primero, segundo y cuarto del Título Primero, el Título Segundo, los arts. 29 y 30, el art. 34, en sus puntos 2 y 3, el art. 35, los Capítulos segundo, tercero, cuarto y quinto del Título Tercero, el Título Cuarto, el Título Quinto y los Capítulos segundo y tercero del Título Sexto.

"c) De la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, los arts. 52, 53, 54 y 55.

"3. Se declaran expresamente en vigor las normas, cualquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

"4. Las referencias contenidas en normas vigentes a las disposiciones que se derogan expresamente deberán entenderse efectuadas a las disposiciones de esta Ley que regulan la misma materia que aquéllas".

El efecto que se produce es que, al no derogarse el capítulo primero del título sexto, quedó en vigor el procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales previsto en la LPA de 1958. Los reglamentos se iban a seguir elaborando tal y como preveía el sistema de López Rodó, con las matizaciones de la jurisprudencia postconstitucional y la exigente praxis del Consejo de Estado respecto de los Ministerios. Pero la Constitución seguía sin tener un desarrollo del artículo 105. O más bien: el

legislador consideró que el régimen de 1958 valía también después de la Constitución.

La cuestión es importante porque, si bien en 1978 no había sino preautonomías, en 1990 ya no era así, y la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo era básica, por lo que las comunidades autónomas operaban con un marco normativo que dejaba que desear. Así había de ser hasta la Ley del Gobierno.

La audiencia ante el Consejo de Estado

Para comprender el estado de la cuestión en el año 1997 es importante añadir que, desde 1980 hasta hoy, existe una posibilidad, más que un trámite, prevista en el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Esa posibilidad es la de ser oídos ante el Consejo de Estado: "pueden ser oídos ante el Consejo los directamente interesados en los asuntos sometidos a consulta. La audiencia se acordará por el Presidente, a petición de aquéllos o de oficio. La audiencia se concederá, en todo caso, cuando en la consulta esté directamente interesada, y así lo manifieste, una Comunidad Autónoma". Esta audiencia no opera en la *elaboración* del expediente, porque se produce una vez que éste está completo. Pero es verdadera audiencia, aunque no ante el Ministro sino ante el Presidente del Consejo de Estado.

Si bien la audiencia solicitada por las comunidades autónomas no es frecuente, y que tampoco es trámite de audiencia a los *interesados*, sino a la comunidad autónoma que corresponde, muchos ciudadanos acudían y acuden al Consejo de Estado en audiencia.

Como todo, este trámite tiene ventajas e inconvenientes. El inconveniente es que el interesado nunca sabe cuándo un expediente ha entrado en el Consejo de Estado y por tanto mala-

mente puede pedir audiencia. Si bien hoy día algunos Ministerios publican en internet el estado de tramitación de las normas, y por ende quien entre en su sitio web puede saber que el expediente está en el Consejo de Estado y pedir audiencia al Presidente, en 1997 los Ministerios no siquiera tenían portales en internet. Había que tener información por así decirlo extraoficial para saber cuál era el estado de tramitación del expediente y entonces pedir audiencia.

Esta es la segunda cuestión: que la audiencia es potestativa. Y es potestativa porque no es verdadera audiencia, porque la audiencia hay que *darla*, y en este caso hay que *pedirla*.

Como es potestativa, unas veces se otorga y otras no. Lo cual depende de muchas circunstancias:

- Es poco frecuente que la Presidencia deniegue una audiencia informada favorablemente por la Sección, por lo que el informe de la Sección es de gran importancia.
- Es poco probable que una audiencia se informe favorablemente cuando el expediente esté ya a despacho de la Sección: en estos casos el dictamen está hecho y la solicitud suele ser tardía o cuando menos formulada al límite del plazo ordinario de tramitación, lo que no favorece su otorgamiento.
- No suele otorgarse en los expedientes de tramitación urgente, precisamente por la urgencia declarada por el Ministro. A lo que se añade lo apuntado: si el término de la urgencia son 15 días, la probabilidad de que el interesado conozca en ese plazo que el expediente está en el Consejo de Estado y que además pida audiencia a tiempo antes de que el expediente esté a despacho, es remota.
- En general, las Secciones son favorables a proponer al Presidente la concesión de la audiencia, no sólo como cuestión

en sí, sino porque quienes piden audiencia y consultan el expediente ~~no todos lo hacen~~ hacen aportaciones que concentran los problemas de la norma en los puntos esenciales, y detectan cambios que se hayan producido durante la elaboración, lo cual es muy útil a la hora de dictaminar, porque se suscitan las cuestiones verdaderamente importantes.

- Una Sección sobrecargada, y lo están todas, antes o después, en función de las circunstancias ~~tiene~~ ^{tiende} a informar favorablemente la concesión de la audiencia, porque tácitamente alarga el plazo de dos meses.
- Las Secciones, al cabo de los años, acaban conociendo a quienes habitualmente piden audiencia, con lo que se forma una relación en la que el Letrado ponente tiene cierta intuición de qué cabe esperar de determinada audiencia, lo cual influye en que ésta se conceda o no.
- Quienes piden audiencia sólo para ver el expediente u obtener copia del mismo, con la finalidad de comprobar si ha habido cambios en el texto, pero sin posteriormente hacer alegaciones, no es fácil que obtengan crédito estable como solicitantes de audiencia, porque no es esa la finalidad de la audiencia ante el Consejo de Estado.
- Existe, en fin, un elevado número de imponderables. Una estadística de las audiencias pedidas frente a las concedidas, que yo sepa, no existe. Pero estoy seguro de que las causas de su denegación pueden adoptar una multiforme variedad, llegando incluso a la denegación pura y simple sin motivación, o al silencio descortés pero sin efecto negativo alguno, porque esta audiencia no es preceptiva, y al no haber ninguna obligación de darla, tampoco la hay de explicar su denegación.

