

CAPÍTULO CUARTO

ALGUNAS RESPUESTAS DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO
ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE
REGULACIÓN: FUENTES, ALIANZAS
CON EL DERECHO PRIVADO,
PROCEDIMIENTOS DE TERCERA
GENERACIÓN

Javier Barnes

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva, España.

ÍNDICE

PRIMERA PARTE: NUEVAS COORDENADAS DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. LA CUESTIÓN DEL ESTUDIO DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. TRADICIÓN Y MODERNIDAD	259
1. ¿El estudio de las fuentes en el Derecho Administrativo representa una reproducción <i>en detalle</i> o <i>a escala</i> del análisis de las fuentes que despliega el Derecho Constitucional o cualquier otra «ley de fuentes»? Analogías y singularidades	259
a) ¿Poseen las fuentes del Derecho algún significado especial y propio para el Derecho Administrativo? ¿O sólo se estudian en el seno de esta disciplina para avanzar en lo que ya nos enseña el Derecho Constitucional?	259
b) Continuidad y especialidades propias	260
c) Escasa atención de la doctrina tradicional a las singularidades de las fuentes en el Derecho Administrativo. Razones para una reelaboración	262
d) Esquema	262
2. Resumen: ¿cuáles son las perspectivas o los puntos de mira que al Derecho Administrativo contemporáneo interesan?	263
a) Una primera y sencilla constatación de partida: la creciente complejidad del <i>sistema de fuentes del Derecho Administrativo contemporáneo</i>	263
b) La teoría de las fuentes y el modelo de gobierno: dos caras de una misma medalla	265
c) La ampliación de la teoría clásica es, pues, consecuencia de la emergencia de las nuevas formas de regulación (gobernanza)	266
d) Nuevos intereses y perspectivas para la teoría de las fuentes en el Derecho Administrativo	267
II. FUNCIONES TRADICIONALES DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. CLAVES PARA SU APERTURA	268
1. Introducción: tres funciones clásicas	268
2. Función primaria: identificación de las fuentes y determinación de su posición relativa (a efectos de la resolución administrativa y judicial del caso)	269
3. Función prescriptiva: el control del sistema y de los principios que rigen la producción normativa	271
4. Función descriptiva o explicativa: composición y conocimiento del sector o ámbito del Derecho Administrativo	273
a) Relevancia de la función explicativa del sector que cumple el sistema de fuentes y su interconexión con las restantes funciones	274
b) «Método clásico» para la extracción de los materiales necesarios para la composición	274
c) Crisis y reorientación de la función explicativa en los nuevos escenarios	275

5. Presupuestos y premisas sobre las que se basa la doctrina tradicional de las fuentes en el Derecho Administrativo. Consecuencias del enfoque tradicional.....	276
a) Premisas y contexto de las fuentes en el esquema clásico.....	276
b) Cosas que quedan fuera.....	277
6. Cuatro características de las Administraciones públicas en relación con las fuentes del Derecho. Recapitulación.....	278
a) La Administración es destinataria y responsable.....	279
b) La Administración, entre «ejecutante» y «autoprogramable».....	280
c) La Administración, creadora y aplicadora.....	280
d) Administración regulada y Administración reguladora.....	281
III. RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE FUENTES Y LA FORMA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN. EJEMPLIFICACIÓN.....	281
1. <i>Primer caso</i> . La Ley de Costas y su forma tradicional de vinculación o sometimiento de la Administración a través de normas materiales o condicionales.....	282
a) Contexto.....	282
b) Esquema clásico.....	283
c) Ejemplificación.....	283
2. <i>Segundo supuesto</i> . El Derecho Urbanístico.....	285
a) Contexto.....	285
b) Desviación relativa del esquema clásico.....	286
c) Relaciones «no ejecutivas» entre la ley y el Reglamento.....	287
d) Contraste y comparación entre ambos supuestos.....	288
3. <i>Tercer ejemplo</i> . El caso de la Directiva europea de Servicios de 2006 .	291
a) Contexto.....	291
b) Pluralidad de técnicas y estrategias.....	291
c) Contraste o comparación con el modelo clásico donde regular es igual a dictar normas escritas tendentes a disciplinar las actuaciones de los sujetos concernidos.....	293
4. Recapitulación.....	296
a) La teoría tradicional de las fuentes se asienta sobre la forma tradicional de legislar.....	296
b) La teoría contemporánea de las fuentes ha de actualizarse para contemplar lo que sucede en otros sectores.....	297
IV. NUEVAS DIMENSIONES QUE INTERESAN A LA DOCTRINA DE LAS FUENTES EN EL MARCO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO. ALGUNOS EJEMPLOS.....	298
1. Perspectivas de interés y enfoques metodológicos.....	298
a) Objeto ampliado.....	299
b) Enfoques metodológicos.....	300

SEGUNDA PARTE: ¿LE IMPORTAN AL DERECHO ADMINISTRATIVO LAS ORGANIZACIONES Y LOS PROCEDIMIENTOS SUJETOS AL DERECHO PRIVADO?

RESUMEN.....	305
I. UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LOS ACTORES PRIVADOS: DE SUJETO PASIVO (REGULADO) A SUJETO ACTIVO (CO-REGULADOR Y PRESTADOR)	308
1. Introducción y contexto: el desplazamiento de línea divisoria entre el Estado y la sociedad, y la nueva forma de entender sus relaciones. Consecuencias: la colaboración y complementariedad del Derecho Público y del Derecho Privado	308
a) La expansión del Derecho Administrativo contemporáneo	308
b) La expansión «por los lados»: colaboración, cooperación, corresponsabilidad, interpenetración y mutua dependencia entre el Estado y la sociedad .	309
c) Una primera consecuencia de la expansión «hacia los lados»: una nueva actitud y entendimiento entre el Derecho Público y el Derecho Privado .	312
d) Objeto y delimitación: el trasvase de valores de la cultura administrativa a determinadas actividades sujetas al Derecho Privado	314
2. Punto de partida: la corresponsabilidad del sujeto privado en determinados escenarios. De sujeto <i>pasivo</i> , a sujeto <i>corresponsable</i> . De sujeto a defender y proteger, a sujeto del que esperar la asunción de determinados valores y criterios	315
3. Cuestiones a resolver: <i>si</i> y <i>cómo</i> ha de producirse ese trasvase	317
II. SOBRE EL TRASVASE DE VALORES PÚBLICOS A LOS AGENTES PRIVADOS . .	319
1. Argumentos en <i>pro</i> de la extensión de los valores públicos al sujeto privado	319
2. Fundamento: la inserción del sujeto privado en la cadena regulatoria de una determinada política pública o el desempeño de actividades de interés general	321
3. En particular, sobre la participación en las actividades regulatorias y sus clases en función de la naturaleza pública o privada del «regulador» y del «regulado»	322
4. Ejemplos específicos. Problemas y enfoques	325
a) ICANN: la gobernanza técnica de Internet (nombres de dominio)	325
b) Agencias de calificación crediticia	326
c) <i>Advertising Standards Authority</i>	327
5. La legitimación de la actividad regulatoria privada	327
III. ELEMENTOS Y ESTRATEGIAS PARA REALIZAR EL TRASVASE	328
1. El diseño de la regulación privada por medio de la manipulación de dos genes: la organización y el procedimiento privados. Una forma de condicionar su naturaleza y comportamiento con efectos difusos y multiplicadores	329
a) Introducción: no hay nada menos inocente que el procedimiento y la organización, sean éstos de carácter público o privado	329

b) Organización privada	331
c) Procedimiento privado	333
2. La función del legislador	334
a) El parlamento ha de hacer un uso estratégico de la organización y procedimiento privados	335
b) De un Parlamento que dicta normas estipulando conductas, a un Parlamento que dirige y supervisa el proceso regulatorio. Cuando regulación y normación no son conceptos coincidentes, ni magnitudes coextensas . . .	335
c) La reserva de ley y la delegación legislativa	336
d) Legitimidad democrática. La teoría de la cadena (<i>ADSL</i>) y la teoría del <i>WiFi</i>	337

TERCERA PARTE: TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. INTRODUCCIÓN.....	339
1. El procedimiento administrativo en perspectiva comparada.....	339
2. Resumen y glosario	342
3. El origen del procedimiento administrativo: cuando la conquista histórica resulta insuficiente.....	345
II. PROCEDIMIENTOS DE PRIMERA GENERACIÓN	346
1. Cuatro notas características	346
2. La distancia o desfase histórico entre la legislación tradicional (procedimiento de primera generación) y la realidad.....	349
III. SEGUNDA GENERACIÓN: NORMAS ADMINISTRATIVAS APROBADAS POR ADMINISTRACIÓN JERÁRQUICA	352
IV. TERCERA GENERACIÓN: ACTOS, NORMAS Y, EN GENERAL, POLÍTICAS PÚBLICAS ELABORADOS EN EL ENTORNO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GOBERNANZA	354
1. Las coordenadas de las nuevas formas de gobierno y administración: la gobernanza administrativa, como presupuesto y entorno de los procedimientos administrativos de tercera generación.....	354
2. La función del procedimiento en el marco de la gobernanza administrativa: el procedimiento como instrumento de dirección de la Administración por parte del Parlamento, y de dirección del sector por parte de la Administración.....	358
3. Algunas notas de los procedimientos de tercera generación.....	359
V. TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, TRES «TEORÍAS GENERALES»	363

LA regulación, por ejemplo, de los mercados financieros —bancarios, bursátiles, de seguros— se expresa a través de fuentes y estrategias mucho más complejas que antaño. Poca cuenta dan del tema las leyes nacionales y sus respectivos reglamentos y jurisprudencias. Aquí, como en tantos otros sectores, la regulación no se realiza escalonadamente; ni las normas son siempre vinculantes; ni son por definición heterónomas o nacionales, ni emanan exclusivamente de un poder público. Tampoco están dotadas de abstracción, generalidad y vocación de permanencia. Es más, no toda regulación es normativa: no todo se resuelve, antes al contrario, en determinar directa o inmediatamente lo que puede o no hacer el destinatario (órdenes, mandatos, prohibiciones, límites, sanciones...).

En la regulación intervienen activamente múltiples sujetos públicos (constelaciones de bancos centrales en toda clase de foros; instituciones internacionales, organizaciones supranacionales, Gobiernos nacionales...); y sujetos privados (organizaciones a todos los niveles y en todas las materias relacionadas). Unos y otros se coordinan, interactúan o comparten información, se organizan de modo específico, se reparten las tareas a realizar, se comunican, adoptan acuerdos. La imagen en su conjunto se asemeja a una red, no a una cascada.

Hablamos, en otras palabras, de fuentes (i); de colaboración entre el Derecho Público y el Privado (ii); y de procedimiento administrativo (iii), esto es, de una selección de elementos fundamentales cuyos moldes tradicionales han quedado superados por los acontecimientos, a resultas de su apegamiento a un esquema de gobierno y administración que hoy ha perdido el monopolio.

Las tres partes que se abordan en el presente capítulo tienen, pues, una historia en común: la emergencia de otras modalidades de regulación, complementarias y alternativas a las clásicas que legara el Estado liberal, y a cuya sombra nació el Derecho Administrativo.

Modalidades y estrategias que, en última instancia, han empujado la «caída» de algunos de los muros que delimitaban el hábitat natural de nuestra disciplina: aquél que encerraba la acción administrativa dentro de las fronteras nacionales; el que aislaba a la Administración de la sociedad; y el que reducía el mundo del Derecho a un proceso bifásico —creación normativa, y ulterior aplicación—, como dos escalones rígidamente separados en el espacio y en el tiempo, y en el que la Administración no era «independiente», sino «ejecutiva», no era «innovadora», sino «aplicadora». Ese sencillo mundo pertenece al pasado. Las cosas son más complejas, pero también más interesantes.

PRIMERA PARTE
NUEVAS COORDENADAS
DEL SISTEMA DE FUENTES
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. LA CUESTIÓN DEL ESTUDIO DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. TRADICIÓN Y MODERNIDAD

1. ¿EL ESTUDIO DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO REPRESENTA UNA REPRODUCCIÓN *EN DETALLE* O A *ESCALA* DEL ANÁLISIS DE LAS FUENTES QUE DESPLIEGA EL DERECHO CONSTITUCIONAL O CUALQUIER OTRA «LEY DE FUENTES»? ANALOGÍAS Y SINGULARIDADES

a) ¿POSEEN LAS FUENTES DEL DERECHO ALGÚN SIGNIFICADO ESPECIAL Y PROPIO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO? ¿O SÓLO SE ESTUDIAN EN EL SENO DE ESTA DISCIPLINA PARA AVANZAR EN LO QUE YA NOS ENSEÑA EL DERECHO CONSTITUCIONAL?

Se trata, en fin, de un mero correlato o *continuación* de lo que al Derecho Constitucional importa? Porque, a juzgar desde luego por los manuales o tratados convencionales de una y otra disciplina, no parecen existir divergencias de planteamiento y enfoque. Ambas estudian las fuentes del Derecho, solapándose con frecuencia, aun cuando quepa apreciar algunas diferencias de acento entre una y otra rama. Una Constitución, podría decirse, se ocupa de establecer el sistema de fuentes del Estado en su conjunto y los *requisitos* y *límites* que el legislador, en primer término, y el resto de los poderes públicos —incluido el ejecutivo y la Administración—, han de observar en la producción y aplicación del Derecho. Así pues, el Derecho Administrativo se interesaría por las fuentes de un modo análogo a como lo hace el Derecho Constitucional, con el objeto de identificar los *límites materiales* y *formales* que hayan de asumirse, señaladamente por parte de la Administración, tanto en su producción normativa (reglamentos, planes, programas), como en lo que hace a la aplicación de la ley y el Derecho.

Cuando menos en apariencia, cabría concluir, no se aprecian disparidades metodológicas sustanciales y ambas ramas se preocupan por

estudiar en términos similares y complementarios el sistema de fuentes establecido¹. Este podría ser, en suma, el *postulado implícitamente asumido en el Derecho Administrativo tradicional*, en lo que al sistema de fuentes se refiere.

Colaboración entre disciplinas que, sin duda, tiene su razón de ser o justificación, habida cuenta la magna tarea que ante sí tiene el Derecho Administrativo en este terreno, aunque sólo sea, primero, porque el Ejecutivo y las Administraciones son «co-productores normativos» de primer orden, pues a ellos corresponde la «legislación secundaria» (normas gubernamentales con rango de ley; reglamentos de toda condición; planes y programas; planeamiento territorial y urbanístico...) (i); y, segundo, porque la Administración es la primera *destinataria* de las fuentes del Derecho en términos absolutos —de toda procedencia y clase, externas e internas, públicas y también privadas²—, y, en consecuencia, la *primera responsable* y encargada de su interpretación, aplicación e implementación (o materialización) (ii).

