

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo*

I. En esta intervención, haré una presentación general del Código de Procedimiento Administrativo y abordaré dos o tres problemas relacionados con éste.

Empiezo, naturalmente, por felicitar esta iniciativa del Instituto Nacional de Administración Pública de España en colaboración con la Facultad de Derecho de Lisboa y bajo los auspicios de la Secretaría de Estado de Modernización Administrativa. Considero que se trata de una nueva forma de encarar la preparación de la entrada en vigor de las leyes más importantes del país, y creo que esta iniciativa, como otras que le seguirán, va a contribuir en gran medida a facilitar la comprensión y la entrada en vigor sin sobresaltos del nuevo Código.

Comenzaré por decir que, como fue recordado por el Sr. Secretario de Estado hace poco, la primera vez que en un texto legal portugués se prometió al país la elaboración de un código de este tipo fue en la «Ley de Presupuestos para 1962». El Código va a entrar en vigor en mayo de 1992, lo que significa que llevó 30 años cumplir esa promesa.

Traducción del portugués realizada por Alba NOGUEIRA LÓPEZ, Área de Derecho Administrativo, Universidade de Santiago de Compostela.

*Este texto se corresponde, con pequeñas modificaciones de orden formal, con la versión escrita de una conferencia pronunciada en el Seminario sobre el «Código de Procedimiento Administrativo», organizado por el Instituto Nacional de Administración (INA), en colaboración con la Facultad de Derecho de Lisboa, en la Fundación Calouste Gulbenkian (Lisboa) en marzo de 1992 y ya publicado en la obra *O Código do Procedimento Administrativo*, s/I, INA, 1992, pp. 21-37.

Se añadieron, desde entonces, las notas a pie de actualización del texto necesarias por las alteraciones que el Decreto-ley n.º 6/1996, de 31 de enero, introdujo en el Código de Procedimiento Administrativo y, también, notas indicativas de otros trabajos del autor donde se tratan de forma desarrollada algunos problemas aquí referidos de modo sumario.

Y si nos acordamos de que la Constitución Política de 1976 también imponía la obligación de elaborar una ley de este tipo, podremos aun decir que llevó 16 años cumplir el precepto constitucional...

La primera versión del Código, como ya fue recordado, data de 1980 y fue esencialmente de la autoría del Sr. Dr. Rui Machete. Esa primera versión fue puesta en discusión pública y de esta discusión resultó la elaboración de una segunda versión, que estuvo a cargo del Dr. Rui Machete, igualmente, y del Sr. Consejero Pamplona Côrte-Real: fue una versión de 1982. Después, en 1987, la Sra. Secretaria de Estado de Modernización Administrativa, Dra. Isabel Côrte-Real, tuvo la gentileza de invitarme a retomar este problema y elaborar una nueva versión que fuese más simple, más corta, más clara, y que quedase en condiciones de poder ser publicada.

Fue entonces cuando comencé a trabajar con un equipo de colaboradores de la Facultad de Derecho de Lisboa —los Srs. Drs. João Raposo, João Caupers, João Martins Claro y Vasco Pereira da Silva—. En conjunto trabajamos durante cerca de dos años, elaborando una nueva versión, a la que podemos llamar tercera versión de este proyecto.

Las dos primeras están publicadas ambas en el *Boletim do Ministério de Justiça*; la tercera aún no está publicada^{1,2}.

A finales de 1989 entregamos, pues, al Gobierno nuestra tercera versión, un anteproyecto que fue después objeto de estudio y de concertación interministerial en el ámbito del Gobierno y de la alta administración central del Estado. De ese trabajo resultó aquello que podríamos llamar una cuarta versión, deudora de las modificaciones que el Gobierno entendió que debía introducir en nuestro texto.

Esa cuarta versión acabó por convertirse en ley: fue, como todos saben, el Decreto-Ley, n°442/1991, de 15 de noviembre.

II. ¿Cuáles fueron los principales puntos en los que el Gobierno se apartó del proyecto que la Comisión le había presentado? No fueron muchos: de un modo general, el Gobierno aceptó y perfiló las propuestas que le hicimos, pero, descontando ahora problemas de detalle, hubo tres puntos importantes en los que el Gobierno no acogió el texto de la Comisión.

El primero fue la reglamentación del «principio de administración abierta». Como saben, fue en la revisión constitucional de 1989 donde

¹ De ella se da noticia, detalladamente, en Diogo FREITAS DO AMARAL *et alli.*, *Código do Procedimento Administrativo anotado*, 3ª cd. Coimbra, 1997, donde a propósito de cada artículo se informa si la redacción sufrió o no alteraciones, y cuáles, en relación con el proyecto de la Comisión. Éste es, pues, indirectamente, susceptible de ser reconstruido a partir de esas informaciones.