También para el Ministerio, la audiencia de los interesados ante el Consejo de Estado puede ser muy útil, y así sucede cuando,

o bien el trámite se ha omitido, o bien cuando ha habido cambios sustanciales en el texto.

Es claro que en estos casos estamos ante irregularidades. Si, por lo que sea, se ha prescindido del trámite de audiencia, la norma en ciernes está en riesgo, y es casi seguro que el dictamen la exigirá. En estos casos, especialmente si hay urgencia, una manera a veces utilizada para sanar el problema es que el interesado haya pedido —o pida instado oficiosamente por el Ministerio— audiencia ante el Presidente del Consejo de Estado. De este modo el vicio desaparece: ya no hay indefensión. Sus consideraciones pueden incorporarse al dictamen. El caso es raro, pero se ha producido, incluso en asuntos de gran importancia. En todos ellos, en mi experiencia personal, la causa ha sido que no ha habido audiencia *formal* porque ha habido continua colaboración con los interesados en la elaboración de la norma. Pero incluso en esos casos, debe haber audiencia formal. Dado que es un derecho del interesado.

Más discutibles son los cambios fuertes en el proyecto, cuando afectan a la esencia del mismo. En tales casos, una audiencia anticuada, en la que el interesado no haya tenido oportunidad de alegar, resulta insuficiente. En estos casos resulta muy útil para el Ministerio y para el propio alegante que acudan a la audiencia ante el Consejo de Estado, donde todo queda sanado. De nuevo, ya no hay indefensión y el trámite se ha cumplido, también formalmente, porque aunque no se haya tratado específicamente del trámite de audiencia previsto en la LPA y hoy en la LGB, la audiencia está y ha sido formalmente tramitada. De esta manera se han salvado no pocos proyectos.

Conviene insistir en que esto no es verdadera audiencia ni por tanto forma correcta de tramitar. Es sólo una forma de convalidar su ausencia o su incorrección. Como se dijo antes, la audiencia hay que darla, es preceptiva. Y aunque se pueda sanar su falta por medio de una concesión graciosa ante el Consejo de Estado, puede que haya convalidación, pero no tramitación

correcta, porque los cambios en el proyecto que se hayan de hacer en virtud de lo alegado por quienes sean interesados en el proyecto, deben tener lugar antes del dictamen, no como fruto de éste.

La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno

La primera regulación postconstitucional del régimen de elaboración de disposiciones de carácter general es la que trajo consigo la Ley del Gobierno. Esta ley es fruto del trabajo de una nueva generación de catedráticos, singularmente de Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, entonces Subsecretario del Ministerio para las Administraciones Públicas. Su exposición de motivos se refiere al nuevo régimen de esta materia:

“Se regula asimismo el ejercicio de la potestad reglamentaria, con especial referencia al procedimiento de elaboración de los reglamentos y a la forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas. De este modo, el texto procede a una ordenación de las normas reglamentarias con base en los principios de jerarquía y de competencia, criterio este último que preside la relación entre los Reales Decretos del Consejo de Ministros y los Reales Decretos del Presidente del Gobierno, cuya parcela propia se sitúa en la materia funcional y operativa del órgano complejo que es el Gobierno”.

La principal innovación de esta norma en lo que toca a la elaboración de disposiciones de carácter general fueron las Memorias, cuestión que en este punto no me corresponde comentar, pues en esta obra colectiva otros van a hacerlo.

El régimen de la audiencia fue trastocado, pero en la práctica no mucho, porque como pasa con muchas leyes, básicamente lo que se hacía era asumir la jurisprudencia. Que ya se aplicaba de

hecho. También se asumió normativamente lo que ya era praxis, aunque no regla, en el Consejo de Estado. Por aquél entonces muchos expedientes se devolvían al Ministerio por defectos o por falta de audiencia.

En su redacción original, el cambio estaba en el artículo 24, no en el 26, que es el ordinal que el texto ocupa ahora. A los efectos del trámite de audiencia, la cuestión en origen estaba así (la negrita es nuestra):

“Artículo 24. Del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

“(…)

“c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

“Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

"d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).

"e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella".

En este artículo es patente el cambio, que consiste en asumir la integridad participativa del artículo 105.a de la Constitución, la Doctrina Legal del Consejo de Estado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, para qué negarlo, el clamor de los sectores y de los académicos por una mayor participación en la elaboración de normas, que puede ralentizar en algo el procedimiento, pero siempre mejorará la norma y permitirá un más exacto, rápido y motivado control jurisdiccional. Esa ha sido, en efecto, la experiencia. Los puntos fuertes son:

- La audiencia ha de darse cuando el expediente de elaboración de la norma esté finalizado. Literalmente, cuando esté "elaborado el texto". Como los textos tienen muchas versiones en su tramitación, debe quedar claro que la audiencia ha de ser sobre el texto final, justo antes de que el expediente sea enviado al Consejo de Estado. Si hay cambios posteriores esenciales en el texto, la regularidad de la audiencia queda en entredicho.
- "Un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles" quiere decir que la audiencia no tiene que ser siempre de 15 días. Hay textos —pongamos un Reglamento de Costas o un Reglamento del IRPF— que pueden necesitar más tiempo para que el plazo de la audiencia sea razonable.