No hay, pues, ninguna otra rama del Derecho en la que las fuentes ocupen un lugar tan capital y su despliegue resulte tan relevante: las Administraciones son las primeras creadoras de normas, siquiera sea en términos cuantitativos, y las que más normas han de gestionar. Su estudio, obvio es decirlo, forma parte fundamental de la teoría general.

b) CONTINUISMO Y ESPECIALIDADES PROPIAS

Ahora bien, aun cuando se conciba la labor del Derecho Administrativo tradicional como la propia de un «estudio de detalle» del

[1] Por ejemplo, la validez y eficacia de las leyes, las relaciones entre ordenamientos, la jerarquía normativa y el principio de competencia, los mecanismos de resolución de conflictos, así como los distintos productos normativos emanados de los poderes públicos y su ubicación relativa, entre otros elementos.

Sobre esta temática en general pueden verse JAVIER BARNES, «Las fuentes del Derecho y las nuevas formas de regulación y gobernanza administrativa», en la obra colectiva *Fuentes del Derecho Administrativo*, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, Argentina, 2010; así como «Derecho Administrativo y sistema de fuentes: la insuficiencia de la perspectiva tradicional», *Revista Mexicana de Derecho Administrativo*, núm. 6, enero de 2011.

[2] Sobre la regulación privada del sector público, véase la segunda parte del presente capítulo, núm. II.3.

Derecho Constitucional, surgen nuevos interrogantes respecto de la singularidad del sistema de fuentes en nuestra disciplina. Así, de entrada, podríamos formular dos bloques de cuestiones:

(i) En primer término, ¿las funciones que en una y otra disciplina cumplen las fuentes resultan análogas y guardan entre sí una cierta proporción o simetría? Y, más en concreto, ¿la perspectiva de los *límites* y de las *condiciones* para la emanación de las normas goza de la misma centralidad en el Derecho Constitucional que en el Derecho Administrativo?

Como se verá, aquí ya comienzan los matices³. Por ejemplo, de la posición estructural que ocupa la Constitución se siguen algunas diferencias. La Constitución contiene una «plantilla» formal y abstracta sobre el modo de ser del sistema. Ahí concluye su principal responsabilidad. Podrá discutirse, eso sí, si una fuente —una ley— respeta el molde. *Pero el Derecho Constitucional no entra a conocer de las concretas fuentes que resulten de aplicación para resolver un problema concreto en el plano de la legalidad ordinaria.* En otras palabras, no le interesa, como al Derecho Administrativo y al Derecho Privado, la función judicial que cumple el concepto de fuente, *en cuanto orientado a la resolución de un concreto litigio*⁴, esto es, la determinación de cuáles sean las específicas normas derivables de esa plantilla, con las que se da respuesta al caso singular⁵.

(ii) En otro orden de consideraciones, ¿puede decirse que las Administraciones ocupan una posición distintiva, en el plano de las fuentes, por referencia o contraste con los demás poderes públicos? Y, en caso afirmativo, ¿llevaría ello aparejada alguna especialidad digna de ser tenida en cuenta en el conjunto del sistema?

Sin perjuicio de cuanto luego se dirá⁶, la respuesta es resueltamente positiva: *existen especialidades de interés por este concepto.* Nótese que la Administración llena un espacio que no tiene paralelo en ningún otro poder, no ya por el *elevado número* de normas que produce, desarrolla, implementa, gestiona, aplica o interpreta; o de la que es guardiana (vigila, sanciona, arbitra, media, juzga o resuelve), sino porque

[3] *Infra* núm. II y IV.

[4] *Infra* núm. II.1 y II.2.

[5] Un sencillo ejemplo. La Constitución decidirá si una ley de contratos administrativos es válida y eficaz, si respeta el sistema y la distribución de competencias... El Derecho Administrativo dispondrá, supuesta la validez y eficacia de esa ley, si es o no aplicable a un concreto contrato, o a una sociedad mercantil de capital público mayoritario, para resolver un caso.

[6] *Ibidem.*

lo hace en términos comparativos con una *cualidad distinta*, con un carácter *especial*: de un lado, por su naturaleza bifronte (es reguladora y regulada a un tiempo o, por mejor decir, es «regulada para regular»)⁷, de otro, por su doble condición, y enorme adaptabilidad al medio, para ser —según demande la legislación primaria que la dirige—, meramente «ejecutante» o «autoprogramable».

c) ESCASA ATENCIÓN DE LA DOCTRINA TRADICIONAL A LAS SINGULARIDADES DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. RAZONES PARA UNA REELABORACIÓN

El enfoque tradicional no parece haber extraído mayores consecuencias de estas primeras observaciones elementales. Es un déficit que, como tal, habría de saldarse. No es superfluo explorar esas especialidades del Derecho Administrativo.

Ahora bien, el «descubierto» ha crecido exponencialmente a consecuencia de las nuevas y específicas cuestiones que el Derecho Administrativo de nuestro tiempo debe resolver, ante la emergencia de nuevas formas de gobierno y administración, a las que luego se hace referencia⁸ (piénsese, por traer un ejemplo que será recurrente, en el sistema de fuentes en relación con los mercados financieros o el mercado de servicios económicos en el espacio europeo). Si la actualización era de suyo necesaria, ahora se ve urgida.

d) ESQUEMA

Para esbozar esta problemática en las páginas que siguen, hemos de proceder del siguiente modo: ofrecer, primero, un breve resumen de las tesis que aquí se sostienen (núm. I.2); segundo, proponer una sistematización de las funciones que tradicionalmente ha desempeñado la teoría de las fuentes en el Derecho Administrativo, con el fin de actualizar el «mapa» que éstas representan (núm. II); y,

[7] Por ejemplo, un banco central, o un ente local, son regulados por el legislador —y otras muchas normas— para que uno y otro, a su vez, regulen, en sus respectivas esferas, con un amplio poder de conformación.

[8] *Infra* núm. III y IV.

tercero, desvelar una de las claves fundamentales para esa actualización, a saber: la íntima relación existente entre el sistema de fuentes y las formas de gobierno y administración. Cuando éstas cambian o mudan, aquéllas se transforman (núm. III). Finalmente, se esbozan algunas de las tareas que una teoría ampliada habrá de acometer (núm. IV).

2. RESUMEN: ¿CUÁLES SON LAS PERSPECTIVAS O LOS PUNTOS DE MIRA QUE AL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO INTERESAN?

La tesis central que aquí se sugiere puede expresarse en cuatro afirmaciones sucesivas:

a) UNA PRIMERA Y SENCILLA CONSTATAción DE PARTIDA: LA CRECIENTE COMPLEJIDAD DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

Baste señalar a nuestro limitado propósito dos manifestaciones de esa complejidad: la mutabilidad del sistema y la constelación de actores (públicos y privados, internos y externos) que componen la «cadena», «cascada» o «red» regulatoria en numerosos sectores:

(i) *Carácter móvil y cambiante del sistema de fuentes.* Para el Derecho Administrativo, el «código» o *sistema* de fuentes, y no sólo su «producto» (las fuentes en sí mismas: leyes, reglamentos...), se halla en continuo movimiento: «quién puede decir qué» no es algo que se desprenda de una vez por todas y de una «prelación» absolutamente estabilizada, como las que figuran en los venerables Códigos civiles⁹.

El reparto de papeles entre los actores —fuentes— cambia.

Por ejemplo, los altos tribunales no cesan de asignar, o de reajustar, esas responsabilidades o funciones. Así lo han hecho los tribunales constitucionales europeos para condicionar el efecto directo y la aplicación del Derecho Comunitario sobre el nacional; o lo llevan a cabo diariamente tribunales sectoriales y

[9] *Infra* núm. II, III.3 y IV.

órganos de resolución de controversias más allá del Estado en sus respectivas esferas y relaciones¹⁰.

(ii) *Heterogeneidad y pluralidad de actores* (o «centros» de producción). Son múltiples los sujetos o agentes que participan en la creación de normas, en el marco, por lo demás, de unas relaciones ordinamentales de extraordinaria variedad:

Lo que ayer era objeto de una ley, emanada de un único centro, hoy lo es de numerosos centros a distintos niveles internos y supranacionales, y mañana de un complejo entramado —y mezcla— de autorregulación, corrección, y regulación nacional e internacional, o es objeto de una regla o doctrina de origen judicial. No es sólo que las normas con relevancia administrativa se multipliquen y fragmenten incesantemente; o que surjan «cosas nuevas», como el Derecho blando o indicativo (sea en forma de recomendación, estándar o clasificación), o normas dictadas en régimen de autorregulación. Es, sobre todo, que el sistema mismo de ordenación de las fuentes no es estático.

(iii) El carácter *mudable*, o la heterogeneidad de actores que participan en la cadena regulatoria, son ya de suyo causa del desbordamiento de la teoría clásica, que ha de ser, por consecuencia, paralelamente enriquecida. Ahora bien, la razón última de esa complejidad reside en realidad en las transformaciones que ha experimentado el mundo actual en lo que a las nuevas modalidades de gobierno y administración se refiere¹¹.

Podría decirse, pues, que asistimos al paso de una teoría clásica de las fuentes —lineal, escalonada y estable (casi esculpida en piedra)—, a

[10] Por todos, S. CASSESE, *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, España, 2010.

Reparto éste que, en los ejemplos citados, se hace realidad mediante un entrelazado juego de principios y doctrinas de construcción jurisprudencial (prevalencia, supremacía y preferencias aplicativas; principios de jerarquía y de competencia; autonomía, efecto directo, principio de interpretación conforme, aplicación inmediata; principio del límite o resistencia frente a otros ordenamientos jurídicos (*counter-limits doctrine*); la doctrina del margen de apreciación (como la que sostiene el TEDH respecto del legislador nacional); la doctrina de la protección equivalente...).

A lo que se suman otros con origen y asiento en la legislación primaria, como los principios comunitarios de subsidiariedad —que atribuirá competencias o no al nivel superior, en cada tiempo y lugar, de acuerdo con las circunstancias— o el de proporcionalidad —que determinará el grado, extensión, intensidad o temporalidad de esa norma emanada en el estrato superior—.

[11] Una breve referencia a esas mutaciones y cambios, en la tercera parte del presente capítulo, núm. III y IV.

una red interactiva de fuentes, multipolar y mudable. No basta ya con hablar de la «prelación de las fuentes». Veámoslo seguidamente.

b) LA TEORÍA DE LAS FUENTES Y EL MODELO DE GOBIERNO: DOS CARAS DE UNA MISMA MEDALLA

(i) El sistema de fuentes corre paralelo al sistema de gobierno y administración.

La regulación de la protección del medio ambiente o de la salud pública, de la seguridad alimentaria o aérea, de los mercados financieros, del comercio internacional, o la lucha contra el cambio climático, por ejemplo, no es *lineal* o *en cascada* (ley-reglamento-acto de aplicación); no es sólo ni fundamentalmente *nacional* (son múltiples los actores co-reguladores que participan desde todo el mundo); no se realiza con base en los conocimientos de *una sola* Administración y a espaldas del sector privado; no se sirve con frecuencia de mecanismos *coercitivos* u obligatorios; etc.

En tales casos, pues, pierden centralidad algunos de los elementos característicos de la teoría clásica, como son el examen de los límites y el acarreo de materiales de la norma superior hacia la inferior. Aquí las fuentes del Derecho no se comportan ya como lo hacían antaño, cuando la ley dibujaba las reglas de juego fundamentales que la Administración había de seguir, y los centros de producción normativa eran pocos. En muchos sectores, las cosas son diferentes.

Para entender la regulación de los mercados financieros, por ejemplo, es necesario conocer la compleja red que conforman la pluralidad de agentes públicos y privados intervinientes, dentro y fuera de las fronteras, cada uno con una aportación específica: desde los organismos reguladores (banca, bolsa, seguros, riesgos sistémicos) a nivel nacional, supranacional e internacional, pasando por organizaciones supranacionales (como la Unión Europea) o instituciones como el Comité de Basilea, el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, hasta las organizaciones privadas internacionales que fijan, por ejemplo, los estándares de referencia en materia de contabilidad (como la *International Accounting Standards Committee*).

(ii) No es que las fuentes en sí sean necesariamente distintas (ley, reglamento, jurisprudencia...) en un caso o en otro, pero sí el *peso relativo* de cada una de ellas, y la *órbita que describen*. Por ello, no deja de ser

cierta, en el caso, por ejemplo, de la regulación de los mercados financieros, la simbólica aseveración del Código civil, según la cual «(l)as fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», como reza nuestro Código civil (art. 1.1). Es, más precisamente, que con esa sola prelación *se explican pocas cosas*¹²; y *se ignoran otras muchas*¹³.

Como luego se abundará¹⁴, la teoría clásica resulta útil y suficiente para los supuestos tradicionales, en cuyo derredor y para cuyo tratamiento fue construida. No así para otros sectores o ámbitos contemporáneos más complejos¹⁵.

c) LA AMPLIACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA ES, PUES, CONSECUENCIA DE LA EMERGENCIA DE LAS NUEVAS FORMAS DE REGULACIÓN (GOBERNANZA)

Las nuevas formas de regulación y gobernanza administrativa ponen las cosas en otro contexto y perspectiva, y obligan, a nuestro juicio, a dispensar un tratamiento específico a las fuentes por parte del Derecho Administrativo contemporáneo, que ha de añadirse a las funciones tradicionales (núm. II.1), a partir del marco teórico de la gobernanza (núm. II.3.c; III.4.b; Parte Tercera, núm. I.2.c).

[12] Así, de ahí ni tan siquiera se intuyen el protagonismo que adquiere el trabajo interactivo o «en red» de los múltiples sujetos intervinientes en la cadena regulatoria de los mercados financieros; lo inapropiado de la imagen del «proceso escalonado» o descendente de la producción normativa que el precitado precepto transmite; la riqueza de las relaciones entre la ley y el reglamento más allá de la jerarquía y de la reserva de ley; la función jurisprudencia creativa, y no meramente complementaria, de la jurisprudencia, según los casos; etc.

[13] Por ejemplo: que numerosas normas aplicables emanan de centros y sujetos más allá del Estado, sin que éste intervenga cuando aquéllas se traen a casa (no median los mecanismos clásicos del Derecho Internacional para la fase descendente); que otras normas o estándares son elaborados por sujetos privados que trabajan en régimen de autorregulación; etc. O, más ampliamente, que la «co-producción» ha sustituido al proceso en cascada y lineal.