² Sobre la realización del texto, cfr., de forma desarrollada, Diogo FREITAS DO AMARAL, «Os antecedentes e a elaboração do Código do Procedimento Administrativo», en *Legislação. Cadernos de Ciência da legislação*, n°9/10, enero-junio 1994, pp. 9-27.

se introdujo en nuestra Constitución el llamado principio de administración abierta, que consta hoy en el artículo 268.2 de la Constitución, a raíz del cual los ciudadanos tienen el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley en materias relativas a la seguridad interna y externa, a la investigación criminal y a la intimidad de las personas. Es un principio moderno que ha llegado a ser adoptado en los principales países democráticos del mundo, y que entre nosotros quedó consagrado en 1989 en la Constitución. Elaborándose después de la revisión constitucional un Código de Procedimiento Administrativo, se imponía naturalmente reglamentar y permitir la entrada en vigor de aquel principio general. Así se hizo. Sin embargo, el Gobierno entendió que no debía acoger nuestra propuesta y adoptó una formulación que personalmente no me satisface, remitiendo (art. 65.2) a una ulterior legislación especial la regulación del principio de administración abierta.

Desde mi punto de vista, considero que no fue una orientación acertada, porque hacer un Código de Procedimiento Administrativo a finales del siglo XX haciendo referencia al principio de administración abierta, pero sin dejarlo actuar, es un poco lo mismo que ir a Roma y no ver al Papa.. Pienso que debería haber sido ésta la ocasión y el lugar para reglamentar y poner en práctica el principio de administración abierta. El Gobierno no lo entendió así. Resta esperar que la ley especial mencionada que debe regular la materia no tarde mucho³.

El segundo punto en el que el Gobierno se apartó de nuestras propuestas fue el relativo a los reglamentos. Este Código es innovador en el sentido de que, por primera vez, regula genéricamente la figura del reglamento como forma de actividad administrativa, inspirado en la Ley de procedimiento administrativo norteamericana de 1946 que también lo hace. De acuerdo con esa ley, nos proponíamos que se adoptasen en relación con la elaboración de reglamentos de la Administración pública dos ideas que hace ya tiempo que se practican en los Estados Unidos de América. La primera es que sea obligatoria la audiencia previa a los interesados cuando se elabore un proyecto de reglamento; la segunda idea es la de la información pública en un cierto plazo de los reglamentos, extendiendo, por tanto, a todos los reglamentos aquello que hoy ya existe en la Constitución para la legislación laboral, esto es, que haya un período de audiencia pública para que las instituciones interesadas puedan decir sus observaciones acerca de los proyectos de reglamentos. También esta materia fue remitida por el Gobierno a una ley especial a publicar en el futuro. Por las mismas razones de antes, considero que habría sido preferible aprovechar este Código, que era el lugar propio para estos efectos, para regular la

³ Esta ley ya fue publicada. Se trata de la Ley n° 65/1993, de 26 de agosto.

materia; sólo me resta esperar que la ley que debe regular en especial ese asunto no tarde mucho, y que en una futura revisión del Código se pueda introducir en el lugar adecuado esta regulación.

Finalmente, un tercer punto en que el Gobierno se apartó del proyecto de la Comisión fue en los efectos de la «reclamación» sobre los plazos del recurso, sea del recurso jerárquico sea del recurso contencioso. Nosotros habíamos propuesto que la reclamación suspendiese los plazos del recurso; el Gobierno no siguió esa orientación y mantuvo la orientación que estaba en vigor hasta ahora, que es la de que la reclamación no suspenda ni interrumpa los plazos del recurso⁴.

Éstos son los puntos principales en los que el Gobierno no aceptó las propuestas de la Comisión. Nada más, y sacando algunos aspectos de redacción que fueron alterados a última hora, no siempre en la mejor dirección, el proyecto fue aceptado y fue transformado en ley.

III. Me gustaría ahora aportar una lista, naturalmente sintética, de las principales innovaciones que este Código introduce en nuestro orden jurídico. La verdad es que en muchas materias el Código se limita a formular en una ley aquello que ya era la opinión pacífica de la doctrina o de la jurisprudencia sobre numerosas cuestiones de Derecho administrativo. Pero el Código contiene importantes alteraciones que voy a pasar a enunciar. Son quince:

1) Se realiza por primera vez en nuestro país la regulación genérica del funcionamiento de los «órganos colegiados» de la Administración Pública (arts. 14 y ss. CPA). Todas las reglas relativas a la convocatoria, reunión, deliberación, modo de votación, actas y otras cuestiones respecto al funcionamiento de los órganos colegiales, encuentran ahora una reglamentación genérica común a todos los órganos de la Administración Pública.

Debo decir, casi entre paréntesis, que en esa regulación hay dos novedades muy importantes. La primera es la prohibición de las abstenciones: a partir de la entrada en vigor de este Código, los miembros de los órganos colegiados de la Administración Pública no pueden abstenerse de votar, tienen que votar a favor o en contra⁵. La segunda

⁴ Sin embargo, en la revisión del CPA efectuada por el Decreto-Ley n° 6/1996, de 31 de enero, el legislador acogió la idea del proyecto de 1991. Así, de acuerdo con el actual Derecho administrativo portugués, tratándose de actos insusceptibles de recurso contencioso el reclamante puede esperar la decisión de la reclamación sin tener que preocuparse por no dejar agotar el plazo del recurso jerárquico necesario (art. 164.19).