- La decisión sobre cómo dar la audiencia debe ser motivada. No vale cualquier motivación: ésta debe ajustarse al procedimiento de que se trate.
- La audiencia que la ley llama *directa* debe darse a todos quienes hayan manifestado interés expreso por ser oídos. No es lo mismo una asociación que manifiesta expresamente su interés por participar en la elaboración de la norma, que las asociaciones y corporaciones que ese derecho lo tienen reconocido por ley¹³. La audiencia a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley es preceptiva. Puede prescindirse de una y otra si han participado por escrito en el proceso de elaboración.
- La omisión del trámite de audiencia sólo puede tener lugar cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan. Lo que convierte la situación en prácticamente inimaginable, porque siete días hábiles —el mínimo legalmente exigible— en la tramitación de un reglamento son un periodo muy corto en comparación con el total empleado.
- La audiencia y la información pública son trámites distintos. Así se había entendido siempre, y así se sigue enten-

Repetir la pag 115

¹³ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Sinopsis del artículo 105 de la Constitución», hace notar que la Jurisprudencia discrepa de este planteamiento. «En este punto, el Tribunal Supremo viene interpretando —también tras la entrada en vigor del artículo 24 de la Ley de Gobierno— que el trámite de audiencia sólo es exigible cuando se trate de asociaciones que no sean de carácter voluntario, interpretación que pretende tener engarce con la mención a que las organizaciones y asociaciones se encuentren "reconocidas por la Ley", pero que implica una interpretación poco proclive al fomento de la participación de los ciudadanos, quizá para salvaguardar un no siempre bien comprendido principio de eficacia administrativa. En definitiva, sólo cuando la pertenencia a la organización sea obligada (por ejemplo, Cámaras de Comercio o Colegios Profesionales) podrá considerarse obligatoria la audiencia a tales organizaciones, pero no cuando se trate de asociaciones de participación voluntaria. Cuestión distinta es que existan otras normas sectoriales (por ejemplo la anteriormente citada Ley de Consumidores y Usuarios) que así lo impongan, o que la Administración voluntariamente otorgue audiencia a organizaciones no obligatorias". Creo que no es así. Lo único que pasa es que no se ha exigido directamente al Tribunal Supremo la aplicación directa de lo previsto, ya en 1990, por el propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de 21 de noviembre de 1990.

diendo ahora. Una cosa es oír a los *interesados*, y otra permitir que participe *todo el mundo*. Los primeros tienen legitimación. Los segundos no.

No creo que valga la pena en esta sede hacer un comentario extenso de este artículo, fuera de lo ya dicho, porque son numerosos los trabajos que lo han hecho ya, y no es necesario extenderse sobre lo que a día de hoy es bien sabido. Me limitaré a señalar que la Doctrina Legal del Consejo de Estado es muy exigente en esta materia.

La multiplicación de audiencias preceptivas en leyes sectoriales

Desde 1997 hasta hoy el contexto aplicativo del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, ha sufrido tres cambios fundamentales: su extensión al procedimiento de elaboración de leyes, el nacimiento de múltiples trámites de audiencia paralelos exigidos por leyes especiales y las audiencias otorgadas por medio de consejos o comités. Esto último ha influido mucho en la diferente forma de otorgar audiencia que utilizan los diversos Ministerios.

No puedo hacer una relación completa y exacta de cuántas y cuáles son las leyes sectoriales que modifican, modalizan, explicitan o de cualquier manera mutan el régimen o incluso la legitimación en el trámite de audiencia, convirtiéndola en preceptiva para determinados colectivos, que son privilegiados por el legislador por razones muy diversas y siempre discutibles.

Pero sí puedo poner ejemplos. Los más ilustrativos son, creo yo, dos. El primero es el **urbanismo**. Desde hace muchos años las leyes que regulan el suelo y la construcción, y hoy en particular el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, otorgan un omnímodo derecho, no ya a los

vecinos, sino a todos los ciudadanos, para acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas, ser informados por escrito del régimen aplicables a cualquier finca y a participar en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate. Y no sólo esto, sino a ejercer la acción pública¹⁴.

El segundo y más singular es el **medio ambiente**. La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de

¹⁴ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre: "Artículo 5. Derechos del ciudadano. Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados. b) Acceder, en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal, a la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público, de acuerdo con la legislación reguladora de la actividad de que se trate. c) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora. d) Ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora. e) Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate. f) Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora".

"Artículo 62. Acción pública.- 1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística. 2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística".

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), es exagerada en sus exigencias de audiencia, que concede al "público" como derecho de acceso a la información, ser asistidos en su búsqueda de información, participar en la elaboración, modificación y revisión de planes, programas y disposiciones de carácter general, formular alegaciones y observaciones cuando estén aún abiertas todas las opciones y antes de que se adopte la decisión sobre planes, programas o disposiciones de carácter general, a que sean tenidas en cuenta por la Administración Pública correspondiente, a recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas y a ejercer la acción popular. Derechos que no sólo recoge el artículo 3 de modo general, sino de modo particular el artículo 16 ("Participación del público en la elaboración de determinados planes, programas y disposiciones de carácter general relacionados con el medio ambiente"), el artículo 21 ("Reclamaciones y ejecución forzosa") y singularmente los artículos 22 ("Acción popular en asuntos medioambientales") y 23 ("Legitimación"), con asistencia jurídica gratuita ¹⁵.