[14] *Infra* núm. III.

[15] *Ibidem*.

d) NUEVOS INTERESES Y PERSPECTIVAS PARA LA TEORÍA DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Al Derecho Administrativo contemporáneo le interesan, en consecuencia, además de las tradicionales, tres dimensiones íntimamente relacionadas entre sí:

(i) Determinar *cómo se regula*, o, si se prefiere, cómo interactúa el conjunto de fuentes en cada caso (sea en relación con la protección de las costas, el urbanismo, o los servicios económicos en un área regional como la Unión Europea), esto es, *cómo se organiza* en términos regulatorios cada sector o mercado (financiero, de servicios, de energía o del arte), y, más en concreto, qué funciones cumplen aquí las Administraciones, nacionales, supranacionales e internacionales.

(ii) Comprender el *proceso dinámico* en el que se inscriben los distintos actores públicos o privados que participan en las actividades regulatorias: Parlamentos y Administraciones, tribunales, ciudadanos, empresas, organizaciones privadas de la sociedad civil...; y la función o prestación que cada uno de esos agentes cumple o aporta, y, señaladamente, las que corresponden a las Administraciones¹⁶.

(iii) Identificar lo que podríamos llamar aquí «factores de regulación», es decir, instrumentos jurídicos que, sin resolverse o expresarse en normas escritas, producen un impacto o efecto regulatorio difuso, aunque determinante, como las estrategias consistentes en el diseño del procedimiento y de la organización, en particular para dirigir y regular la acción de las Administraciones¹⁷.

La novedad, pues, no radica tanto en la necesaria *apertura de la teoría de las fuentes* hacia otros «productos» (Derecho blando o indicativo, por ejemplo), o hacia otros productores de normas (verbigracia: estándares de sujetos privados establecidos en régimen de autorregulación para la prestación de un servicio económico o profesional), sino, ante todo, en las nuevas formas de regulación (expresión ésta utilizada en sentido muy amplio), mucho más complejas y heterogéneas que lo que la tradicional teoría de las fuentes ha presumido.

[16] *Infra* núm. IV.

[17] *Infra* núm. III.3.

Modalidades y estrategias nuevas surgidas de la necesidad de organizar las cosas de otro modo en tantos sectores y ámbitos de la vida social, económica, medioambiental e informativa: interacción, interdependencia, complementariedad son algunas de esas realidades, más conocidas como globalización, y colaboración o corresponsabilidad del sector privado. Modalidades y estrategias que, en última instancia, han empujado la «caída» de tres muros: aquél que encerraba la acción administrativa dentro de las fronteras nacionales; el que aislaba a la Administración, de la sociedad; y el que reducía el mundo de las fuentes a un proceso bifásico —creación del Derecho, y ulterior aplicación—, como dos escalones rígidamente separados, y en los que se agotaba todo el problema¹⁸.

II. FUNCIONES TRADICIONALES DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. CLAVES PARA SU APERTURA

1. INTRODUCCIÓN: TRES FUNCIONES CLÁSICAS

La teoría de las fuentes en el seno del Derecho Administrativo clásico desempeña tres funciones fundamentales:

a) En su vertiente más elemental, sirve para *identificar las normas que integran esta rama del Derecho* (leyes, reglamentos, principios, etc.) y su aplicabilidad al caso concreto (*las fuentes como esquema para la resolución, administrativa o judicial, de una controversia*);

b) proporciona, en segundo término, una «plantilla» en la que situar ordenadamente las múltiples y variadas normas con relevancia, sus relaciones y formas de composición o depuración (*las fuentes como constelación y sistema ordenado*);

c) y, finalmente, facilita las «claves» que permiten reconstruir el puzle que cada sector o ámbito del Derecho Administrativo representa, con la suma de las distintas partes (*las fuentes como explicación o reconocimiento de un sector*).

[18] Sobre ello, véase la parte tercera del presente capítulo, núm. III y IV.

Con ello se satisfacen, respectivamente, tres necesidades básicas:

a) Hallar la *norma* aplicable al caso, tanto en sede administrativa como judicial (por ejemplo: si al contrato en cuestión le resulta aplicable o no la legislación de contratos administrativos);

b) advertir si la *posición relativa* de las distintas fuentes resulta correcta, de conformidad con el sistema establecido (v. gr.: si el reglamento ejecutivo respeta la ley; si el organismo regulador desborda la delegación legislativa de que ha sido objeto);

c) componer las distintas reglas de juego para conocer el funcionamiento del sector o ámbito de que se trate (las normas que explican y regulan el sector de los servicios económicos en la Unión Europea, por ejemplo).

2. FUNCIÓN PRIMARIA: IDENTIFICACIÓN DE LAS FUENTES Y DETERMINACIÓN DE SU POSICIÓN RELATIVA (A EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL DEL CASO)

El sentido básico del estudio de las fuentes reside, primero, en la *tipificación* de las fuentes de las que se nutre esta rama del Derecho; y, segundo, en el establecimiento de su prelación o *posición relativa* en el conjunto. Y ello por referencia, en primer término, al caso concreto y singular para la resolución del problema planteado.

Dentro de esta función primaria conviene retener y no difuminar tres aspectos, que hoy mantienen su actualidad:

(i) La enumeración e identificación de las fuentes del Derecho Administrativo.

Pese a la madurez de la disciplina, no es ésta una cuestión resuelta de una vez por todas, acaso por la complejidad y el carácter cambiante del sistema, al que antes se ha hecho referencia¹⁹.

[19] *Supra* núm. I.3.a).

La indagación, por tanto, no termina con el estudio singular de cada elemento (con el debate sobre el papel de la costumbre o del precedente en el seno del Derecho Administrativo, por ejemplo). Siempre se descubren astros nuevos. Las Constituciones, por ejemplo, representan verdaderas *fuentes de reconocimiento* del Derecho²⁰, de normas implícitas, que es necesario explorar.

La sobreabundancia de normas escritas en la actualidad no impide, pues, el hallazgo o *reconocimiento* de algunas fuentes y, con ello, el surgimiento de nuevas dificultades y retos. Así ocurre cuando es necesario *inducir* del vértice mismo del ordenamiento una norma jurídica no escrita, como el principio de proporcionalidad²¹, convertido por cierto en el principio más invocado ante los tribunales, muy por encima del principio de igualdad²². O cuando la jurisprudencia *extrae* de los principios constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea, a través de un análisis comparado, derechos o principios a nivel comunitario europeo²³.

(ii) Las *relaciones entre los distintos actos jurídicos* provenientes de diversos ordenamientos.

También la relación que cada una de las fuentes guarda con las demás acarrea numerosos debates de no fácil solución, a consecuencia, por ejemplo, de la interacción de las distintas fuentes y ordenamientos, como sucede, por sólo citar un par de supuestos, en el ámbito del Derecho local en el esquema español²⁴, o en la arena global, donde se generan constantes conexiones entre los ordenamientos nacionales, supranacionales, y regímenes internacionales de carácter sectorial²⁵.

[20] Con esta expresión se hace referencia a la razón o fundamento por la que algo puede considerarse Derecho. Así ocurre, por ejemplo, con los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario: en la medida en que no han sido por completo positivizados es necesario identificarlos, para lo que tanto el Convenio como los principios comunes de las Constituciones de los Estados miembros operan como fuentes de reconocimiento.

[21] J. BARNES, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», e «Introducción a la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Análisis crítico de la doctrina jurisprudencial en torno a una selección de derechos constitucionales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998).

[22] J. BARNES, «The Meaning of the Proportionality Principle for the Administration», en la obra colectiva *Constitutional Principles in Europe*, SIPE (Societas Iuris Publici Europaei), Vierte Tagung — Fourth Congress — Quatrième Congrès, Göttingen, 2008.

[23] EHLERS (Ed.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13ª ed., Berlin, 2006, núm. marg. § 2 II 1, 29).

[24] *Vid.* a este propósito, F. VELASCO, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, 2009.

[25] S. CASSESE, *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010.

Las relaciones de supremacía de la Constitución nacional y de preferencia del Derecho comunitario sobre el ordenamiento estatal no constituiría sino un ejemplo más en este sentido²⁶.

(iii) La determinación de la posición relativa de cada una de las fuentes.

La prelación de fuentes sirve —y es ésta su función más primigenia— para que el órgano jurisdiccional —y la Administración— pueda *resolver el caso*²⁷.

Existe, pues, una relación evidente entre el *concepto y sistema de fuentes* y la *función judicial*, y en cuya virtud fuente es todo aquello que proporciona al juez o tribunal —y, habríamos de añadir, a la Administración— las normas para decidir el caso, de modo que no pueda rehusar su resolución con el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, sino que habrá de recurrir a la prelación de fuentes para hallar la solución (por ejemplo, acudiendo a la costumbre y a los principios generales del Derecho)²⁸. Así ha sido en el ámbito del Derecho Civil, y lo es también en el del Derecho Administrativo.

3. FUNCIÓN PRESCRIPTIVA: EL CONTROL DEL SISTEMA Y DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA

Si la función primaria consiste en *identificar el Derecho aplicable al caso*, la segunda se resuelve en *controlar el sistema de producción normativa* que la Constitución y las leyes de fuentes hayan prescrito. La primera, pues, sirve para *hallar* la norma jurídica que predetermina la solución; la segunda, en cambio, para *asegurar la ley de fuentes*: las normas constitucionales y legales reguladoras del sistema (con su evidente y amigable apertura, por lo demás, hacia el exterior)²⁹.

[26] *Ibidem*. Véase, por ejemplo, Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

[27] En sentido análogo, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1988, pp. 72 y ss.

[28] I. DE OTTO, *ibidem*.

[29] Derecho Internacional, Derecho de la Unión Europea, Derecho Administrativo Global...

En esta finalidad *prescriptiva* —situada en el plano del *deber ser*—, el Derecho Administrativo completa la labor que compete al Derecho Constitucional cuando se ocupa de velar por las reglas de creación del Derecho que la Constitución instaura (actos normativos y relaciones entre éstos)³⁰.

Tres observaciones podrían aquí destacarse:

(i) Al Derecho Administrativo le importa detectar, entre otros extremos, si las normas que maneja respetan el sistema de prelación y los requisitos formales y materiales que, para la producción normativa, se hayan establecido, en particular por referencia al Ejecutivo y a las múltiples Administraciones públicas³¹.

(ii) La función prescriptiva acompaña a la entera vida de la norma (en particular de la legislación secundaria), desde su nacimiento. No se agota con la observancia de las exigencias establecidas *en el momento de la producción normativa* —reserva de ley, principios de jerarquía, o de tantos otros, y cuya infracción se sanciona con la nulidad absoluta—³². El control se extiende, primero, a la interpretación y aplicación que del bloque normativo se haga en cada caso, y, segundo, a la «cobertura» de cada actuación administrativa, señaladamente cuando la ley habilitante delega poderes a las Administraciones, asigna objetivos sin concretar los medios, u otorga un margen de autonomía, entre otros ejemplos característicos. Se trata de un *control dinámico*:

La Universidad, el ente local, el organismo regulador, el banco central... realizan actividades jurídicas, prestacionales o materiales de todo tipo a diario.

[30] En esa dirección se inscriben prescripciones como la que luce en el art. 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la cual «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.»

[31] En el centro de atención se sitúan, sin duda, las normas infralegales, esto es, la legislación secundaria de toda clase y condición que emanan las múltiples Administraciones públicas, los principios relacionales y los criterios de elaboración. Por ejemplo, los reglamentos ejecutivos o de desarrollo elaborados por las Administraciones territoriales de estructura estatal, piramidal y jerárquica; los reglamentos independientes; las ordenanzas municipales; los reglamentos de las Administraciones autónomas, como las Universidades; los elaborados por los organismos reguladores (como las circulares del Banco de España); la legislación secundaria elaborada en el seno de la Unión Europea; etc.

[32] Por ejemplo, art. 62.2 Ley 30/1992.

Todas ellas han de ser examinadas a la luz de la *delegación legislativa* —operada por la Constitución y/o las leyes— para determinar si aquéllas se mantienen dentro de la «cobertura» —a modo de *WiFi*— que les conecta con la legitimidad democrática y las exigencias del Estado de Derecho³³.

(iii) La justicia administrativa vela por esta función. Los jueces y tribunales no sólo buscan la norma aplicable al caso (función primaria del sistema de fuentes), sino que se cuestionan la legitimidad de la norma relevante para la resolución del caso, bien sea, por ejemplo, por su compatibilidad con la ley, la Constitución, el Derecho de la Unión Europea, u otras normas provenientes más allá de las fronteras; bien por el respeto de procedimiento de elaboración. La función prescriptiva adopta un lenguaje binario (si es legítimo o ilegítimo; si está bien o mal; si es legal o ilegal; si se puede o no hacer).

4. FUNCIÓN DESCRIPTIVA O EXPLICATIVA: COMPOSICIÓN Y CONOCIMIENTO DEL SECTOR O ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Si la primera perspectiva arroja luz sobre la *norma aplicable* y la segunda se fija y concentra en la *sujeción a la ley de fuentes*, el tercer ángulo busca una *explicación coherente y panorámica de cada parcela del ordenamiento jurídico*, esto es, facilitar *las claves para la composición* del ámbito, mercado o sector objeto de consideración, que, de otro modo, se presentaría fragmentado e ininteligible y, por tanto, encriptado.

La teoría de las fuentes contribuye decididamente, con sus códigos y combinaciones, a una reconstrucción o comprensión de conjunto. De la mano de esas *claves* —sistema de prelación interno, criterios de distribución competencial, principios relacionales entre ordenamientos, actores de la cadena regulatoria dentro y fuera del Estado, etc.— se obtiene un retrato ordenado, un compuesto o agregado de múltiples elementos, integrantes de un todo.

[33] Para otras proyecciones de la misma idea, *vid.* tercera parte, *in fine*, del presente capítulo.

a) **RELEVANCIA DE LA FUNCIÓN EXPLICATIVA DEL SECTOR QUE CUMPLE EL SISTEMA DE FUENTES Y SU INTERCONEXIÓN CON LAS RESTANTES FUNCIONES**

El administrativista, en efecto, se ha acercado siempre a las fuentes con un decidido propósito *informativo* o *descriptivo*, puesto que de su análisis —señaladamente del estudio de la ley de cabecera— podrá inferir el funcionamiento del sector. Levantar acta del estado de la cuestión requiere una constante actualización. Si las fuentes constituyen su materia prima, el sistema o teoría de las fuentes representa el código de sistematización.