⁵ En la revisión del CPA de 1996 se restringió esta regla a los órganos consultivos, que tienen el deber legal de emitir un juicio preciso acerca de una cuestión objeto de consulta, lo que implica la prohibición de abstención de sus miembros. Se procuró, pues, conciliar el espíritu innovador que había presidido la elección de la opción originaria, con la opinión de

es la atribución de poderes especiales, que hasta ahora no existían, a los presidentes de los órganos colegiados que, si quedaran en minoría en una votación y si considerasen que el órgano colegiado aprobó una decisión ilegal, pasan a estar legitimados para interponer recurso contencioso contra esa decisión de su propio órgano colegiado (art. 14.4 CPA); esto es, los presidentes de los órganos colegiados se transforman en órganos vigilantes de la defensa de la legalidad del propio órgano.

2) Se establece la extensión de la legitimación a los titulares de «intereses difusos». Como saben, ésta es una materia muy en boga hoy en día, la defensa de los llamados «intereses difusos»; el Código permite que en el procedimiento administrativo intervengan no sólo los titulares de interés personal y directo, los directamente interesados en el caso, sino también aquellos que puedan invocar la titularidad de un interés difuso. El Código considera que son intereses difusos aquellos que tengan relación con los valores de la salud pública, la vivienda, la educación, el patrimonio cultural, el ambiente, la ordenación del territorio y la calidad de vida (art. 53 CPA).

Quien tuviera, por tanto, un interés difuso en una de estas materias, aunque no tenga un interés personal, tiene legitimación para intervenir en el procedimiento administrativo. Resta ahora que en una futura y previsible reforma del contencioso administrativo se extienda al contencioso esta ampliación de la legitimación procesal en materia de intereses difusos.

3) Se fija por primera vez en nuestro país un plazo general de 3 meses para la «conclusión de cualquier procedimiento administrativo», salvo si una ley especial estipula un plazo diferente o si circunstancias extraordinarias debidamente fundamentadas impusieran una ampliación del plazo (art. 58 CPA)⁶. Esto quiere decir, por tanto, que, en circunstancias normales, el plazo general para la conclusión de cualquier procedimiento—especialmente, los procedimientos a iniciativa de los particulares—es de 3 meses⁷. La primera versión del proyecto (1980) había propuesto 6 meses, pero el Gobierno, dentro de un

aquellos que la habían criticado, fundamentalmente alegando su eventual inconstitucionalidad, optándose por una solución menos osada, pero también menos polémica, y que aún permite salvaguardar el potencial de modernidad y de innovación querido por el legislador, mediante la consagración de la prohibición de abstención de los miembros de los órganos colegiales. Por tanto, salvo determinación de la ley en contrario, en los órganos consultivos de la Administración Pública no se admiten abstenciones ni votos en blanco. Esta regla no comprende, como es obvio, a aquellos que se encuentren legalmente incapacitados para votar, los cuales no pueden ni siquiera estar presentes en el momento de la discusión (art. 24.4 CPA).

⁶ El Decreto-Ley n°6/1996, de 31 de enero, texto revisor del CPA, vino a considerar que el plazo de conclusión del procedimiento debería ser contado en días, en los términos de lo dispuesto en el artículo 72, en coherencia con la fijación en días de los demás plazos. Así, el plazo legal general para la conclusión el procedimiento es hoy de 90 días.

⁷ Cfr. nota anterior.

propósito general de agilización del funcionamiento de la Administración Pública, aceptó nuestra propuesta de reducción del plazo general a 3 meses (no tendría sentido, además, un plazo diferente, en la medida en que el plazo para la producción de desestimación tácita es de 3 meses⁸: éste presupone finalizado, *ope legis*, el procedimiento administrativo).

4) El Código fija la regulación del «derecho de información» (art. 61). La Constitución también prescribe un derecho de los ciudadanos a la información, que consiste en la facultad que tienen todos los ciudadanos a ser informados por la Administración, siempre que lo requieran, sobre la tramitación de los procedimientos en que sean directamente interesados, así como sobre las resoluciones finales que fueran tomadas en ellos. Esto significa, por tanto, que no sólo en el momento de la resolución final sino durante todo el procedimiento si el ciudadano quiere ser informado sobre el estado del proceso que le concierne, tiene ese derecho y el Código regula cómo se ejerce tal derecho.

5) El Código prevé la admisibilidad de «medidas provisionarias» que podrán ser tomadas en cualquier fase del procedimiento (arts. 84 y 85). Esto ya existía en los procedimientos disciplinarios, y en algunos otros procedimientos especiales, pero ahora pasa a existir como medida general: siempre que la Administración tenga un recelo fundado de que la situación se deteriore antes de llegar a la decisión final, puede en el decurso del procedimiento —y por tanto antes de la decisión final— tomar medidas provisionarias que protejan el efecto útil que se pretende obtener al final con el acto definitivo.