Esta multiplicación de audiencias genera una fuerte disfunción en el ejercicio de los derechos, pues estamos ante regímenes del todo privilegiados, por las razones que sean, que —por cierto— las leyes no motivan, sino que dan por supuestos, como si hubiera que asumir imperativamente su existencia. Son regí-

¹⁵ Artículo 23.- "1. Están legitimadas para ejercer la acción popular regulada en el artículo 22 cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular. b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengán ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos. c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa. 2. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro a las que se refiere el apartado anterior tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita". Asistencia gratuita no quiere decir que el abogado no sea de libre elección o que no cobre, sino que paga el Estado y lo escoge la Asociación.

menes especiales expansionistas del derecho a la audiencia, y de muchos otros "derechos" regulados por bulas especiales.

Los regímenes especiales que cercenan o mejoran la audiencia

Contrastan los referidos fueros especiales que gozan de sistemas de preferencia social a favor de valores legalmente impuestos, con otros sectores normativos en los que la audiencia se da, durante el procedimiento de elaboración de las normas, de modo cercenado.

De nuevo, y aun a riesgo de alargar en exceso esta exposición, pondré un ejemplo, porque es la mejor manera de comprender la situación. En materia de **educación**, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), desde hace muchos años, instrumenta la participación pública de los padres, que son los llamados a determinar cómo reciben sus hijos la formación religiosa y moral que está de acuerdo con sus propias convicciones¹⁶, no por medio de las asociaciones creadas por éstos, sino obligando a éstos a intervenir en la elaboración de las normas por medio del Consejo Escolar del Estado (LODE, artículo 31). Esto, que contrasta no poco con lo anterior, sobre todo porque estamos ante un derecho fundamental, y el derecho a un aire puro o agua limpia no lo es, limita decisivamente la participación de los padres en la elaboración de las normas que les afectan a ellos y a sus hijos.

Es cierto: no consta que las asociaciones de padres hayan hecho uso intensivo ni de la posibilidad que la jurisprudencia les otorga desde hace mucho, y ahora también la LGB, de exigir

¹⁶ Constitución, Artículo 27.3: "Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

audiencia directa durante la elaboración de la norma, y menos aún de su capacidad de acudir a los Tribunales, porque cuesta dinero (recuérdese que las asociaciones ecologistas litigan con beneficio de pobreza). Pero esto no quiere decir que de hecho no haya, en las leyes sectoriales, muy diversas varas de medir.

Este problema surge con mayor o menor intensidad discriminatoria en otros sectores, como la **sanidad**, donde el sector farmacéutico tiene un tipo de audiencia (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios) y los médicos otra bien distinta (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

Estas diferencias en la tramitación regulada por normas sectoriales tienen mucho que ver con la presión social y jurisdiccional ejercida por los afectados. La audiencia se ve afectada por el arte de recurrir y la frecuencia de los recursos. Desde siempre, el grado de intensidad de la audiencia ha tenido que ver con el gasto en abogados ante el Tribunal Supremo. Las asociaciones de **Guardias Civiles** y las asociaciones de **Agricultores** o **Pesquerías** tienen, de hecho y de derecho, trámites de audiencia personalizados porque no consienten quedarse fuera del procedimiento: recurren todo lo que se ha tramitado sin haberles oído. Lo mismo sucede con las asociaciones de **Funcionarios** o incluso con **contribuyentes** individuales. Pero no es así en todos los sectores, más pacíficos jurídicamente. La praxis demuestra que la presión social y jurídica modifica leyes y crea derechos de audiencia, mientras que la falta de participación da lugar a exactamente lo contrario.

La discordancia entre la LRJSP, la LGB y la LPACAP

No puedo cerrar este trabajo sin indicar que el legislador, en mi opinión por inadvertencia —o sea, por error— cuando en la LPACAP y en la LRJSP lo modificó todo, no percibió que, si bien

la disposición final 3.12 de la LRJSP modificaba la LGB para regular la elaboración de disposiciones de carácter general, esto mismo lo regulaba también la LPACAP en su artículo último, el 133¹⁷. En la actualidad hay dos normas que regulan lo mismo. Son el artículo 133 de la LPACAP y el artículo 26 de la LGB¹⁸. No son del todo concordantes, por lo que la duda es cuál se aplica, porque ninguno ha derogado expresamente al otro.

Como dijo en su día José SUAY MILIÓ, que durante años fue mi Letrado Mayor en la Sección 2.^a del Consejo de Estado, “la

¹⁷ Puede observarse que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, contiene una segunda y distinta regulación, a la que se contiene en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. **“Artículo 133. Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos”.** 1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. 2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto. 3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia. 4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen. Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella”.

¹⁸ Luego además este artículo ha sido sucesivas veces modificado.

imaginación de hoy es el expediente de mañana". Lo que yo no sabía que iba a ver eran dos leyes regulando lo mismo.

Mi opinión, para solucionar esta aporía, categoría a la que se refirió el insigne y nunca suficientemente acreditado José Luis VILLAR PALASÍ¹⁹, hay que acudir a los apotegmas jurídico-lógicos, que en este caso se resumen en la aplicación del artículo 2.2 del Código Civil: las leyes sólo se derogan por otras posteriores, por lo que hay que estar a la LGB, no a la LPACAP, porque su texto trae causa de la ley 40/2015 (posterior) y no de la 39/2015 (anterior), y porque el legislador ha modificado ya 4 veces la LGB sin tocar para nada el artículo 133 de la LPACAP²⁰.