Con ello, nótese bien, no se trata tan sólo de satisfacer eventualmente la curiosidad académica —conocer y explicar el régimen jurídico de un sector, por ejemplo—, lo que no es poco. Antes al contrario, la composición de las distintas piezas constituye el *paso obligado* —habida cuenta la sin igual complejidad de la legislación administrativa— para, primero, apreciar el respeto del sistema de fuentes (función prescriptiva), y, segundo, hallar la norma aplicable (función primaria). La visión panorámica del conjunto representa una valiosa ayuda para el ejercicio de las restantes funciones.

b) «MÉTODO CLÁSICO» PARA LA EXTRACCIÓN DE LOS MATERIALES NECESARIOS PARA LA COMPOSICIÓN

El Derecho Administrativo clásico se adentra en el conocimiento de los diversos ámbitos del ordenamiento jurídico deshaciendo el ovillo o marasmo de normas a partir de una concepción lineal del ordenamiento en una constante sucesión temporal y espacial, y desde la que se presume, sobre el esquema de la división de poderes, que los contenidos más relevantes y sustantivos se encuentran «arriba» y tienen suficiente capacidad de dirección e impulso sobre el nivel «inferior»: normas internacionales y supranacionales; previsiones constitucionales; leyes generales y sectoriales; reglamentos de toda condición³⁴.

Esta dimensión presume que las leyes y las restantes normas son capaces de dar cumplida cuenta del contenido de la política de que se trate en cada caso, puesto que, por sí mismas y de forma explícita, contendrían las reglas de juego concernientes a la conducta que han de observar sus destinatarios³⁵. En este pun-

[34] *Vid.* los ejemplos del núm. III.

[35] *Vid.* los ejemplos del núm. III.

to, el estudio de las fuentes deviene instrumental, pues se halla al servicio del conocimiento de una parcela del Derecho Administrativo.

c) CRISIS Y REORIENTACIÓN DE LA FUNCIÓN EXPLICATIVA EN LOS NUEVOS ESCENARIOS

En nuestro tiempo, sin embargo, no se explica el funcionamiento de numerosos sectores a partir de los materiales tantas veces utilizados: (i) la «plantilla» que una Constitución proporciona; (ii) la preocupación del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo por el respeto de los límites y requisitos para la producción normativa; y (iii) la explicación o descripción del sector mediante las leyes de cabecera³⁶.

Y es que las leyes de cabecera, si es que existen, carecen de la capacidad informativa de antes (y de organización y dirección del sector). Ya no es tan fácil —en los territorios donde tienen lugar las nuevas formas de gobierno y administración— componer a partir de la prelación de fuentes³⁷. Es necesario, por el contrario, conocer la constelación de sujetos intervinientes y el papel por cada uno de ellos asumido³⁸. La teoría de la gobernanza ofrece un marco conceptual instrumental para hacer frente a estos nuevos retos³⁹.

[36] *Ibidem*.

[37] *Infra* núm. 4.

[38] *Vid.* el ejemplo de los mercados financieros, *supra* núm. I.2.b).

[39] Basten aquí las referencias a esta teoría hechas *infra* núm. IV, así como, en particular, en la tercera parte del presente capítulo, en los números I.2.c) y III.1, cuadros 2 y 3. No se pretende aquí definir la gobernanza, sino tan sólo utilizar, a nuestro limitado propósito, una acepción útil para el Derecho Administrativo. Sobre el tema, me remito también a mi reflexión «Introducción. Reforma e innovación del procedimiento administrativo», en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, núm. III.

No se olvide, como con sutileza afirman H. H. TRUTE y A. PILNIOK, que la misma imprecisión planea sobre otros tantos conceptos y teorías. No se sabe bien qué son las ciencias de la Administración, ni lo que es la gobernanza. Cfr. «Governance und Verwaltungs(rechts)wissenschaft», en Mehde, Ramsauer y Seckelmann (Eds.), *Staat - Verwaltung - Information: Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2011, pp. 849-877 (p. 849).

5. PRESUPUESTOS Y PREMISAS SOBRE LAS QUE SE BASA LA DOCTRINA TRADICIONAL DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. CONSECUENCIAS DEL ENFOQUE TRADICIONAL

a) PREMISAS Y CONTEXTO DE LAS FUENTES EN EL ESQUEMA CLÁSICO

Naturalmente, las distintas operaciones —en los tres niveles— discurren de ordinario inescindiblemente unidas. Al desentrañar o recomponer el sector del ordenamiento jurídico que en cada caso interese (regulación de los mercados financieros o protección medioambiental de las costas) (i), se pulen interpretaciones de las normas en liza (ii), se identifican eventuales excesos u omisiones en la escala de fuentes (iii), se fijan los límites de la acción administrativa (iv), o se advierten, por ejemplo, disfunciones, lagunas y contradicciones (v). Al fin y al cabo, no se trata de un estudio abstracto o formal de las fuentes, sino de un análisis *específico* y *sustantivo* del sector de que se trate.

El enfoque tradicional que venimos de relatar se asienta sobre una serie de premisas:

– *La regulación es en esencia regulación normativa.* La resolución de los problemas y, más ampliamente, la regulación de la vida social, económica, medioambiental, o informativa se lleva a cabo a través de normas jurídicas.

– *Las normas jurídicas son vinculantes e imperativas, dictadas por el poder público desde arriba.* Las normas jurídicas que interesan a la teoría clásica son aquellas que tienen por objeto disciplinar, directa o indirectamente, la conducta o el comportamiento de sus destinatarios (Administraciones, empresarios, ciudadanos); poseen carácter heterónomo; y presentan carácter vinculante e imperativo. Esto es, importan aquellas fuentes que se imponen en sede judicial⁴⁰.

[40] En términos funcionales, se resuelven en mandatos, prohibiciones o autorizaciones; desde un punto de vista estructural, se articulan en teoría en torno a presupuesto de hecho y consecuencia jurídica; y, en fin, en razón de su contenido material o sustantivo, se traducen en programaciones detalladas o abiertas.

– *El sistema de fuentes se basa en la jerarquía y en la presunción de que la norma superior o primaria contiene los elementos fundamentales.* Las fuentes se producen en cascada, de modo lineal, de arriba hacia abajo. Las normas secundarias arrastran e incorporan el contenido de las normas primarias y lo completan.

– *La Ley y el Derecho a los que se vincula la Administración se entienden como límite o subordinación.* Las normas jurídicas, a la luz del principio de legalidad y de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, sirven para limitar y sujetar la acción administrativa desde el parlamento.

b) COSAS QUE QUEDAN FUERA

(i) Supuestos en los que no concurren las «condiciones naturales». Ejemplos.

Estas premisas o presupuestos no se dan siempre, sin embargo: no toda regulación es normativa; no todas las normas son vinculantes, ni imperativas; no toda producción normativa se realiza a través de un proceso jerárquico de arriba hacia abajo, ni todas las fuentes se ensamblan sin más escalonadamente, ni permiten el acarreo de materiales desde el curso superior, ni son por definición heterónomas. Como tampoco, en fin, todas las normas son públicas en el sentido de emanadas de un sujeto público investido de poder formal.

Dicho de otro modo, a la *teoría tradicional de las fuentes en el Derecho Administrativo*, entre otras cosas, parecían no interesarle:

– Las normas no vinculantes, y, en términos más generales, los mecanismos de Derecho blando (comparación por pares, guías y recomendaciones, etc.).

– La acción de los sujetos privados y, más en concreto, el fenómeno de la autorregulación privada (las cartas de servicio elaboradas por las asociaciones profesionales a escala comunitaria para garantizar la mejor prestación del servicio, por ejemplo)⁴¹.

– La calidad de las normas y, más ampliamente, la política regulatoria (en los términos definidos por la OCDE)⁴².

[41] Sobre este extremo, *vid.* segunda parte del presente capítulo.

[42] *Infra* núm. IV. Véase, en ese sentido, el documento «Draft report - Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth», en http://www.oecd.org/document/47/0,3343,en_2

– La capacidad directiva y reguladora que poseen instituciones estratégicas como el procedimiento administrativo y la organización administrativa⁴³.

– Las distintas formas de regulación alternativas o complementarias a la norma jurídica escrita y vinculante (mercado, consenso, regulación por información, etc.)⁴⁴.

Sobre todo ello habremos de volver⁴⁵.

(ii) Déficit explicativo.

En tantos sectores relevantes no hay normas portadoras de un programa legal completo y cerrado. La legislación primaria —la ley de cabecera, si se quiere— no es capaz de dar cuenta del funcionamiento del sector. Ni siquiera, por ejemplo, a nivel europeo, la legislación en materia financiera es susceptible de explicar por sí sola cómo funcionan los mercados financieros. Ello significa que la teoría tradicional de las fuentes deja fuera de su radar algunas cosas que, como seguidamente se argumenta, interesan al Derecho Administrativo. La explicación tradicional no es suficiente, se ha quedado corta para sistematizar otros elementos que en modo alguno resultan excepcionales. No basta, por ello, con mimetizar las funciones que han desempeñado el Derecho Civil y el Derecho Constitucional.

6. CUATRO CARACTERÍSTICAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN RELACIÓN CON LAS FUENTES DEL DERECHO. RECAPITULACIÓN

Antes de avanzar hacia las nuevas coordenadas del sistema, sin embargo, conviene recapitular cuatro notas características de las Administraciones públicas, que se han dejado entrever en las páginas precedentes:

1571361_45507055_45675055_1_1_1_1,00.html, así como los documentos que sobre política regulatoria cuentan con un epígrafe específico: http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_34141_1_1_1_1_1,00.html.

[43] Cfr. segunda parte núm. III y tercera parte, núm. IV, ambas del presente capítulo.

[44] *Vid.* los ejemplos del núm. III.3.

[45] *Infra* núm. IV.

a) LA ADMINISTRACIÓN ES DESTINATARIA Y RESPONSABLE

La Administración es *destinataria* de un masivo y multiforme aluvión de normas de toda suerte, procedencia y condición, lo que la convierte en el sujeto que más exigencias jurídicas ha de satisfacer en el ámbito de las fuentes: interpreta un complejo y cambiante cuadro de normas a ella dirigidas (la mayor parte de las que se dictan); las desarrolla normativamente por medio de la legislación secundaria; las aplica y las hace cumplir; las implementa y pone en práctica; organiza el sector de que se trate y lleva a cabo las actuaciones prestacionales y materiales que correspondan.

El objeto de ese torrente normativo, cada vez más complejo⁴⁶, es hacer de las Administraciones «agentes responsables» de lo que las normas disponen: conferirles una multiplicidad de encargos, tareas y responsabilidades (que casi nunca se resuelven en una mera ejecución mecánica). Administrar aquí no es «aplicar», sino «poner en práctica», «hacer realidad», «garantizar un resultado», «organizar la prestación», etc.

La Administración, pues, no es sólo la primera y mayor destinataria de normas⁴⁷, ya que esa «destinación» comporta una vertiente siempre activa, por contraste con otras ramas del Derecho (como el Derecho Privado, en que las normas pueden estar ahí sin que nos resulten aplicables, en tanto no hagamos uso de un determinado instrumento)⁴⁸. Ninguna de las normas que tienen por objeto mediato o inmediato a la Administración le son indiferentes, ni se encuentran «dormidas». Éstas se hallan permanentemente «activadas».

[46] La rápida sucesión de normas de todo tipo y naturaleza (públicas y privadas; generales y sectoriales; imperativas e indicativas) y la creciente expansión y *entrelazamiento* de los ordenamientos jurídicos *dentro y fuera de las fronteras nacionales* complican exponencialmente las tareas de interpretación, aplicación y producción normativa que la Administración pública tiene atribuidas, una Administración que ya no es exclusivamente «estado-céntrica», sino que actúa al servicio o en colaboración con otras organizaciones supraestatales o internacionales, y con el sector privado. *Vid.* tercera parte del presente capítulo.

[47] Basta inventariar las leyes que emanan de cualquier parlamento, organización supranacional o internacional, para comprobarlo.

[48] Así, por ejemplo, las normas relativas al contrato de compraventa en el Derecho Civil se activan tan sólo si realizamos tal contrato. Las normas que regulan los servicios básicos de los municipios están siempre activadas.

b) LA ADMINISTRACIÓN, ENTRE «EJECUTANTE» Y «AUTOPROGRAMABLE»

La Administración es a un tiempo «ejecutante» y «autoprogramable» (dentro del marco o perímetro jurídico establecido, claro es). La Administración no sólo aplica e implementa un denso y detallado programa legal, sino que también formula y realiza políticas públicas investida de un notable poder de configuración (por ejemplo, en el ámbito del urbanismo y de la ordenación del territorio, del medio ambiente, o de la seguridad pública, entre tantos).

Constituye ésta una *posición dual* que abre toda una *escala de creatividad* en favor de la Administración ante la legislación primaria: la vinculación a la ley y al Derecho se modula o refracta en virtud de la forma o modalidad en que la ley la programe o dirija: normas sustantivas y de detalle, normas de procedimiento, normas de organización, etc.

c) LA ADMINISTRACIÓN, CREADORA Y APLICADORA

La Administración *crea y aplica* Derecho a un tiempo, en una medida y con una finalidad específicas⁴⁹. La *función* que asume la Administración deviene *heterogénea*: de un lado, actúa *como si* de un *legislador* se tratara, y elabora legislación secundaria o subordinada, sea de complemento o desarrollo de la legislación primaria (reglamento ejecutivo, por ejemplo), o sea de normas que no representen un derivado sustantivo de ésta (planeamiento urbanístico y territorial, normas de organismos reguladores...); de otro, opera *como si* fuera un *juez*, en cuanto que interpreta y aplica a cada caso la legislación vigente (primaria y secundaria), sea o no en fase contenciosa, como «parte»⁵⁰, o como juez⁵¹. *Una y otra función ante las fuentes requieren aproximaciones distintas.*

[49] Sobre esta interesante temática —la diferente naturaleza y sentido con la que la Administración «legisla» y «enjuicia»—, véase «Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure» (*Senate Document No. 8, 77th Congress, First Session, 1941*). Para su comentario, J. BARNES, *Tres generaciones de procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, capítulo primero.

[50] Como «parte» en cuanto actúa del lado del interés general y de su defensa y consecución. Piénsese, por ejemplo, en un procedimiento autorizatorio.

[51] Por ejemplo, en un procedimiento competitivo (acceso a la función pública, contratación administrativa, etc.).

d) ADMINISTRACIÓN REGULADA Y ADMINISTRACIÓN REGULADORA

Las fuentes en el Derecho Administrativo presentan un carácter *bifronte*: la Administración es reguladora y regulada⁵². En efecto, la Administración es *regulada* y la Administración es *reguladora*, condición ésta que resulta indisoluble en la medida en que la Administración sea *regulada para regular*. La Administración local, la universitaria, los organismos reguladores, el banco central, por ejemplo, son regulados para, a su vez, regular el ámbito en el que respectivamente se mueven.

III. RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE FUENTES Y LA FORMA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN. EJEMPLIFICACIÓN

Del examen de las tres funciones tradicionales de las fuentes (núm. II), se infieren dos consecuencias a nuestros efectos:

(i) La primera es que esas funciones no sólo conservan su vigencia y actualidad, sino que además han adquirido algún sentido nuevo.

(ii) La segunda es que, con todo, la teoría de las fuentes requiere una actualización y enriquecimiento.

Seguidamente nos ocupamos de esta segunda afirmación. La clave, a este propósito, y he aquí la tesis principal que se postula, reside en contemplar el sistema de fuentes a la luz y en el contexto de las formas y modos de gobierno y administración, esto es, desde la perspectiva de la regulación.

Para ilustrar esta relación, hemos de comenzar con una selección de casos tipo, o ejemplos característicos, en una escala que va de un *esquema clásico* (ley de contenidos materiales-reglamento ejecutivo-acto de aplicación, a modo de pirámide) a otro *más moderno* (leyes con esca-

[52] Utilizamos el término «regulación» en sentido muy amplio. Véase, sobre el tema, la segunda parte del presente capítulo. Asimismo, aunque no del todo coincidente en su amplitud, *vid.* el primer capítulo de esta obra.

sos contenidos materiales-múltiples y cambiantes normas infralegales con relevante poder de decisión-corresponsabilidad de sujetos públicos y privados, a modo de estructura reticular).

El primero —legislación de protección de las costas— responde a las premisas que subyacen a la teoría general de Derecho Administrativo clásico, y dentro de ésta, a la teoría de las fuentes (núm. 1). El segundo —legislación urbanística— presenta ya numerosas desviaciones del modelo explicativo clásico (núm. 2). El tercero —la normativa europea para la consecución de un mercado único de servicios económicos— representa un ejemplo de las nuevas modalidades de gobierno y administración, donde el eje de la teoría de las fuentes se desplaza hacia la teoría de la regulación (núm. 3).

1. *PRIMER CASO*. LA LEY DE COSTAS Y SU FORMA TRADICIONAL DE VINCULACIÓN O SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DE NORMAS MATERIALES O CONDICIONALES

a) CONTEXTO

A mero título de ejemplo, la Ley española 22/1988, de Costas, tiene por objeto proteger y racionalizar el uso de la ribera del mar y de las rías (playas, zonas marítimo-terrestre), del mar territorial y las aguas interiores, así como de los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Es una «ley administrativa», en el sentido de que convierte a la Administración en protagonista central de la protección medioambiental de las costas, esto es, descarga sobre sus espaldas la consecución de los fines y los objetivos de esta política pública. Entre otras cosas, la Administración es la titular de los bienes de dominio público que integran las costas; a ella corresponde realizar el deslinde de los 7.880 kilómetros de litoral, de los que el 24% constituyen playas; es beneficiaria y protectora de las servidumbres legales que recaen sobre los predios de propiedad privada colindantes con el dominio público; regula y planifica la utilización de las costas, resuelve las autorizaciones y concesiones que cabe otorgar; gestiona el régimen económico-financiero de la utilización de las costas (financiación de obras, cánones y tasas); impone las sanciones pertinentes por las infracciones de la Ley, se encarga de que se restituyan las cosas por daños que se produzcan en las costas y se repongan a su estado anterior, así como de la indemnización que en su caso proceda.

b) ESQUEMA CLÁSICO

Se trata de una Ley administrativa que es, además, «clásica», puesto que encaja a la perfección con la explicación «oficial» de la división de poderes, característica del Estado liberal. Y ello en razón de tres consideraciones:

(i) Primero, porque la Ley de Costas, en términos generales, gobierna y vincula a la Administración por medio de indicaciones muy precisas; es, en efecto, una Ley que sabe *qué* es lo que quiere y *cuáles* son los medios para alcanzarlo.

(ii) Segundo, porque la acción administrativa posee un marcado carácter *ejecutivo* o de aplicación, pues se concentra en poner en práctica el programa que la Ley contiene.

(iii) Y, tercero, porque el modo de hacer realidad el principio de legalidad o de sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho⁵³ se canaliza al modo tradicional, a saber: mediante estándares *sustantivos* que regulan la conducta de la Administración y de los ciudadanos, o, lo que es lo mismo, la Ley delinea numerosos presupuestos de hecho (qué ha de entenderse por «playa», por ejemplo) y las consecuencias jurídicas que deban anudarse a esa realidad (aplicación del régimen jurídico del dominio público). La Ley de Costas, en efecto, establece una programación material de naturaleza condicional: *si* concurre una determinada circunstancia —por ejemplo, la presencia de los elementos naturales que la Ley califica de «playa» como zona de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y gujarros—, *entonces* la consecuencia será la prevista: la entrada en escena de un concreto régimen jurídico (la demanialidad del bien y la imposibilidad de constituir derechos patrimoniales sobre las mismas).

c) EJEMPLIFICACIÓN

Esos rasgos se aprecian en todos los pasajes de la Ley. Por ejemplo, la Ley dispone, como primera medida, determinar o identificar en cada tramo de costa el dominio público marítimo-terrestre y asegurar su integridad y adecuada conservación, adoptando, en su caso, las medidas de protección y restauración necesarias. Para ello le encomienda a la Administración que practique el oportuno deslinde «ateniéndose a las características de los bienes que lo integran»⁵⁴ con-

[53] Simbolizado en el caso español en el art. 103.1 de la Constitución, de acuerdo con el cual, «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.»

[54] Art. 11 de la Ley de Costas.

forme a lo dispuesto en las definiciones legales de los distintos elementos (riberas, mar territorial, recursos naturales de la zona económica y plataforma continental, terrenos ganados al mar, etc.)⁵⁵.

De este primer ejemplo, en lo que hace al sistema de fuentes, conviene destacar por último la *centralidad* que aquí adquiere la idea de *límite*. Al administrativista le interesa constatar, en efecto, si la notable expansión que del concepto de dominio público marítimo-terrestre opera la Ley de Costas de 1988⁵⁶ y de los bienes que lo componen respecto de la legislación anterior de 1969⁵⁷ se encuentra dentro de los límites que la Constitución autoriza⁵⁸; si la Administración se mueve dentro de la cobertura que la Ley le proporciona en cada caso (deslindes, autorizaciones, concesiones, etc.); si el reglamento ejecutivo de la Ley de Costas, aprobado por el Gobierno, no desborda el marco legal⁵⁹; etc.

En resumen, las fuentes (Constitución, ley y reglamento, esencialmente) se sitúan en la relación esperada en la visión originaria del principio de división de poderes. Primero, porque responden al desiderátum clásico de que la ley se anticipa a la realidad y disponga las soluciones y respuestas frente a los problemas que se puedan suscitar —aquí de protección medioambiental y uso público de las costas—. Segundo, porque se producen en cascada (Constitución-ley-Reglamento-actos de aplicación), reservando a cada poder, legislativo y ejecutivo, lo que en teoría le está atribuido (el Parlamento legisla y la Administración aplica). Tercero, porque son productos normativos (Ley de Costas de 1988 y Reglamento de desarrollo de 1989)⁶⁰ que nacen con una cierta vocación de estabilidad y permanencia —de ahí su abstracción y generalidad—. Y, por último, en cuarto término, porque los tres poderes se sitúan en una suerte de relación lineal, en la medida en que la Ley de Costas posee una enorme capacidad de dirección y diseño y acapara el protago-

[55] Por ejemplo, arts. 3 y 4 de la Ley de Costas.

[56] Arts. 3-6 de la Ley de Costas.

[57] Arts. 1 y 2. Sobre el tema, puede verse JAVIER BARNES, «Ley de Costas y garantía indemnizatoria», en *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 2, 1990, pp. 63-122.

[58] Por ejemplo, si es compatible con los arts. 132 y 33.3 de la Constitución española de 1978, entre otros. En concreto, el art. 132.1 garantiza el carácter demanial de las costas en los siguientes términos: «La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.»

[59] Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para Desarrollo y Ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

[60] Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para Desarrollo y Ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

nismo del programa o política a desarrollar; la Administración ejecuta sus diseños (lo que tampoco la convierte desde luego en una organización que aplique mecánicamente la Ley, obvio es decirlo); y los jueces y tribunales fiscalizan que ésta ha observado los mandatos de aquélla.

2. SEGUNDO SUPUESTO. EL DERECHO URBANÍSTICO

a) CONTEXTO

Las leyes en materia de urbanismo o legislación del suelo (por ejemplo, la Ley estatal del Suelo de 2008⁶¹, y la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas⁶²) regulan el proceso urbanizador, esto es, cómo ha de crecer la ciudad y, más en general, los usos constructivos del suelo, de un lado, y cómo se constituyen sobre el suelo las facultades dominicales y los derechos patrimoniales de los ciudadanos, de otro. Entre los objetivos que esa legislación establece cabe destacar la utilización racional del suelo como recurso natural de conformidad con el principio de crecimiento sostenible⁶³ y la consecución del derecho a una vivienda digna⁶⁴.

Se trata igualmente de una legislación «administrativa», en el mismo sentido a que antes se ha hecho referencia: por mandato de la ley, es la Administración la que controla el entero proceso urbanizador, aun cuando se admita la iniciativa privada y la colaboración⁶⁵, lo que comprende la planificación o planeamiento urbanístico en todas sus modalidades y ámbitos; la gestión o ejecución; y, desde luego, la disciplina urbanística (licencias, inspección, sanciones).

[61] Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

[62] Véanse, por ejemplo, en Cataluña, el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, el Reglamento de la Ley de urbanismo, aprobado mediante el Decreto 305/2006, de 18 de julio; y finalmente el Decreto-ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística.

[63] Por ejemplo, art. 2 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo.

[64] Por ejemplo, art. 4.a) del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo; o la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.

[65] De acuerdo con el Texto Refundido de la Ley del Suelo, «(l)a ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste.»

b) DESVIACIÓN RELATIVA DEL ESQUEMA CLÁSICO

Ahora bien, por contraste con la Ley de Costas, aquí la legislación no responde a las expectativas de la «clásica» construcción de la división de poderes. Nótese, en efecto, que esa legislación se resuelve a la postre en complejos procedimientos administrativos de creación de ciudad y adquisición de facultades urbanísticas, pero no establece por sí misma el concreto modelo de ciudad, cómo y en qué forma ésta ha de crecer, ni, menos aún, dónde se han de localizar las infraestructuras principales, los usos industriales o los residenciales, por ejemplo. La política urbanística, con todo lo que ello entraña y los efectos multiplicadores de carácter estructural que para el hábitat humano, las actividades económicas, el tráfico o el medio ambiente supone para tantas generaciones, se halla en manos de la Administración; de una Administración, nótese bien, que no escribe al dictado de lo que la Ley del Suelo le ordene, porque ésta guarda silencio sobre esas opciones. En este caso, pues, no se dan esas tres circunstancias que sí concurrían en la Ley de Costas:

(i) La legislación urbanística no gobierna, ni sujeta a la Administración a través de indicaciones materiales o sustantivas concretas relativas a los usos a asignar a cada porción del suelo, cómo y por dónde ha de desplegarse la ciudad; la estrategia territorial y las infraestructuras en cada caso necesarias; etc. Aquí, los estándares urbanísticos uniformes son escasos, tienen carácter de mínimo y constituyen la excepción (por ejemplo, zonas verdes por número de habitantes). La Ley *no sabe lo que quiere para cada ciudad o espacio en singular*, porque en realidad no se puede saber *a priori*, esto es, en abstracto, con carácter general y vocación de permanencia o, por mejor decir, sólo sabe cuál es el objetivo último y trascendente (el acceso de todos a una vivienda digna; el crecimiento sostenible y cohesionado de las ciudades; la creación de un hábitat urbano adecuado; etc.).

(ii) La acción administrativa en modo alguno posee naturaleza meramente *ejecutiva*, puesto que, en rigor, no hay apenas estándares materiales que aplicar. El programa para la ciudad no está en la ley, sino en el planeamiento urbanístico, en manos de la Administración.

(iii) El modo de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho no se realiza entonces, como en el primer caso, a través de criterios, estándares o programas materiales y condicionales. La programación es, por el contrario, de carácter *finalista y procedimental*. La ley establece objetivos, finalidades, principios y objetivos a alcanzar, garantías de resultado. Y los procedimientos de elaboración y aprobación del planeamiento en todas sus modalidades y especies; de ejecución y gestión del planeamiento; de disciplina; y de adquisición de las facultades urbanísticas que al propietario correspondan. El modelo concreto de cada ciudad se difiere a la Administración, y con ello, una enorme cuota de po-

der en la realización y ejecución de la política pública del suelo y de la vivienda. *La Administración urbanística es mucho más poderosa que la Administración de Costas*⁶⁶. Ahora bien, la cuestión no es que una tenga mayor poder que la otra. El problema consiste en que, en el Derecho urbanístico, las fuentes no funcionan al modo clásico o esperado, en un doble sentido: primero, porque no es la ley la que dirige el sector con sus previsiones materiales o sustantivas, con todo lo que eso significa (de entrada la ley no ofrece entonces un canon o parámetro denso y claro para controlar y enjuiciar la acción administrativa); y, segundo, porque la Ley del Suelo, por sí misma, tiene menor fuerza explicativa de la realidad y del funcionamiento del sector.

C) RELACIONES «NO EJECUTIVAS» ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO

La preocupación por la observancia de los límites entre una y otra fuente, entre la Ley y el Reglamento en particular, no tiene aquí la misma *centralidad* que en el primer caso, puesto que la norma situada en el vértice superior, la ley, posee escaso contenido material y dirige pocas indicaciones concretas y terminantes hacia las normas inferiores. El contraste y examen del trasvase que se hace en las normas inferiores de la cascada (reglamentos, planes urbanísticos) se contraerá a las cuestiones de procedimiento y organización que la Ley del Suelo haya establecido como indisponibles y, por supuesto, a la compatibilidad de esas normas inferiores con los objetivos, fines o principios de la Ley y, en última instancia, de la Constitución⁶⁷. Pero la idea de límite juega ya un papel muy diferente, primero porque no se extiende con la misma intensidad a los contenidos materiales (si el plan respeta los mandatos o estándares materiales de la Ley del Suelo); y, en consecuencia, en segundo lugar, no agota las cuestiones que al jurista importan, pues esa perspectiva dispensa una explicación insuficiente acerca de cómo funciona el urbanismo en la realidad jurídica.