6) A continuación se trata la innovación que yo considero más osada de este Código, que por otra parte resulta también de una imposición constitucional, y de la cual hablaré con un poco más de detalle, que es la obligatoriedad de «audiencia previa al interesado» antes de la decisión final.

Todos los interesados tienen, según la Constitución, el derecho de ser previamente oídos por la Administración antes de que sea tomada una decisión final que les afecte. Era también algo que ya existía en el procedimiento disciplinario; todos saben cómo en un procedimiento disciplinario hay la necesidad de audiencia antes de proferir la decisión final. Pues bien, esa formalidad se extiende ahora a todos los procedimientos administrativos, en los términos a los que me referiré más adelante en especial.

7) Se amplían los casos de «estimación tácita» (art. 108 CPA). Como saben, hasta hoy, el principio general que informaba el Derecho administrativo portugués era el de que ante el silencio de la Adminis-

⁸ Cfr. las dos notas anteriores.

tración durante un cierto plazo, se entendía que ese silencio tenía la consideración de desestimación de las peticiones de los particulares. Ahora esta regla continúa rigiendo, pero el Código enumera sobre media docena de situaciones en que el silencio de la Administración durante un cierto plazo equivale a la estimación tácita de la petición presentada por el particular. También es una innovación significativa de cierto alcance.

8) Viene a continuación la mención, a la que ya me referí antes, a la disciplina genérica, por primera vez, del «procedimiento de elaboración de reglamentos» (arts. 114 a 119).

9) Le sigue la redefinición del «concepto de acto administrativo» (art. 120 CPA)⁹.

10) El Código determina la ampliación de los casos de «nulidad» del acto administrativo (art. 133). Hasta ahora, como saben, los casos de nulidad eran excepcionales y relativamente pocos; este Código aumenta significativamente el número de casos de nulidad, manteniendo todavía la regla general de anulabilidad (art. 135).

11) Por primera vez se regula en general la «ejecución por vía administrativa» de los actos administrativos, esto es, la ejecución práctica del privilegio de ejecución previa, del poder que la Administración tiene de, sin recurso a los tribunales, por vía coercitiva meramente administrativa, imponer coactivamente el respeto a las decisiones que toma (arts. 149 y ss.).

12) El Código impone un plazo más corto (15 días) para la «reclamación» de los actos administrativos. Hasta ahora se entendía pacíficamente que el plazo de reclamación era de 30 días, pasa ahora a ser de apenas 15 días (art. 162)

13) Se establece por primera vez en nuestro país una regulación expresa del «recurso jerárquico impropio» y del «recurso tutelar», dos figuras que han obtenido la carta de ciudadanía en los últimos años en nuestro Derecho administrativo (arts. 176 y 177 CPA)¹⁰.

14) Se amplía la posibilidad de utilización de la figura del «contrato administrativo». La figura del contrato administrativo, que ha tenido una utilización algo condicionada, pasa ahora a poder ser más ampliamente utilizada a partir de este Código (arts. 178 y 179).

15) Finalmente, se procede a la reafirmación, en términos muy claros, del principio general de que en los contratos administrativos de colaboración la elección del contratista particular debe ser hecha por «concurso público»; hay excepciones que el Código prevé, pero la regla general es la de concurso público (art. 183).

⁹ Sobre la materia, Diogo FREITAS DO AMARAL, «O regime do acto administrativo» en *O Código do Procedimento Administrativo*, INA 1992, pp. 101-103.

¹⁰ Sobre estas figuras, cfr., por todos, en la doctrina portuguesa, Diogo FREITAS DO AMARAL, *Conceito e natureza do recurso hierárquico*, I, Coimbra, 1981, pp. 117-158.

Aquí tienen de forma muy sintética la lista de las 15 principales innovaciones que introduce el Código¹¹.

IV. Y paso ahora a otra cuestión: la de la naturaleza de las normas del Código de Procedimiento Administrativo.

A primera vista, podría pensarse que el Código de Procedimiento Administrativo contiene apenas normas de carácter procedimental, normas que regulan la tramitación procedimental del procedimiento administrativo; pero no es así; este Código es en este aspecto un Código bastante heterogéneo, como, por otra parte, otros que existen por ahí, ya que es un Código que tiene normas de tipos variados.

Considero que hay cuatro tipos de normas en este Código:

a) En primer lugar, los «principios generales del Derecho administrativo», de los que se ocupa el Código en el segundo capítulo de su Parte I, en que vienen enumerados artículo por artículo. Tenemos, por tanto, normas que consisten en principios generales del procedimiento, pero otras son principios de Derecho material.

b) En segundo lugar, normas sobre «órganos administrativos». Es el caso, particularmente, de aquellas reglas a las que ya hice referencia sobre el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración Pública: son normas sobre organización administrativa, normas orgánicas, por lo tanto, y no normas procedimentales.

c) En tercer lugar, normas materiales sobre la «actividad administrativa»: y especialmente el caso de las normas que disciplinan el reglamento, el acto administrativo y el contrato administrativo.

d) Y, finalmente, en cuarto lugar, sí que tenemos numerosas normas procedimentales sobre la tramitación de un procedimiento administrativo.