El régimen actual. Una valoración

El régimen original de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, fue sustancialmente modificado por la actuación conjunta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Hasta el 2 de octubre de 2016, fecha de la entrada en vigor de estas dos leyes, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, se aplicaba pacíficamente. En la práctica el sistema funcionaba tal y como ha descrito Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA²¹:

¹⁹ José Luis VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos a la luz del nuevo título preliminar del código civil, desde una perspectiva teórica*, Tecnos, Madrid 1975.

²⁰ Aunque no sea muy riguroso, si se atiende a la praxis de los Ministerios y de quienes hacen alegaciones en los expedientes, puede también observarse que muy pocos citan el artículo 133 LPACAP y todos citan el artículo 26 LGB. Esta praxis denota dónde está la atención de los operadores jurídicos.

²¹ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Sinopsis del artículo 105 de la Constitución».

“(...) el Tribunal Supremo viene interpretando—también tras la entrada en vigor del artículo 24 de la Ley de Gobierno— que el trámite de audiencia sólo es exigible cuando se trate de asociaciones que no sean de carácter voluntario, interpretación que pretende tener engarce con la mención a que las organizaciones y asociaciones se encuentren “reconocidas por la Ley”, pero que implica una interpretación poco proclive al fomento de la participación de los ciudadanos, quizá para salvaguardar un no siempre bien comprendido principio de eficacia administrativa. En definitiva, sólo cuando la pertenencia a la organización sea obligada (por ejemplo, Cámaras de Comercio o Colegios Profesionales) podrá considerarse obligatoria la audiencia a tales organizaciones, pero no cuando se trate de asociaciones de participación voluntaria. Cuestión distinta es que existan otras normas sectoriales (por ejemplo la anteriormente citada Ley de Consumidores y Usuarios) que así lo impongan, o que la Administración voluntariamente otorgue audiencia a organizaciones no obligatorias”.

Esto vale para la LGB antes de la reforma que operó en este artículo la LRJSP. Pero desde entrada en vigor de la LRJSP (2 de octubre de 2016) ya no es así. La LRJSP, en su disposición final tercera, modificó la LGB, pasando el artículo 24, antes reproducido, al artículo 26, con grandes cambios en cuanto a la audiencia.

Se introdujo el portal web como herramienta de tramitación, exigiendo dos publicaciones. Una primera, antes de comenzar la elaboración del texto, como consulta pública previa. Y una segunda publicación, que no elimina la anterior, debe hacerse, en el mismo portal web, “*con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades*”. Esta la audiencia propiamente dicha desde 2016.

Además, “*podrá* recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen

o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto”.

Es decir: cambia el régimen. Se da audiencia por medio de la *web* a todos los afectados, y se *podrá* pedir opinión —no dar audiencia— a las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley²²:

“6. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

²² La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la redacción que tiene a 26 de septiembre de 2023, dice en cuanto a la audiencia lo siguiente: “6. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

“El plazo mínimo de esta audiencia e información públicas será de 15 días hábiles, y podrá ser reducido hasta un mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen; así como cuando se aplique la tramitación urgente de iniciativas normativas, tal y como se establece en el artículo 27.2. De ello deberá dejarse constancia en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

“El trámite de audiencia e información pública sólo podrá omitirse cuando existan graves razones de interés público, que deberán justificarse en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Asimismo, no será de aplicación a las disposiciones presupuestarias o que regulen los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas”.

Puede observarse que el cambio es total, porque se invierten los términos. Los “dos grupos nítidamente diseñados” a que se refiere la Sentencia (quienes tienen por ley la representación de sectores y las asociaciones a las que la ley no otorga representatividad) para la jurisprudencia tenían distinta preferencia. Pueden exigir la audiencia las asociaciones que no sean de carácter voluntario, y los demás deben ser oídos si lo piden: las asociaciones de origen voluntario pueden ser cauce de participación pero han de hacer acto de presencia. Una vez conocidas, deben ser convocadas.

En mi opinión estamos ante un doble atraso. El primero es que los ciudadanos afectados por la norma no ganan derechos, sino que los pierden. Es cierto que todos pueden ahora participar, porque la Web publica el proyecto para que todo el mundo pueda intervenir. Pero este modo de tramitar *no es audiencia*. Porque no se *da* audiencia, en el sentido de convocar expresamente al procedimiento a los directamente afectados por la norma, sino que se abre un plazo genérico, de cuya apertura no todo el mundo necesariamente está informado, para alegaciones, en el que se puede ser oído, pero sin que antes se haya recibido notificación personal e individualizada de la convocatoria. El efecto que se produce es que nadie garantiza que los directamente afectados por la norma siquiera se enteren de que el procedimiento está en tramitación. Por lo que, en mi opinión, ya no hay propiamente audiencia, sino nueva información pública, porque no se convoca al procedimiento en modo alguno, para que puedan participar, a los conocidamente interesados por los efectos de la norma en tramitación.

El segundo atraso es que la nueva redacción cercena el contenido efectivo del artículo 105.a de la Constitución, al presentar como opción y no como obligación el *derecho* a la audiencia de las organizaciones o asociaciones reconocidas *por ley* para representar a las personas con derechos e intereses afectados por la norma, y lo convierte en una mera facultad. Creo que esto es un error. Puede que la LGB diga que es una opción y que

la LPACAP lo repita. Pero lo que ninguna de las dos puede derogar es el hecho de que las asociaciones que *por ley* amparan intereses de grupos sociales, aunque la LGB diga que *pueden* ser llamadas al procedimiento, la propia ley que las crea y regula *obliga* a que sean llamadas al mismo.