[66] En este caso, la Constitución abre espacios a distintas opciones legislativas; la legislación deja amplias zonas de libertad a la Administración.

[67] Véase, por ejemplo, el art. 47 de la Constitución española de 1978: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.»

d) CONTRASTE Y COMPARACIÓN ENTRE AMBOS SUPUESTOS

En efecto, si el programa político de protección y uso racional del litoral lo diseña la Ley de Costas con una cierta estabilidad y certidumbre, tiene pleno sentido, desde luego, conocer y valorar cómo incorpora la Administración ese programa en la legislación secundaria (en los reglamentos, por ejemplo) y, en definitiva, cómo se lleva a la práctica a la luz de la Ley. Ello permite identificar acciones u omisiones; desviaciones de lo dispuesto en la Ley; cuestiones pendientes; incompatibilidades o eventuales colisiones con los preceptos legales de una determinada actuación; etc. En cambio, cuando la Ley del Suelo, en nuestro caso, no fija el programa político del uso racional del suelo, no establece el modelo de cada ciudad, ni configura cómo se va a llevar a cabo la política de vivienda en cada tiempo y lugar, la tarea fundamental no puede versar sobre los contenidos materiales a respetar por las normas administrativas, tanto en lo que se refiere a la función prescriptiva, como a la explicativa.

Baste ahora dejar anotado que la idea de límite —de límite en este caso que ha de respetar la Administración en su producción normativa— ha de ser completada, puesto que poco se puede explicar del Derecho urbanístico desde ese ángulo, que es, como se ha advertido, en el que se concentra la explicación tradicional de la división de poderes. En casos como éste, más allá de la observancia de los límites impuestos por la norma superior sobre el planeamiento urbanístico, interesa conocer cómo puede la ley dirigir más y mejor la política urbanística que ha de quedar en manos de la Administración, cuando no puede anticiparse a la realidad ni gobernar todos los usos urbanísticos imaginables del suelo para cada espacio, etc.⁶⁸

Dicho de otro modo, es necesario conocer la *estrategia reguladora* que surca el urbanismo y cuáles son las *estructuras* o *herramientas* reguladoras, entre las que destacan los procedimientos administrativos y la organización administrativa allí implantados.⁶⁹

[68] Algunas consecuencias, *infra* núm. IV.

[69] Véase el ejemplo siguiente (núm. 3).

CUADRO 1

	LEY DE COSTAS	LEY DEL SUELO
CONTENIDO DE LA LEY	<p>Ley con contenidos <i>materiales</i> (criterios o estándares sustantivos sobre la protección y uso de las costas).</p> <p>La Ley contiene los elementos fundamentales de la política de protección de las costas: sus elementos integrantes; las acciones que han de realizarse para su determinación e integridad; los usos de esos bienes.</p>	<p>Ley con contenidos <i>formales</i> (de procedimiento de creación de ciudad y de adquisición de facultades urbanísticas).</p> <p>La Ley no contiene los elementos fundamentales de la política urbanística: el modelo de cada ciudad, sus opciones básicas, sino fines genéricos.</p>
PROGRAMACIÓN LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN	La Ley gobierna a la Administración mediante programas condicionales y materiales.	La Ley gobierna a la Administración mediante programas finalistas y normas de procedimiento y organización.
FUNCIÓN DE LA NORMA ADMINISTRATIVA	La norma administrativa (reglamento) se limita al desarrollo y concreción. Ejerce una función instrumental o de colaboración normativa con la Ley.	La norma administrativa (planes urbanísticos) contiene los elementos principales y el estatuto de cada porción del territorio.
EJECUCIÓN O CREACIÓN DEL DERECHO	La Administración actúa con carácter ejecutivo: aplica los criterios materiales dispuestos por la Ley de Costas.	La Administración no actúa con carácter meramente ejecutivo: es protagonista principal en la definición de las soluciones de fondo.
LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN	La Administración (general del Estado) posee escasa libertad de configuración en la protección de las costas.	La Administración (local) posee una enorme libertad de configuración de cada ciudad.
EL LEGISLADOR DECIDE EL QUÉ, O DECIDE QUIÉN Y CÓMO HA DE DECIDIR	La Ley de Costas ha adoptado las decisiones fundamentales de la política medioambiental de las Costas.	<p>La Ley del Suelo no ha tomado las decisiones fundamentales para cada ciudad, pero ha decidido <i>quién</i> ha de decidir (organización administrativa) y <i>cómo</i> ha de decidirse (procedimiento administrativo).</p> <p>Organización y procedimiento se convierten así en elementos fundamentales del análisis.</p>

<p>COMPLEJIDAD Y POSICIÓN DE LAS FUENTES</p>	<p>Las fuentes son simples (Ley de Costas y Reglamento ejecutivo); y se sitúan en una relación lineal y en cascada, que transporta el contenido material de arriba hacia abajo, desde la Ley al reglamento, y de éstos a la ejecución o aplicación.</p>	<p>Las fuentes son complejas, no se sitúan en una relación lineal, ni el contenido material se transporta desde la ley hacia abajo. Es el plan el que establece la ley. En la misma ejecución del plan caben muchas opciones posibles.</p>
<p>IMAGEN</p>	<p>La imagen en la que se sitúan el parlamento y la Administración podría representarse por dos espacios coextensos: la ley determina todo lo que ha de hacer la Administración y ésta se limita a ejecutar sólo y todo lo que la ley ha establecido.</p>	<p>La imagen en la que se sitúa el parlamento y la Administración podría representarse con una pirámide invertida, en cuyo vértice inferior se sitúa el primero: la ley no determina todo lo que ha de hacer la Administración, ni ésta se limita a ejecutar sólo y todo lo que la ley haya establecido.</p>
<p>EL ANÁLISIS DE LAS FUENTES EN FUNCIÓN DE LA OBSERVANCIA DE LOS LÍMITES MATERIALES Y FORMALES</p>	<p>En la relación lineal y en cascada que ocupan la Constitución, la Ley de Costas, y su Reglamento ejecutivo, la perspectiva del respeto de los límites que cada fuente ha de observar es importante:</p> <p>a) porque pone el acento en el control (perspectiva judicial) y permite su cuestionamiento e impugnación en caso de infracción (función prescriptiva);</p> <p>b) porque esa secuencia (Constitución-ley-reglamento) en estos casos da buena cuenta del sector y de la política de protección y uso de las costas (función descriptiva).</p>	<p>En la relación en que se sitúa la Ley del Suelo y los planes urbanísticos de cada municipio, la perspectiva del respeto de los límites (materiales o de contenido) resulta de menor relevancia:</p> <p>a) porque poco control material o sustantivo cabe hacer sobre el plan a partir de la Ley del Suelo (función prescriptiva);</p> <p>b) porque la secuencia de fuentes (Constitución-ley-plan urbanístico) no da buena cuenta de lo que ocurre en el sector (si lo que importa es determinar la observancia del inferior respecto del superior).</p> <p>El valor explicativo y prescriptivo queda reducido a la observancia de ese límite que no puede desbordarse. Es necesario, en consecuencia, introducir otros análisis para la comprensión del Derecho urbanístico y para aportar soluciones a problemas y déficits.</p> <p>De entrada, es necesario entender el papel fundamental, en el plano regulatorio, que aquí juegan la organización y el procedimiento (véase la casilla sobre la decisión del legislador sobre quién y cómo se toman las decisiones).</p>

3. TERCER EJEMPLO. EL CASO DE LA DIRECTIVA EUROPEA DE SERVICIOS DE 2006

a) CONTEXTO

La Directiva europea de Servicios (2006)⁷⁰ pretende crear un mercado único en todo el espacio europeo de servicios económicos. Renuncia, sin embargo, por razones muy heterogéneas, a uniformar las condiciones de prestación de cada uno de los servicios (hoteleros, profesionales, comerciales, etc.), a través de normas jurídicas vinculantes emanadas desde un único centro, sistema éste en que se resuelve el método tradicional.

b) PLURALIDAD DE TÉCNICAS Y ESTRATEGIAS

Y recurre, por el contrario, a toda una suerte de estrategias regulatorias combinadas (véase más abajo cuadro 2):

(i) Regulación normativa *tradicional*: normas uniformes, centralizadas y vinculantes, tales como prohibiciones, un mínimo de órdenes y mandatos; programaciones legales de carácter finalista (garantía de resultado); armonización selectiva. Por ejemplo: arts. 9 y ss. de la Directiva (principios de no discriminación, proporcionalidad, etc.); la exigencia de formularios armonizados a escala comunitaria para el establecimiento de un prestador; etc.

(ii) Regulación por *información* (estrategias basadas en la comunicación): la información facilitada por los sujetos intervinientes (públicos y privados) hace posible una mejor libertad de elección, condiciona o dirige determinados comportamientos, presta asesoramiento para el ejercicio de los respectivos derechos, etc. Por ejemplo: art. 7 (información para los prestadores y los destinatarios); art. 21 (asistencia a los destinatarios para facilitar la elección y la movilidad).

(iii) Regulación a través de la *competencia* (el mercado): se pretende establecer un mercado competitivo de servicios económicos en Europa como mecanismo

[70] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [Diario Oficial L 376 de 27.12.2006]. Puede verse, por ejemplo, en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=2006&nu_doc=123.

que garantice más calidad a mejor precio. Es la filosofía que subyace a la Directiva, su objetivo último.

(iv) Regulación por medio de la *cooperación público-privado*: mediante la *autorregulación* como estrategia regulatoria, el consentimiento de los participantes se erige en el método para condicionar o limitar determinadas conductas o acciones. Por ejemplo: art. 37 (elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario). La colaboración público-privado se extiende a otros supuestos, como por ejemplo: art. 26 (sistemas de evaluación y certificación en beneficio de la calidad de los servicios); art. 7.2 (asesoramiento a proveedores y destinatarios); art. 9.1 (transferencia al sujeto privado de los costes de transacción, como los que se refieren a la obtención de la información necesaria sobre el estado de la cuestión y sobre la legalidad aplicable).

(v) Regulación a través de la *cooperación inter-administrativa*: la cooperación consiste en administrar en común, sin pérdida de la identidad individual de cada Administración (principio de separación y de cooperación funcional). La obligación de cooperar entre todas las Administraciones tiene alcance general y se extiende a todas las medidas necesarias: control, supervisión y seguimiento; evitación de duplicidades; identificación de requisitos equivalentes; determinación del Derecho aplicable. Por ejemplo: art. 28.2 (puntos de contacto: coordinadores IMI⁷¹); arts. 28 y 29, 34 (intercambio de información y asistencia recíproca); art. 6, 21 y 22 (ventanillas únicas).

(vi) Estrategias basadas en un diseño estructural del *procedimiento administrativo como medio de dirección*: *el legislador comunitario y nacional decide cómo decide la Administración*, es decir, el diseño legal del modo y la forma en que se toman decisiones (procedimiento) constituye una estrategia de dirección de la Administración por parte del legislador. *El legislador toca una tecla y lo transforma todo* (por ejemplo, sustitución de la autorización por la comunicación: el control se desplaza y organiza de otro modo; se obliga a trabajar en común; etc.). Otros ejemplos: art. 8 (procedimiento por vía electrónica); art. 5 (simplificación y modernización

[71] El IMI (sistema de información del mercado interior, destinado exclusivamente a las autoridades públicas de los Estados miembros y no accesible a los ciudadanos ni empresas) es una herramienta proporcionada por la Comisión Europea para facilitar la cooperación administrativa entre las autoridades competentes de los Estados miembros o entre éstas y la Comisión, en relación con diversos ámbitos vinculados al mercado interior.

Las autoridades finales son la razón de ser del sistema IMI. Son ellas las llamadas a participar más activamente en el sistema, intercambiándose información, consultas, etc. para llevar adelante la necesaria cooperación administrativa entre los Estados miembros. Cfr. la web oficial de la Administración General del Estado (en España, mediante la búsqueda de «IMI» y «Directiva de Servicios»).

de los procedimientos: documentos, formatos, etc.); art. 9.1 (autorización como mecanismo excepcional y transformación del control *ex ante* a un control *ex post*). El procedimiento se utiliza para garantizar que se adoptan las decisiones que el legislador comunitario desea, aunque no se sepa de antemano cuáles hayan de ser.

(vii) Estrategias basadas en una configuración estructural de la *organización administrativa como medio de dirección*. Por ejemplo, art. 7.3, 8 (la organización del gobierno electrónico; oficinas virtuales, con fachada principal y «cocina»); art. 34 (la vertiente organizativa del Sistema Electrónico de Intercambio de Información). La cooperación interadministrativa tiene alcance general y se extiende a todas las medidas necesarias: control, supervisión y seguimiento; evitación de duplicidades en los requisitos exigibles para la prestación de servicios; identificación de requisitos equivalentes; y determinación del Derecho aplicable. *La clásica regulación normativa (normas uniformes y obligatorias para cada servicio) es reemplazada por una regulación de efecto equivalente: la regulación de una organización administrativa que coopera y asiste al prestador de servicios.*

c) CONTRASTE O COMPARACIÓN CON EL MODELO CLÁSICO DONDE REGULAR ES IGUAL A DICTAR NORMAS ESCRITAS TENDENTES A DISCIPLINAR LAS ACTUACIONES DE LOS SUJETOS CONCERNIDOS

En suma: regular es *dictar normas* de obligado cumplimiento, sí, pero también lo es *crear una organización administrativa apropiada* (establecer ventanillas únicas al servicio del prestador de servicios, erigir una estructura avocada a la cooperación interadministrativa); o *establecer el marco organizativo y procedimental de determinadas actividades privadas autorreguladas* para la fijación de códigos de conducta de los prestadores a escala comunitaria, mediante asociaciones y órganos que aseguren la necesaria representatividad y transparencia, por ejemplo (sobre ello volveremos en la segunda parte).