Ahora bien, distinguir estos cuatro tipos de normas es muy importante, porque los tres primeros tipos –a saber, principios generales del

¹¹ Una innovación importante introducida en el Código en el momento de su revisión en 1996, consistió en la expresa autonomización del principio de buena fe en el ámbito de los principios generales del Derecho administrativo. Efectivamente, el Decreto-ley nº 6/1996 añadió al Código un art. 6-A con el siguiente contenido: «En el ejercicio de la actividad administrativa y en todas sus formas y fases, la Administración Pública y los particulares deben actuar y relacionarse según las reglas de la buena fe (nº 1); «en cumplimiento de los números anteriores, deben ponderarse los valores fundamentales del Derecho, relevantes para las situaciones consideradas y, en especial: a) la confianza suscitada en la otra parte por la actuación en cuestión; b) el objetivo a alcanzar con la actuación emprendida (nº 2). Como tuvimos ya la oportunidad de comentar, con esta autonomización se consiguió sobre todo satisfacer la «necesidad apremiante de crear un clima de confianza y previsibilidad en el seno de la Administración Pública» (FREITAS DO AMARAL *et alli*, *Código do procedimento administrativo anotado*, Coimbra, 3ª ed. 1997, p. 47) No existe ninguna duda, por tanto, en cuanto a la actual vigencia de este principio originario de la dogmática y del Derecho privados en el ámbito del Derecho administrativo portugués.

Derecho administrativo, normas sobre organización administrativa y normas sobre actividad administrativa (reglamento, acto y contrato)—tienen la naturaleza de normas de «Derecho administrativo material», en tanto que las del cuarto tipo son normas de «Derecho procesal».

Y esto tiene consecuencias importantes: tiene consecuencias en el plano de la interpretación de la ley y de la integración de sus lagunas; tiene consecuencias en el plano de la aplicación del Código en el tiempo; y tiene consecuencias en el plano de la definición del ámbito material de aplicación del Código.

En cuanto a la interpretación del Código y a la integración de sus lagunas, la situación es la siguiente: con relación a los tres primeros tipos de normas —que, repito, son normas de Derecho material—, la interpretación de esas normas y la integración de sus lagunas se hace por aplicación de los principios generales de Derecho administrativo y, en su ausencia, por aplicación de los principios generales del Derecho público; mientras que en relación con las normas del cuarto tipo, que son procesales, para interpretar la ley e integrar sus lagunas deberá hacerse uso del Derecho procesal civil, que es siempre el Derecho subsidiario en cuanto a normas de carácter procesal.

En segundo lugar, en cuanto a la aplicación del Código de Procedimiento Administrativo en el tiempo, es preciso hacer la misma distinción: con relación a las normas de los tres primeros tipos, se aplican los criterios sobre aplicación de las leyes en el tiempo del artículo 12 del Código Civil; por el contrario, con relación a las normas del cuarto tipo, que son de carácter procesal, se aplican las reglas de aplicación inmediata de la ley procesal civil, que constan el Derecho procesal civil.

En tercer lugar, en cuanto al ámbito material de aplicación del nuevo Código, el problema consiste en lo siguiente: hay numerosas leyes especiales que regulan procedimientos administrativos determinados; pensemos en el procedimiento de las expropiaciones, en el procedimiento de contratación de obras, en el procedimiento de parcelación urbanística, en el procedimiento de licencia de obras particulares, en el procedimiento de concursos de admisión en la función pública; en fin, hay centenares de leyes que regulan de forma particular estos procedimientos especiales.

Ahora bien, la cuestión está en saber si el Código de Procedimiento Administrativo revoca en bloque todas esas leyes especiales —por ser un Código, por venir a regular genéricamente toda la materia que es objeto suyo— o si por el contrario el Código no revoca esas leyes especiales, y por tanto continúan en vigor, porque son leyes especiales y por eso no son revocadas por la ley general posterior, de acuerdo con el viejo brocardo de que la ley general no revoca las leyes especiales anteriores.

Se trata de un problema complejo. No puedo discutir aquí las varias opiniones posibles, voy a mencionar tan sólo cual es mi opinión

sobre la materia, sabiendo perfectamente que se trata de una cuestión controvertida.

Pienso que aquella distinción en cuatro tipos de normas, que hace poco presenté, ayuda a esclarecer este problema. Y así, considero que, con relación a los tres primeros tipos, debe entenderse que el Código revoca las leyes especiales que existan y, por tanto, prevalece sobre ellas. ¿Por qué? Porque el Código es por naturaleza un acto legislativo completo, exhaustivo, agotador, que procura regular exhaustivamente la materia que constituyó su objeto. Por otro lado, este Código contiene numerosas disposiciones en que se exceptúa lo dispuesto en la ley especial: esto significa que, fuera de esos casos en que se hacen tales salvedades, lo dispuesto en el Código ha de prevalecer sobre lo dispuesto en la ley especial.