No creo que quepa ninguna otra interpretación razonable de todos los artículos en juego, que incluyen las leyes de creación de esos organismos y colegios profesionales, y no creo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueda validar sin más como opcional lo que durante 65 años ha venido siendo un logro incontestable del Estado de Derecho, propiciado además por la Constitución y por la propia jurisprudencia²³.

Esta conclusión es generalizada, aunque se llegue a ella por otra vía. En la obra colectiva dirigida por Concepción CAMPOS ACUÑA²⁴, se sostiene lo siguiente (la negrita es nuestra):

“Por su parte, y con independencia de que se haya realizado o no la consulta previa, es necesario, práctica-

²³ La propia Abogacía del Estado duda sobre si es real que la audiencia como tal haya sido eliminada: “Además, frente al carácter imperativo que la LG había conferido a este trámite, la LPAC parece rebajarlo a una mera posibilidad, «podrá también recabarse», quedando por tanto al juicio discrecional del centro gestor oír a tales asociaciones u organizaciones. Ello se contrarresta con la naturaleza preceptiva del trámite de información pública a los ciudadanos afectados, pudiendo también recabarse «cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades»”. Así en *Novedades en el Procedimiento Administrativo y en el Régimen del Sector Público: Abogacía del Estado. Actualizado en Octubre de 2016*, Francis Lefebvre, Madrid 2016, página 273.

²⁴ María Concepción CAMPOS ACUÑA, *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*, El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas de Madrid, 2ª edición 2021, página 980. Me resulta imposible estar de acuerdo, sin embargo, con que la “visión corporativista tradicional” carezca de sentido. Este autor sigue diciendo: “En todo caso, más allá de la denominación, la ley establece inequívocamente su apertura en general a todos los ciudadanos, superando por fin la visión corporativista tradicional, con la finalidad de recabar así cuantas más aportaciones diversas y plurales, mejor. Adicionalmente, y como residuo regulativo de la tradición española, se prevé la posibilidad de que haya, junto a esta exposición pública, una actividad de recabar información de modo más directo respecto de los interesados (lo que sí se corresponde con un trámite de audiencia tradicional) más directos. Esta previsión ha sido criticada por quienes consideran que de este modo se está devaluando el trámite (Santamaría Pastor, 2016) o proponen mecanismos más ambiciosos de participación consideran que deberían ser en todo caso impuestos a todas las Administraciones Públicas (Araguás Galcerá, 2016)”.

mente en todo caso, dentro del proceso, realizar un segundo trámite participativo para toda aquella regulación que afecte a derechos e intereses legítimos de personas, ya sean ciudadanos o empresas.

“El trámite regulado por el art. 133.2 LAPC trae causa de la regulación tradicional (Melero Alonso, 2005) sobre sometimiento a trámite de audiencia de los proyectos de reglamentos, pero por fin se configura como una verdadera exposición pública abierta a toda la ciudadanía aunque, sorprendentemente, siga siendo calificada por la norma —quizás para respetar la tradición respecto de la nomenclatura del trámite, por mucho que éste haya sido profundamente modificado y superado— de «audiencia»”.

El Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (n.º 275/2015, aprobado el 29 de abril de 2015), hizo una importante observación sobre esta cuestión. El artículo era entonces el 161.4 y se dijo lo siguiente sobre el anteproyecto de Ley (la negrita es nuestra):

“1º) Que procede llevar a cabo una reconsideración general de la iniciativa constituida por el anteproyecto objeto de consulta y por el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en línea con las consideraciones formuladas en este dictamen así como en el dictamen 274/2015 y , en particular, valorar la opción de abordar la reforma mediante la regulación separada del régimen común de las Administraciones Públicas y demás entidades integrantes de los diferentes sectores públicos, por una parte, y del correspondiente a la Administración del Estado y al sector público estatal, por otra.

“2º) De manera subsidiaria respecto de lo dicho en el apartado anterior y para el caso de que, no obstante, V.E., junto con la Ministra de la Presidencia, decidan elevar el

anteproyecto al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de Ley, previamente corresponderá tener en cuenta las observaciones formuladas respecto del fundamento constitucional del título VI y de los artículos 20, 26 y 41.1 (apartados III.C.4 y III.C.5 del dictamen, respectivamente), así como las relativas a los artículos 38, 75, (apartados 3 y 4) 92, 94, 132, 159.2 y 161.4 (números 8, 15.a), 19, 27, 41 y 43 del apartado IV) y considerar las restantes que se contienen en el cuerpo del presente dictamen”.

Es muy importante atender al fundamento de estas dos conclusiones. Es el siguiente (la negrita es nuestra):

*“Siguiendo con el examen de este precepto, su apartado 4 se dedica a la regulación de la audiencia a los ciudadanos, en términos similares a los del vigente artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, pues se prevén también los trámites de audiencia y de información pública, si bien el anteproyecto introduce ciertas variaciones que, a juicio del Consejo de Estado, **restringen el ámbito de la actual redacción legal de esta cuestión.** Así, mientras la Ley del Gobierno prevé que la audiencia se hará directamente a los ciudadanos cuyos derechos e intereses legítimos se vean afectados por el correspondiente proyecto normativo o a través de las organizaciones y asociaciones que les representen, el texto proyectado sólo prevé la audiencia por medio de estas últimas, eliminando la audiencia directa a los ciudadanos. Junto a ello, se prevé que el centro directivo competente “deberá optar, al menos, por uno” de tales trámites, esto es, por la audiencia o por la información pública. La redacción proyectada no se estima afortunada: no es posible que quede al arbitrio del centro directivo responsable de la tramitación conceder o no audiencia a los ciudadanos o a las organizaciones que los representan si la norma en proyecto afecta a sus derechos e intereses legítimos, **pues en ese caso, la audiencia ha de concederse siempre.**”*

“Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia a la vista de lo establecido en el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, que distingue claramente entre "audiencia a los ciudadanos afectados" e "información pública". Según la STS de 12 de febrero de 2002 (recurso nº 160/2000), la audiencia, "preceptiva siempre, puede llevarse a cabo bien de forma directa, bien a través de las organizaciones y asociaciones representativas reconocidas en la Ley, en tanto que la segunda, encaminada a oír a la generalidad de los ciudadanos, resulten o no afectados sus derechos o intereses legítimos, sólo procede en los casos en que la naturaleza de la disposición lo aconseje. Que se trata de supuestos distintos resulta no solo de la expresión "ciudadanos afectados" que utiliza la norma para establecer la necesidad de motivar la decisión que se adopte en cuanto al procedimiento a seguir; sino también del adverbio "asimismo" que tiene carácter claramente acumulativo y no alternativo. No es que deba optarse entre audiencia pública y audiencia a los ciudadanos afectados: la segunda es preceptiva en todos los casos, en tanto que la primera está en función de la naturaleza de la disposición. La opción, en lo que atañe a la segunda, se concreta al procedimiento elegido para llevar a cabo la audiencia, procedimiento que comprende tanto aspectos formales como subjetivos y entre los primeros, naturalmente, el de si la audiencia ha de ser directa o por medio de organizaciones o asociaciones representativas legalmente reconocidas. Pretender reducir la opción a "información pública versus audiencia a ciudadanos afectados", así como la exigencia de motivación a los supuestos en que se opte por la información pública, es, en nuestra opinión, simplemente contrario a la norma".

“A juicio del Consejo de Estado, no está al alcance del legislador una regulación como la proyectada, de la que parece deducirse que efectivamente se convierten en alternativas la audiencia y la información pública, pues la audiencia, ya sea directa, ya a través de organizacio-

nes o asociaciones representativas, debe concederse siempre por imperativo de diversos preceptos constitucionales (artículos 9.2 o 105), salvo que concurran graves razones de interés público que justifiquen la omisión (artículo 24.1.c) in fine de la Ley del Gobierno y proyectado artículo 161.4, último párrafo, ab initio)".

La observación no se atendió por el Gobierno, como indica oficiosamente la Abogacía del Estado en el "Memento" que ésta escribió colectivamente²⁵.

Sea como fuere, la praxis en el Consejo de Estado exige la participación *efectiva* —el informe de las asociaciones y corporaciones que por ley representan intereses de sectores específicos— por lo que los casos afectados por cualquier lenidad interpretativa serán pocos o ninguno.

Por mi parte creo que hay que ir más allá. La participación de todo el mundo que quiera decir algo en el trámite de audiencia, como si la audiencia fuera una segunda consulta pública hecha sobre el texto ya casi acabado, es un error práctico, porque la experiencia enseña que a este trámite acude mucha gente que apenas conoce el asunto; interviene de modo sesgado y procurando ser original o defender ideas peregrinas; no representa intereses sino verborrea de original ideología; aporta poco o nada; dificulta enormemente la tramitación, y obliga a contestar alegaciones con un esfuerzo para el que los Ministerios no están dotados. El efecto que se produce es que quedan sin adecuada y profunda respuesta las *verdaderas alegaciones*, que son las de quienes representan los intereses del sector, ya sea por ley

²⁵ *Novedades en el Procedimiento Administrativo y en el Régimen del Sector Público*, página 273: "Las observaciones del Consejo de Estado fueron tan solo parcialmente recogidas en el Proyecto de Ley por cuanto, si bien se suprimió la posibilidad de optar por la audiencia o el trámite de información pública, la audiencia tal y como se ha configurado finalmente por el legislador se realizará de forma indirecta, a través de «organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto»".

o porque, como asociación particular que muestra interés, se ha personado en el expediente ²⁶.

Creo que debe quedar claro que el trámite de audiencia no es una segunda información pública u otra forma genérica de participación, sino verdadera *audiencia*, en la que la legitimación debe estar especificada y justificada, y por lo mismo limitada, ya que quienes conocen los verdaderos intereses de la regulación en ciernes no es todo el mundo que tenga una ocurrencia o ese día esté inspirado para participar en la Web, sino quienes están directamente afectados por la norma ²⁷. Nadie mejor que el Profesor SANTAMARÍA PASTOR se ha ocupado de esta cuestión (la negrita es nuestra) ²⁸:

²⁶ Me resulta imposible de compartir que "una de las cuestiones a plantear respecto de la nueva regulación es, precisamente, si esta dualidad conserva algún sentido o si, habiendo ampliado ya la ley suficientemente la participación y transparencia, al permitir formar parte del trámite a cualquier ciudadano interesado, no tendría más sentido subsumir toda participación ciudadana, también la de las personas y colectivos más directamente interesados o concernidos por la nueva regulación, en la forma primera y más general de participación ligada a un modelo de información pública. Téngase en cuenta, a estos efectos, además, que la adaptación del trámite a la tecnología disponible diluye todavía más cualquier posible diferencia, que pasa a ser un tanto artificiosa, por lo que quizás la confusión de ambos trámites en todos los procedimientos fuera la solución regulatoria más coherente" (María Concepción CAMPOSACUÑA, *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*, página 981). Esta apreciación opera en términos hipotéticos y no conoce los verdaderos problemas que de hecho se generan a la hora de la elaboración de disposiciones de carácter general, que requieren concentrar los problemas donde el Ministerio y las Empresas los sitúan, no en cuestiones hipotéticas o sesgadas, tan frecuentes cuando numerosos particulares tienen el capricho de alegar.