CUADRO 2

MODELO SUBYACENTE A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

MÉTODO O ESTRATEGIA DE REGULACION	CARACTERÍSTICAS	EJEMPLIFICACIÓN EN LA DIRECTIVA DE SERVICIOS
REGULACIÓN CLÁSICA («ORDENO Y MANDO»)	<ul style="list-style-type: none"> – Normas uniformes, centralizadas y obligatorias. – Prohibiciones, órdenes y mandatos. – Programación finalista (garantía de resultado). – Armonización selectiva. 	<p>Arts. 9 y ss. (principios de no discriminación, proporcionalidad).</p> <p>Art. 5.2 (formularios armonizados a escala comunitaria para el establecimiento de un prestador).</p>
REGULACIÓN POR INFORMACIÓN (COMUNICACIÓN)	La información facilitada por los sujetos intervinientes (públicos y privados) hace posible una mejor libertad de elección, condiciona o dirige determinados comportamientos, facilita el asesoramiento, etc.	<p>Art. 7 (información para los prestadores y los destinatarios).</p> <p>Art. 21 (asistencia a los destinatarios: facilitar la elección y la movilidad).</p>
COMPETENCIA (MERCADO)	Un mercado competitivo de servicios como mecanismo para garantizar más calidad a mejor precio.	<p>Art. 1 (objetivo último de la Directiva).</p> <p>Art. 1 (la regulación del mercado y de la competencia a escala europea es un instrumento para la prestación de un nivel elevado de calidad de los servicios).</p>
COOPERACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (AUTORREGULACIÓN / CONSENSO)	Mediante la autorregulación, el consentimiento de los participantes se erige en el método para condicionar o limitar determinadas conductas o acciones.	<p>Art. 26 (sistemas de evaluación y certificación en beneficio de la calidad de los servicios).</p> <p>Art. 37 (elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario; guías).</p> <p>Art. 7.2 (asesoramiento a proveedores y destinatarios).</p> <p>Art. 9.1 (transferencia al sujeto privado de los costes de transacción para el conocimiento de la legalidad que le resulta aplicable).</p>

<p>COOPERACIÓN INTER-ADMINISTRATIVA</p>	<p><i>La cooperación consiste en administrar en común</i> (principio de separación y de cooperación funcional).</p> <p>La obligación de cooperar entre todas las Administraciones es general y se extiende a todas las medidas necesarias:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Control, supervisión y seguimiento. – Evitación de duplicidades; identificación de requisitos equivalentes. – Determinación del Derecho aplicable. 	<p>Art. 28.2 (puntos de contacto: coordinadores IMI: sistema de información del mercado interior).</p> <p>Art. 28 y 29, 34 (intercambio de información y asistencia recíproca).</p> <p>Art. 6, 21 y 22 (ventanillas únicas).</p>
<p>ESTRATEGIAS BASADAS EN NORMAS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO</p>	<p><i>El legislador comunitario y nacional decide cómo decide la Administración:</i></p> <p>El diseño inteligente del modo y la forma en que se toman decisiones (procedimiento) constituye una estrategia de dirección de la Administración y de organización del sector (por ejemplo, sustitución de la autorización por la comunicación: el control se desplaza y organiza de otro modo; se obliga a trabajar en común; etc.).</p>	<p>Art. 8 (procedimiento por vía electrónica / Gobierno electrónico)</p> <p>Art. 5 (simplificación y modernización de los procedimientos: documentos, formatos, etc.)</p> <p>Art. 9.1 (autorización como mecanismo excepcional)</p>
<p>ESTRATEGIAS BASADAS EN NORMAS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA</p>	<p><i>El legislador comunitario y nacional decide cómo es y trabaja esa Administración (en esencia, de forma cooperativa entre todas las Administraciones, y de éstas con el sector privado).</i></p>	<p>Art. 7.3, 8 (gobierno electrónico; oficinas virtuales).</p> <p>Art. 34 (sistema electrónico de intercambio de información).</p>

4. RECAPITULACIÓN

a) LA TEORÍA TRADICIONAL DE LAS FUENTES SE ASIENTA SOBRE LA FORMA TRADICIONAL DE LEGISLAR

El planteamiento convencional gira en torno a dos ejes: *las fuentes del Derecho como sistema a respetar por parte de los distintos sujetos intervinientes* (i); y *las fuentes como explicación y conocimiento del sector* (ii).

Enfoque éste que se basa en dos premisas: primero, en un Derecho Administrativo de contenido «negativo», en el que prima la preocupación por lo que «no se puede hacer»⁷², y, segundo, en un sistema de fuentes característico de los sectores tradicionales, en los que la ley material encierra en sí misma la mayor parte de las reglas de juego, los estándares o recetas a aplicar en cada caso, las soluciones a los problemas de futuro⁷³.

Es éste, sin duda, un enfoque plenamente válido, hoy como ayer.

Cuestión distinta es que resulte insuficiente conforme se descien- de gradualmente por esa escala ideal, para analizar otras formas de gobierno y administración, como las que representa la Directiva de Servicios antes citada⁷⁴.

[72] *Vid. infra* núm. IV.

[73] Así, en el ejemplo *supra* núm. III.1.

[74] Cfr. III.3. Lo cierto, en suma, es que la imagen idílica de la ley en el siglo XIX se ha transformado profundamente. La codificación decimonónica era la portadora de las esencias del ordenamiento jurídico. Nació con pretensiones de estabilidad. Las necesidades regulatorias de la sociedad contemporánea y el variado objeto de regulación han complicado ese paisaje.

b) LA TEORÍA CONTEMPORÁNEA DE LAS FUENTES HA DE ACTUALIZARSE PARA CONTEMPLAR LO QUE SUCEDE EN OTROS SECTORES

La naciente pluralidad de modelos de administración y gobierno, con otras señas de identidad, entraña una nueva forma de hacer políticas públicas y, desde luego, de hacer Derecho, lo que implica, por consecuencia, una aproximación o análisis distintos. Al fin y al cabo, como se ha reiterado, las fuentes del Derecho operan de modo diverso en los modelos regulatorios tradicionales («gobierno») y en los modelos más participativos y cooperativos («gobernanza»)⁷⁵:

(i) En los modelos regulatorios tradicionales, en efecto, las normas discurren de arriba hacia abajo, o en cascada; poseen carácter obligatorio; y la atención se concentra en las normas escritas. En el proceso regulatorio tradicional (y con él las fuentes del Derecho) los «regulados» no son sino meros destinatarios, y no verdaderos participantes⁷⁶.

En los modelos cooperativos, por el contrario, se constituye una densa red de actores públicos y privados, todos ellos con una cuota de responsabilidad en la cadena regulatoria, en la que participa el sector privado y la sociedad, y en donde ya no sólo importan las normas escritas, venidas de arriba con carácter vinculante, sino también las normas no obligatorias y, en general, los documentos y mecanismos de Derecho blando, así como otras estructuras e instrumentos con eficacia regulatoria indirecta, como los esbozados en el caso de la Directiva de Servicios⁷⁷.

(ii) En los primeros, las normas presentan una mayor rigidez, abstracción y estabilidad, mientras que en los segundos se combinan con normas más flexibles y fluidas, de carácter blando, para adaptarse mejor a la naturaleza dinámica del sector. La ley en el primer caso tiende a fijar *qué* hay que hacer o resolver; en el segundo, por el contrario, *cómo* hay que proceder para hallar la solución.

La gobernanza —entendida a nuestros efectos como fórmula de gobierno en la que predominan los elementos propios de los que hemos

[75] Véase nota 39; asimismo supra núm. I.2.c). Asimismo, Parte Tercera, núm. I.2.c).

[76] *Ibidem*, p. 45.

[77] Cfr. *supra* núm. III.3. Sobre el tema, para mayor abundamiento y ejemplos, puede verse «Sobre el procedimiento administrativo: Evolución y perspectivas», en la primera edición de esta obra, 2006, pp. 270 y ss.

llamado «modelos cooperativos»⁷⁸— representa el hilo conductor de esas distintas piezas, explica su funcionamiento y la aportación de cada uno al conjunto, subraya la necesidad de la cooperación y colaboración, evidencia el efecto negativo que una pieza produce sobre los demás (un Ente local, por ejemplo, con pobre gestión regulatoria afecta a los demás niveles de gobierno, genera daños a la economía o reduce la competitividad y la inversión)⁷⁹. La tarea, pues, que tiene el administrativista ante sí va mucho más lejos de la tradicional y escapa a la mera —y ya de por sí ingente— labor de fiscalización de la validez y eficacia de las normas en función del marco de valores y principios que el sistema de fuentes encierra.

A ello dedicamos el siguiente epígrafe.

IV. NUEVAS DIMENSIONES QUE INTERESAN A LA DOCTRINA DE LAS FUENTES EN EL MARCO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO. ALGUNOS EJEMPLOS

1. PERSPECTIVAS DE INTERÉS Y ENFOQUES METODOLÓGICOS

A resultas de cuanto antecede, y a modo de síntesis, podría concluirse que la moderna doctrina de las fuentes ha de preocuparse, no ya sólo de actualizar las funciones tradicionales que ha venido desempeñando (núm. II), sino también de cultivar otros elementos:

[78] Véase nota 39.

[79] Piénsese, por ejemplo, en el urbanismo. La mejor legislación urbanística y la más competente Administración superior quedarían gravemente comprometidas si la gestión regulatoria del Municipio es de poca calidad o incluso negativa.

a) OBJETO AMPLIADO

(i) En primer lugar, y habida cuenta de la íntima relación entre *sistema de fuentes y formas de regulación* (núm. III), importa estudiar el funcionamiento u organización de los diversos sectores, ámbitos o mercados en los que ocupan un lugar preeminente las *nuevas formas de gobierno y administración* (como en el caso del mercado de los servicios económicos a escala europea, o de los mercados financieros)⁸⁰. No es tanto la norma o producto final, sino la compleja maquinaria que lo gesta lo que nos interesa. Sólo así podrán apreciarse las «fuentes en acción» desde una perspectiva más abierta. Y es que, como se ha insistido, las fuentes operan de un modo distinto en cada uno de esos ámbitos, que es necesario conocer y tipificar. Esa mayor amplitud de miras permite ver cosas como la siguiente:

El sistema tradicional de fuentes —legado del Estado liberal— se ha construido al amparo de la división de poderes, esto es, sobre la base de una neta y clara distinción entre *norma y ejecución*, y en cuya virtud aquél se interesa por los *actos normativos*, y no por los de *aplicación*, puesto que éstos no serían actos creadores de normas, no innovarían el ordenamiento jurídico.

Pues bien, con independencia de que ciertos actos administrativos, sentencias o contratos pudieran ser merecedores de un renovado análisis desde la misma teoría clásica, con mayor razón habrán de serlo frente a los nuevos modos de regulación. Y ello, entre otras razones, porque la separación entre norma y ejecución parece aquí disolverse, si se tiene en cuenta que actos normativos y actos de aplicación se asimilan y convergen en soluciones adoptadas en complejos procesos, caracterizadas por su naturaleza «constitutiva» —no son expresión de una norma previa y otorgan derechos hasta entonces inexistentes—; su estatus provisional o condicional; su carácter vocacionalmente revisable; etc.

(ii) En segundo término, interesa registrar el conjunto de sujetos o actores que participan en la cadena regulatoria de ese sector o mercado, sean públicos (parlamentos, autoridades y tribunales nacionales, supranacionales e internacionales) o privados (asociaciones, fundaciones, sociedades...)⁸¹, e identificar la respectiva aportación.

[80] Para una rápida caracterización de esos sectores, *vid.* la tercera parte, núm. IV.

[81] Sobre este último ejemplo, *vid.* la segunda parte del presente capítulo.

La jurisprudencia, como se ha notado⁸², ocupa en ocasiones un lugar destacado, más creativo e innovador que en los ámbitos tradicionales. Ese «descubrimiento» obliga a un tratamiento distinto. Si la jurisprudencia, en ciertas condiciones, no es sin más la boca de la ley, sino co-productora de normas, le serán de aplicación elementales principios y criterios, por ejemplo, cuando proceda a cambiar las reglas de juego (la interpretación o doctrina mantenida a lo largo del tiempo) y lo pretenda hacer con carácter retroactivo⁸³, como la necesidad de motivar la regla y su cambio, la observancia de los principios tales de seguridad jurídica y de proporcionalidad que, de ordinario, llamarán a una aplicación de futuro...

b) ENFOQUES METODOLÓGICOS

Ese *objeto ampliado de interés* se complementa a su vez con dos *enfoques metodológicos*:

(i) En primer lugar, la *dimensión positiva* del Derecho Administrativo obliga a pensar no ya sólo en términos de defensa, de límites o de prohibiciones frente a la Administración —el respeto de la ley de fuentes—, sino también en clave positiva y de eficacia. No basta con observar el sistema de fuentes; es necesario además que esas fuentes sean manejables, de calidad, y efectivas.

Aquí podríamos, en consecuencia, distinguir tres grupos de problemas: primero, la consecución de un ordenamiento jurídico claro, fiable, coherente, o asequible, como instrumento de dirección; segundo, una producción de calidad—medida, sopesada, basada en la información ne-

[82] Cfr. *supra* núm. I.2.b) y II.2.

[83] Ese mayor protagonismo ha de considerarse legítimo siempre que se trate, claro está, de una producción normativa en el ámbito de las funciones jurisdiccionales legalmente atribuidas, en defensa de la legalidad o constitucionalidad de la que el órgano jurisdiccional sea guardián, y, desde luego, con respeto a las normas escritas. Allí donde sea necesario una opción, concreción, desarrollo, alumbramiento, avance o cierre, el juez o tribunal, de ordinario situado en la cúspide del sistema, lleva a cabo, en mayor o menor medida, una actuación que excede en mucho la meramente declarativa. Y, en esa justa medida, ha de respetar los criterios derivables del Estado democrático y de Derecho, que el propio juez le exige a la ley y a la norma infralegal.

cesaria— de las normas, programas o planes; y, en fin, un ordenamiento efectivo y eficaz, que haga realidad los objetivos que persigue⁸⁴. Se trata, desde luego, de cuestiones entrelazadas.

A mero título de ejemplo:

— Por lo que hace al primer plano (un ordenamiento jurídico *manejable*), se podrían citar, entre otras preocupaciones de interés para un sistema contemporáneo de fuentes: (i) la permanente actualización del acervo o *stock* normativo, para evitar disfunciones, duplicidades, contradicciones, incertidumbres, obstáculos innecesarios, normas inservibles u obsoletas; (ii) la claridad de las normas (lenguaje comprensible, consolidación de textos y versiones, codificación o sistematización constantes); (iii) evitación de la inflación normativa (a la que son más propensos los Estados compuestos), mediante una mayor cooperación y convergencia de los distintos niveles de poder para fijar normas comunes, análogas o equivalentes; (iv) publicidad de la programación anticipada de las reformas proyectadas; (v) publicidad efectiva de las normas ya aprobadas; (vi) ayuda, orientación, facilitación de información... para la implementación y cumplimiento de las normas; (vii) análisis comparativo de buenas prácticas para la elaboración de normas (administrativas); etc.