La situación es más compleja en cuanto a las normas de tipo cuatro, o normas procesales. Ahí, yo interpreto el Código de Procedimiento Administrativo en el sentido de que no pretende ser una regulación exhaustiva de la tramitación procesal de todos los procedimientos Administrativos existentes en Portugal. El Código contiene reglas generales sobre el procedimiento, pero no intenta, ni podría intentarlo, regular con detalle la tramitación de todos y cada uno de los procedimientos –y son centenares– que están previstos en leyes especiales.

Obviamente, este Código no podría tener ni tiene la pretensión de venir a decir cuál es la tramitación específica del procedimiento de parcelación urbanística, o del procedimiento de expropiación, o de procedimiento de licencia de obra particular, etc., etc.

En cuanto a estas normas de carácter procesal que regulan la tramitación formal de los procedimientos, entiendo que el Código sólo se aplica supletoriamente. Aparte de que ésta es la solución que resulta de la propia letra del Código, puesto que, en su artículo 2.6, dice que «las disposiciones de este Código son aún supletoriamente aplicables a procedimientos especiales, siempre que no impliquen disminución de las garantías de los particulares»¹². Por tanto, en cuanto a este tipo de normas, considero que sólo se aplican supletoriamente –por lo que la tramitación procedimental existente de leyes reguladoras de procedimientos especiales se mantendrá en vigor–.

Con una importante salvedad: las normas de este Código que representan la dinamización de preceptos constitucionales. Por ejemplo, en materia de audiencia previa a los interesados, cuando los artículos

¹² Este n.º 6 se corresponde, con algunas modificaciones, con el actual n.º 7. La redacción del precepto es hoy la siguiente: «En el ámbito de la actividad de gestión pública, las restantes disposiciones del presente Código se aplican supletoriamente a los procedimientos especiales, siempre que no implique disminución de las garantías de los particulares».

100 a 103 regulan en especial la audiencia previa a los interesados, el Código no está haciendo más que dinamizar y regular algo que ya constaba en la Constitución, como mencioné anteriormente. Si bien, parece evidente que, en aquellas materias en que el Código venga a dinamizar y regular preceptos constitucionales, las disposiciones del Código deben prevalecer sobre las leyes especiales que existan para regular procedimientos especiales, bajo pena de dejar indefinidamente sin aplicación los correspondientes preceptos constitucionales. Dicho con otras palabras, pienso que deben prevalecer aquellas normas procesales del Código que constituyen lo que la doctrina llama «Derecho constitucional concretizado»: si se trata de concretizar preceptos constitucionales, esas normas no pueden dejar de prevalecer sobre lo que estuviera dispuesto en leyes ordinarias, aun especiales.

V. Finalmente, me gustaría abordar aquella que considero, como ya dije, la principal innovación del Código, y que por otro lado resulta de la Constitución. No quiero adornarme con plumas de pavo: no fuimos nosotros, los autores del Código, los que descubrimos esta innovación; ésta resultaba ya imperativamente de la Constitución, y nosotros nos limitamos a procurar encontrar una regulación adecuada, concreta y sensata, para una innovación que es importante, pero que tiene sus peligros y sus costes.

Comencemos por el precepto constitucional de donde todo esto arranca, que es el artículo 267.5 que dice: «la procedimentalización de la actividad administrativa será objeto de ley especial, que asegurará (...) la participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones y deliberaciones que les afecten».

¿Qué es lo que se podía extraer de este artículo de la Constitución? Podíamos extraer de él que, normalmente, y salvadas algunas excepciones, el ciudadano pasaría a tener el derecho de, en todos los procedimientos administrativos, y no tan sólo en el procedimiento disciplinar, a ser oído por la Administración antes de tomar una decisión final que le incumba. Participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones significa que es «antes» de tomada la decisión final cuando debe producirse la participación: no bastaría, por ejemplo, para cumplir este precepto constitucional, con continuar garantizando los derechos de reclamación y el recurso jerárquico, pues ahí la participación del particular ya es «posterior» a la formación de la decisión.

Resultaba, pues, de la Constitución –incuestionablemente según parece– que tendría que haber una audiencia previa del interesado, en el sentido de que tenía que ser una audiencia que se realizase antes de tomada la decisión final, antes de practicado el acto definitivo.

No obstante esto representa, ni más ni menos, aquello que yo llamo una «pequeña-gran revolución» en el funcionamiento de nuestra Administración Pública.

Porque, hasta ahora, como todos saben, el esquema típico de funcionamiento de nuestra Administración Pública era éste: requerimiento del particular; instrucción por los servicios; decisión del órgano competente. Después de la instrucción y antes de la decisión no se convocaba al particular para escucharlo sobre la cuestión. Ahora, en aplicación del precepto constitucional citado, el esquema típico de funcionamiento de nuestra Administración va a tener que ser otro: requerimiento del particular, instrucción por los servicios, audiencia del interesado, decisión final.