²⁷ Los referidos autores mitigan su opinión reduciendo su intensidad: "Ello no obstante, y como ya se ha comentado, por otro lado, la participación «buscada» es siempre una buena idea, como demuestran las experiencias en nuestro entorno comparado. Lo cual nos lleva a defender que la solución óptima pase por una combinación de ambos trámites en uno solo que no prescindida de, sino que incentive, la obligación de la Administración pública de promover activamente la participación, invitando a pronunciarse, y facilitándoles por todas las vías y canales que lo hagan, a todos aquellos colectivos y personas que se prevea que puedan estar particularmente concernidos por la norma. Aunque la redacción no sea quizás todo lo afortunada que podría haber sido, parece razonable entender que el art. 133.2 LPAC, precisamente, se ha de aplicar en esta línea (Arroyo Jiménez, 2017)". (*Ibidem*, página 981). Incluso así sigo pensando que es una mala idea porque la audiencia es un derecho cuyo ejercicio tiene limitada la legitimación, y la participación es una forma de transparencia.

²⁸ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas", *Civitas, Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 175/2016, (BIB 2016\775), páginas 31-55.

“La audiencia de las organizaciones representativas —que la legislación antes vigente ya preveía, como es bien sabido— se recoge en la nueva como un tercer trámite participativo, dirigido a «las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto». En este caso, los textos legales parecen prescindir del vehículo de la publicación en un portal web: al decir que «podrá también recabarse directamente la opinión...» se está aludiendo, a mi juicio, a una comunicación o notificación individual y personalizada, como actualmente se hace. Pero, en contraste con la regulación que se deroga, este trámite parece configurarse como meramente facultativo, como revela la expresión «podrá» que la norma utiliza; lo cual dista mucho de ser satisfactorio ya que, desde el punto de vista de su utilidad participativa, esta audiencia es, sin duda, mucho más relevante que las dos consultas vía internet anteriores”.

“En conjunto, ha de reconocerse que el legislador ha hecho un notable esfuerzo por reforzar los mecanismos de participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas. Pero caben serias dudas de que los establecidos sean suficientes y eficaces: la exposición escrita de observaciones y sugerencias a través de la red posee una capacidad de impacto muy reducida en las opiniones de los servicios administrativos que gestionan el procedimiento; más aún, si dichas opiniones se ven rodeadas de propuestas arbitristas o disparatadas, que el uso de la red propicia (como lo demuestra el vertedero en que se ha convertido Twitter). Pueden llegar a ser útiles, en casos aislados, ambas consultas públicas; pero limitar la participación de las organizaciones representativas de intereses a la formulación de un frío documento de críticas y propuestas es ciertamente muy poca cosa, porque

dichos documentos son contemplados por los servicios de la Administración con la atención justa (porque a nadie agradan las críticas). Se echa de menos en la reforma una apuesta decidida por sistemas de participación mucho más directos y negociales, mediante la celebración de reuniones con los representantes de dichas organizaciones, como otros ordenamientos practican con habitualidad y como se hace en ocasiones aisladas entre nosotros, puesto que nada es más eficaz ni produce mayor sensación de ser realmente oídos que el contacto personal. Es cierto que la redacción de esta normas no impide la celebración de estas sesiones de diálogo y negociación: «recabar directamente la opinión» puede interpretarse en este sentido; pero la posterior mención que se hace a que «el plazo mínimo de esta audiencia e información públicas será de 15 días hábiles» (art. 26.6RCL 1997, 2817-A.26 de la Ley del Gobierno; tal plazo no figura en la LCAP) parece revelar que esta recepción de opiniones habrá de realizarse normalmente mediante la presentación de un escrito; como siempre”.

Por todo lo cual postulo una vuelta a la regulación original del artículo 24 de la LGB y a la sensata postura de la Sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de 21 de noviembre de 1990.

Compendio conclusivo

Desde los orígenes de nuestro Derecho Administrativo la audiencia a los directamente interesados por las normas en su proceso de elaboración estuvo excluida. Surge limitada en 1958 (LPA), se expande poco a poco por efecto de la jurisprudencia más avanzada del Tribunal Supremo. Desde 1990, por efecto de la constitución, para la jurisprudencia se convierte en exigencia para las corporaciones y asociaciones que por ley representan intereses de sectores determinados y para las asociaciones que

se personen en el expediente. Este régimen continúa con la LRJPAC y es modificado por la LGB, con una primera regulación completa y sustancialmente perfecta. Este régimen es mal modificado por la LPACAP y por la LRJSP, que dejan a la LGB peor que estaba, y duplicando normas, en gran medida por no haber atendido las observaciones del Consejo de Estado. A día de hoy las leyes no prevén un verdadero trámite de audiencia sino varios trámites de participación. La audiencia a las corporaciones y asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma, ha dejado de ser preceptiva según las normas de procedimiento, pero no según las normas sustantivas, porque el derecho de representación legalmente creado genera por sí mismo un derecho de audiencia.