Todos deben estar ya en este momento pensando: pero esto es un atranco más a la eficiencia del funcionamiento de la Administración, va a tener que introducirse una nueva fase en todos los procedimientos y antes de que tome cualquier decisión la Administración va a tener que llamar al particular para oírlo. Hay algo de verdad en esa crítica: la audiencia previa es una formalidad que va a retardar algo el funcionamiento de la Administración. No tendrá que ser mucho porque, como vamos a ver, los plazos son cortos y en 15 días, a lo máximo 20 días, todo esto puede estar realizado; pero no hay duda alguna de que hay un cierto factor de morosidad que se introduce en el funcionamiento de la Administración.

Simplemente hay una compensación: la compensación es la de que se asegura una democracia participativa, el ciudadano participa más activamente en el funcionamiento de la Administración, participa en el proceso preparatorio de la decisión que le va a concernir y, por tanto, por un lado, aumentan las garantías de que serán tomadas decisiones legales, justas y convenientes y, por otro, se consigue un mayor grado de aceptación por los destinatarios hacia las decisiones que vayan a ser tomadas.

Apenas un ejemplo muy simple: la Administración estudia una solicitud y llega a la conclusión de que debe desestimar, por una razón que le parece obvia, pero llamado el interesado a pronunciarse, el particular puede llamar la atención de la Administración sobre aspectos en los que no había reparado o sobre argumentos que no ponderara, o sobre elementos de hecho que ella no conocía, o sobre decisiones semejantes tomadas en casos idénticos, etc...

Es decir: pueden evitarse muchas injusticias y muchas ilegalidades a través de este proceso de audiencia previa. Es cierto, repito, que va a traer algún retraso al funcionamiento de la Administración, pero lo que se pierde en velocidad se gana en maduración de la decisión y en posibilidad de llegar a una decisión más justa, más útil y más oportuna, y en cualquier caso mejor aceptada por el particular cuando llega a ser adoptada.

Ahora bien, ¿qué es lo que el Código nos dice sobre esta materia? El Código regula la audiencia previa en los artículos 100, 101, 102 y 103. Lo que el Código dice, en líneas generales, es que «concluida la instrucción, los interesados tienen el derecho a ser oídos en el procedimiento antes de ser tomada la decisión final»¹³, y que «el órgano instructor decide, en cada caso, si la audiencia a los interesados es escrita u oral» (art. 100.2).

Se prevén, pues, dos modalidades de audiencia —la audiencia escrita y la audiencia oral—.

En la audiencia escrita hay un plazo no inferior a 10 días para que el particular diga lo que considere oportuno sobre el asunto, debiendo la notificación proporcionar los elementos necesarios para que los interesados lleguen a conocer los aspectos relevantes para la decisión, sobre los hechos y el derecho. En la respuesta escrita, el interesado alegará todo lo que entienda que deba alegar en defensa de su punto de vista.

En la audiencia oral el interesado tiene que ser convocado con una antelación de por lo menos ocho días, y de lo que suceda en la audiencia será levantada un acta, con las alegaciones hechas por el interesado.

El problema principal que se planteó la Comisión en esta materia fue éste: ¿deberá haber audiencia previa en todos los casos o deberán admitirse excepciones? Pensamos que efectivamente había que admitir excepciones, y de ellas se ocupa el artículo 103, que distingue entre casos de «inexistencia» de la audiencia previa y casos en que la audiencia previa puede ser «dispensada».

Los casos de inexistencia son dos: 1º, si la decisión fuera urgente, no hay lugar al trámite de audiencia previa¹⁴; y 2º, también puede ser igualmente evitada cuando sea razonablemente previsible que la diligencia pueda comprometer la ejecución o la utilidad de la decisión. Son estos dos casos en los que la propia ley suprime el trámite de audiencia previa. Claro que los presupuestos de hecho de esta supresión pueden ser controlados por los Tribunales y, si la Administración comienza a caer en la dinámica de dispensar siempre de la audiencia

¹³ El Decreto-ley nº 6/1996 dio la siguiente redacción al nº 1 del artículo 100 del Código: «Concluida la instrucción, y salvo lo dispuesto en el artículo 103, los interesados tienen el derecho a ser oídos en el procedimiento antes de que sea tomada la decisión final, debiendo ser informados, particularmente, sobre el sentido probable de ésta». Con la adición del apartado final, el legislador confirmó aquello que ya era el entendimiento doctrinal dominante sobre este punto.

¹⁴ El texto revisor de 1996 añadió en el artículo 103.3.c) un tercer caso de inexistencia de audiencia a los interesados. Así, no hay lugar a la práctica de esta formalidad «cuando el número de interesados a ser oídos sea a tal punto elevado que la audiencia se torne impracticable, debiendo en ese caso procederse a consulta pública, cuando sea pública, de la forma más adecuada».

previa diciendo que todo es urgente, los Tribunales podrán anular el acto final con el fundamento de que no había urgencia. La urgencia, por otra parte, tiene que ser fundamentada: la Administración tiene que decir por qué considera que hay urgencia, o por qué considera que la diligencia comprometería la decisión final, y todo esto es controlable por el Tribunal, como es obvio.

Los otros casos son aquellos en que el órgano instructor puede «dispensar» la audiencia: 1º, si los interesados ya se hubieran pronunciado en el procedimiento sobre las cuestiones que atañan a la decisión; y 2º, si los elementos que constan en el procedimiento conducen a una decisión favorable a los interesados.

Este último punto es muy importante porque nos permite hacer la siguiente afirmación de carácter general: como regla general, sólo hay lugar para la audiencia previa si la Administración se inclina hacia tomar una decisión desfavorable al interesado; si todos los elementos del proceso apuntan hacia una decisión favorable, entonces no es necesario oír al interesado. Se comprende lógicamente que el interesado sólo precisa gozar de garantías y defenderse si la Administración se prepara para tomar una decisión que le sea desfavorable¹⁵.

Ahora bien, ¿qué significa esto? Significa, en la práctica, que la Administración concluida la instrucción, tiene que formarse una opinión sobre el caso y tiene que llegar a una primera conclusión sobre si aquel caso va a tener una decisión favorable o desfavorable al interesado. Se podría decir, forzando un poco el argumento, que la Administración tiene que tomar una primera decisión, preliminar, observando los elementos que constan en el procedimiento, y formar su opinión sobre si la decisión es estimatoria o desestimatoria; tiene que hacer lo que se podría llamar un «proyecto de decisión» y tiene que decir por qué, tiene por tanto que motivar, ya que para que el interesado pueda pronunciarse con conocimiento de causa sobre aquel proyecto de decisión tiene que conocer las motivaciones respectivas. Por tanto, la Administración tiene que decir al interesado algo de este estilo: «nos inclinamos por la decisión de desestimar por tales y tales razones; diga sobre esto lo que crea conveniente». Después vendrá el particular y alegará sus razones. Y por último la Administración tiene la obligación jurídica de ponderar atentamente las razones alegadas por el interesado en su audiencia previa. No tiene obviamente el deber de darle siempre la razón —la Administración puede decidir contra el interesado, si entiende que el interés público o la ley así lo imponen—, pero tiene la obligación de motivar las razones por las cuales no atiende las alegaciones del interesado.

¹⁵ Sobre el sentido y el alcance de este nuevo punto, cfr. Diogo FREITAS DO AMARAL *et alli*, *Código do procedimento administrativo*, 3ª ed., Coimbra, 1997, pp. 195-196.

Esto es, con esta formalidad de la audiencia previa queda reforzado y ampliado el deber de motivar. A partir de la entrada en vigor de este Código, la Administración ya no tiene tan sólo el deber de fundamentar los actos administrativos invocando las razones por las cuales considera que la ley y el interés público justifican su decisión; tiene también que ampliar su motivación a las razones por las cuales no atiende las alegaciones hechas por el particular en la audiencia previa. Sólo así se garantiza la seriedad y transparencia del procedimiento administrativo: si la Constitución y la ley imponen que el particular sea oído antes de tomar la decisión, de ahí se deduce lógicamente que la Administración tiene que ponderar seriamente las razones invocadas por el particular, y la única forma de tener la garantía de que fueron ponderadas seriamente las razones invocadas por el particular es exigir que la Administración tenga que motivar por qué motivos no las atendió.

O sea, y para terminar, en este procedimiento asistimos a aquello que yo denominaría una «triple motivación». La Administración tiene primero que motivar su proyecto de decisión; tiene que motivar, en segundo lugar, por qué motivos elimina la audiencia al interesado, si lo decide hacer; y tiene que motivar, en tercer lugar, por qué motivos no atiende las razones invocadas por el particular, si opta por la desestimación. Eso quiere decir que, a propósito de una decisión, pueden existir tres «momentos de motivación».

Como he dicho, la imposición genérica de la necesidad de audiencia previa como formalidad esencial de todos los procedimientos administrativos es una revolución en el funcionamiento de nuestra Administración Pública. Fue impuesta por la Constitución, no fue inventada por el Código; el Código se limitó a regular, en términos que me parecen sensatos, esta innovación constitucional. Y repito: aquello que se pierde en celeridad se gana en transparencia, en racionalidad, en buena fe y en mejor aceptación de las decisiones administrativas.

En el fondo, esta alteración significa el paso de una administración pública aislada, unilateral y autoritaria a una administración pública participada, concertada y democrática. Pienso que, *de facto*, es una innovación muy importante y que, de un modo general, todo el Código está repleto de innovaciones que procuran racionalizar el funcionamiento de la Administración y reforzar las garantías de los particulares. Por mi parte, considero que es un paso al frente —no el único, no el último—, pero éste es un paso al frente en el camino del perfeccionamiento del Estado de Derecho en Portugal.