— En cuanto a la *calidad normativa*, son numerosas las propuestas que desde la política o reforma regulatorias⁸⁵ cabe formular, y que van desde las evaluaciones de impacto regulatorio *ex ante* y *ex post*, y la medición de los efectos de las distintas alternativas u opciones legales, pasando por mecanismos cooperativos (entre Administraciones y con el sector privado, dentro y fuera de las fronteras nacionales) para la obtención y el procesamiento de la mejor información disponible, hasta la transparencia que evite la captura del regulador y genere prestigio y confianza en

[84] Los movimientos de simplificación administrativa, desregulación, «regular mejor» (en el marco de la Unión Europea), o en favor de una sólida política regulatoria (por todos, la OCDE), aunque no coincidentes de la sistematización aquí propuesta, son de interés para una ampliada teoría de las fuentes del Derecho Administrativo. Por su parte, la teoría de la dirección (véanse capítulos primero y segundo de la presente obra) aporta igualmente algunos impulsos, señaladamente en lo que hace a la efectividad de las normas.

[85] Entre otras referencias para estas cuestiones, pueden citarse las propias de Naciones Unidas (*United Nations Development Programme. Democratic Governance*: <http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/democraticgovernance/overview.html>); la OCDE (por ejemplo, en su web oficial, en <http://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/>); *Regulatory Policy Program. Harvard University* (<http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/rpp/index.html>); *Penn Program on Regulation* (<https://www.law.upenn.edu/academics/institutes/regulation/people.html>); etc.

las medidas establecidas. La calidad, por lo demás, está asociada a valores, derechos y bienes constitucionalmente protegidos⁸⁶.

– Por lo que hace, en fin, a la *efectividad* del Derecho, preocupación central, según nos consta, de la teoría de la dirección⁸⁷, interesan aquí las estrategias regulatorias alternativas al margen de las estrictamente normativas⁸⁸; el grado de consenso y aceptación que se puede suscitar entre los destinatarios con cada alternativa; la supervisión y medición de su efectividad real, de los efectos imprevistos o indeseados; la flexibilidad para revisar y reformar las medidas establecidas; etc.

(ii) En segundo lugar, es necesario hacer fructificar la diferencia entre *Administración regulada* y *Administración reguladora*, y no sólo la simple bifurcación de fuentes *para* la Administración y *de* la Administración.⁸⁹ Con ello se atiende el interés por conocer *cómo* se regula a la Administración y *cómo* la Administración regula⁹⁰.

– En cuanto Administración regulada interesa descifrar en cada caso la programación legal de que ha sido objeto (finalista, condicional, detallada, de resultado, de carácter procedimental u organizativo...); los canales o formas de legitimación democrática que se le han conferido; las modalidades de acción y las responsabilidades que se le asignan; etc.

[86] La calidad normativa, por ejemplo, bien puede asociarse a viejos principios, tales como el binomio «seguridad jurídica-confianza legítima», de un lado, y «respeto de la propiedad-responsabilidad extracontractual» (garantía patrimonial del ciudadano), de otro, en un sentido evolutivo: si, por ejemplo, las reglas de juego establecidas a treinta años por el legislador (sean del mercado de las energías fotovoltaicas o de las termosolares), diseñadas para atraer la inversión y apostar por un modelo de energía, se cambiaran una vez realizada la inversión a los dos años de iniciado el período, y esos cambios sucesivos no estuvieran asentados en las evaluaciones pertinentes, sino que respondieran a impulsos improvisados, sin ponderación, faltos de elementales criterios de regulación normativa, se podría sostener que la falta de calidad termina por repercutir, con relevancia, sobre los referidos principios y derechos.

[87] Cfr. capítulos primero y segundo del presente volumen.

[88] Véase el cuadro 2, y el ejemplo relativo a la Directiva de Servicios.

[89] A esa distinción hacía referencia F. GARRIDO FALLA, en virtud de la procedencia de las fuentes: «hay fuentes para la Administración (por ejemplo, la ley que es dictada por órgano distinto de los administrativos) y fuentes de la Administración (los Reglamentos). Cfr. el capítulo relativo a las fuentes del Derecho, en *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I (Parte General), 9ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 265.

[90] *Vid.* núm. II y III.

Aquí, una «mejor regulación» se traduce, de inmediato, en una regulación más racional e inteligente de la Administración, con efectos estratégicos y multiplicadores. El legislador puede así conseguir una mejor dirección política *en positivo* de la Administración (y no sólo su sujeción o sometimiento a la ley y al Derecho entendidos como conjunto de límites no superables). Si el acervo es coherente y claro se evitan los riesgos de una legislación masificada e inescrutable y, con ello, la ejecución e interpretación incompleta o parcial de la legalidad vigente. Regular mejor hace más real y efectivo el principio de legalidad.

— Como Administración reguladora, se suscitan problemas en parte iguales y en parte distintos. Aquí podrían aislarse por de pronto dos puntos de interés:

La Administración, en cuanto productora de normas infralegales y reguladora de mercados y sectores diversos, estará obligada a regular en iguales términos y condiciones de *maneabilidad, calidad, y efectividad*, extendiendo así los benéficos efectos que se siguen de esa triple exigencia.

En cuanto sujeto que dirige un mercado o sector, la Administración, además, ha de preocuparse por *obtener y procesar la mejor información disponible*, no ya sólo para adoptar decisiones sobre una base sólida (la aprobación o no de un medicamento para el consumo humano, por ejemplo), sino, con un alcance más general, para determinar cuáles pueden ser las prioridades de una política pública, las alternativas posibles, el grado de aceptación y consenso, la cooperación que puede suscitar y, desde luego, las consecuencias o impacto que una política, plan, programa o regulación depara. La Administración en cuanto reguladora es, ante todo, una «máquina» de obtener información, lo que le obligará a un continuo contacto con otras Administraciones —dentro y fuera del propio Estado— y con el sector privado y la sociedad civil.

SEGUNDA PARTE
¿LE IMPORTAN AL DERECHO
ADMINISTRATIVO LAS ORGANIZACIONES
Y LOS PROCEDIMIENTOS SUJETOS
AL DERECHO PRIVADO?*

RESUMEN

LA respuesta es resueltamente positiva: al sistema científico del Derecho Administrativo le interesan, y mucho, las *organizaciones* (asociaciones civiles, fundaciones, sociedades mercantiles...), así como los *procedimientos* (de carácter decisorio) que éstas siguen, aun cuando sea el Derecho Privado el que rija a unas y a otros.

La cuestión, más bien, es *por qué* le importan. Desentrañado ese interrogante, podrá establecerse, seguidamente, *en qué casos* presentan la organización y el procedimiento interés para el Derecho Administrativo, y, en segundo término, qué le corresponde a éste hacer.

En términos muy simples, cabe sintetizar el contenido del presente capítulo del siguiente modo:

Cuando los actores u organizaciones privadas (asociaciones, fundaciones, sociedades, individuos) realizan —en régimen de colaboración con el sector público— actividades de relevancia, como las que aquí se han seleccionado —prestaciones de servicios de interés general y actividades de carácter regulatorio—, es

* Esta parte tiene sus precedentes en otros trabajos: «Hacia una teoría contemporánea de la organización administrativa», en *Retos de la Organización Administrativa Contemporánea*, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, El Salvador 2011, Corte Suprema de Justicia, Sección de Publicaciones, San Salvador, 2011, pp. 469-514; «El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica», en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012; «La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento», en el marco del proyecto dirigido por la profesora María Mercè Darnaculleta Gardella en el Cluster de la Universidad de Constanza, en la obra colectiva de la que es editora la propia profesora (en prensa, Editorial Justel).

de esperar que, en función de la responsabilidad que asumen, incorporen pautas, criterios, principios o garantías análogos o equivalentes a los que se siguen o practican en el Derecho Público, ajustados naturalmente a la lógica del Derecho Privado. Al fin y al cabo, en los supuestos que se consideran, sujetos públicos y sujetos privados constituyen una suerte de «conglomerado» al servicio de una causa común; operan en el marco de una compleja red de actores, todos ellos necesarios; cada uno representa una pieza dentro de un conjunto, y en cuyo engranaje todos han de participar de una *cultura común*. Y ello no ya sólo por razones de eficacia, sino de legitimidad y de respeto de las exigencias derivadas del Estado de Derecho.

Un simple ejemplo para ilustrarlo:

Las asociaciones (civiles) de profesionales (abogados, economistas, arquitectos, etc.), cuando se reúnen a escala europea, en este caso por encargo o imperativo de la Ley¹, para establecer sus respectivos códigos de conducta comunitarios, fijan por medio de éstos las normas mínimas de comportamiento para los profesionales en toda Europa y complementan así los requisitos legales de los Estados miembros². En función de cada profesión, esos códigos incluyen, entre otras cosas, normas de comunicación comercial relativas a las profesiones reguladas, así como normas de deontología y conducta profesional de dichas profesiones, con vistas a garantizar, en particular, la independencia, la imparcialidad y el secreto profesional³. De ahí se infieren o derivan concretas obligaciones, prohibiciones, condiciones, o límites, para el ejercicio de las profesiones y la prestación de los diversos servicios económicos en el mercado único europeo⁴.

Ello significa que estas asociaciones privadas despliegan alguna forma de control y de regulación de las actividades en cuestión⁵, y que establecen reglas que disciplinan el acceso a las actividades de servicios o su ejercicio. Y esas actividades regulatorias se llevan a cabo en colaboración con otros poderes públicos (legislador, autoridades administrativas, tribunales)⁶. Se trata de una «coproducción».

[1] Cfr. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, considerandos números 114, 115, art. 37; y las respectivas normas de transposición nacionales.

[2] *Ibidem*.

[3] *Ibidem*.

[4] Art. 4.7) de la citada Directiva de Servicios.

[5] Art. 4.9) de la misma Directiva.

[6] *Ibidem*.

Siendo ello así parece que el proceso decisorio de estas asociaciones, y su composición, habrán de estar presididas por principios derivables del Derecho Administrativo, tales como la *representatividad* (del sector en su integridad, y no sólo, por ejemplo, de las grandes empresas, lo que determinaría la imposición anticompetitiva de sus propias prácticas); la *transparencia* (como forma natural de control de la actividad regulatoria desplegada), la *motivación* de sus decisiones (para que puedan estar sujetas a supervisión y modificación, se evite la arbitrariedad, y quepa su debate y revisión); la *proporcionalidad* de los límites o prohibiciones que para el ejercicio de la profesión o prestación del servicios se exijan; etc.⁷

¿Y por qué nos importan la organización (órganos, composición, funcionamiento...) y el procedimiento (toma de decisiones...)? Por el valor estratégico de estos dos componentes y sus efectos estructurales. El uno determina genéticamente el modo de ser de esa organización; el otro, la forma de tomar decisiones.

En otras palabras, el presente capítulo trata acerca de *en qué casos y condiciones* se han de transponer determinados *valores propios de la cultura del Derecho Administrativo en el territorio del Derecho Privado* (núm. II). Y, en segundo término, acerca de la organización y el procedimiento, como vehículos para esa transposición (núm. III). Antes resulta conveniente, sin embargo, poner las cosas en su contexto (núm. I), a fin de subrayar el siguiente mensaje: la *summa divisio* del Derecho se relativiza a la medida de las nuevas relaciones de cooperación y corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad. Si en sus orígenes simbolizaba la separación y la distancia, hoy, sin embargo, representa la colaboración.

[7] Los ejemplos podrían multiplicarse, por pensar tan sólo en tantos otros casos de autorregulación (de fabricantes de productos, de prestatarios de servicios, de prácticas de cultivos, de control de la publicidad en los medios audiovisuales...).

I. . UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LOS ACTORES PRI-VA DOS: DE SUJETO PASIVO (REGULADO) A SUJETO ACTIVO (CO-REGULADOR Y PRESTADOR)

1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO: EL DESPLAZAMIENTO DE LÍNEA DIVISORIA ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD, Y LA NUEVA FORMA DE ENTENDER SUS RELACIONES. CONSECUENCIAS: LA COLABORACIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO

a) LA EXPANSIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

El Derecho Administrativo contemporáneo no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los moldes que le vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente *nacional* (i), concentrado en el ejercicio de *poder* o de *autoridad* (ii), y como Derecho de vocación «*ejecutiva*» o de aplicación cuasi-mecánica de una todopoderosa y omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas clásicas ha permanecido inalterable a lo largo del tiempo.

La expansividad —por no decir «gran explosión»— que aquél ha experimentado en las últimas décadas se mueve en diversas direcciones, en un claro desbordamiento de esos cauces o premisas clásicas. Así, la *globalización e internacionalización de la acción administrativa* (i); la *responsabilidad del sector privado* en numerosas tareas (ii); o el singular *protagonismo* de no pocas Administraciones —como los organismos reguladores y las agencias independientes— *en la realización de políticas públicas* de notable impacto (iii), no son sino una muestra de ello.⁸

La expansión «hacia arriba» o «hacia el exterior» se representa, entre otras cosas, en las relaciones que mantienen las Administraciones nacionales más allá del Estado; la expansión «hacia los lados» se manifiesta en las nuevas relaciones

[8] Cfr. tercera parte, núm. IV.

entre el Estado y la sociedad, en la que ésta adquiere una mayor implicación; y la expansión «hacia adentro», en el crecimiento de la naturaleza y capacidad directiva de la Administración en la realización de nuevas y relevantes políticas públicas.

b) LA EXPANSIÓN «POR LOS LADOS»: COLABORACIÓN, COOPERACIÓN, CORRESPONSABILIDAD, INTERPENETRACIÓN Y MUTUA DEPENDENCIA ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD

La dilatación que ahora importa considerar es la segunda de las enunciadas, la que se refiere a la extensión de los valores de la cultura del Derecho Administrativo por el territorio del sector privado, a consecuencia de las nuevas responsabilidades que éste asume, esto es, por el espacio en que no se opera investido de poder o autoridad.

Hacemos referencia aquí al fenómeno de la *corresponsabilidad* entre el Estado y la sociedad, entre el ciudadano y la Administración, también denominada «cooperación público-privada» (en sentido amplio), y en cuya virtud el sector privado colabora en infinidad de tareas y funciones antes reservadas exclusivamente a la Administración, en una medida e intensidad hasta ahora desconocidas. Sin entrar en el debate acerca de si este modelo obedece a una posición ideológica, o a una necesidad práctica⁹, lo cierto es que estamos ante una forma distinta de organizar tantos sectores y ámbitos de la vida social, económica, ambiental o informativa, de un nuevo modo de gobierno en suma¹⁰, que nos viene dado.

En este contexto, la primera constatación consiste en que no constituye una *retirada del Estado*, como ciertas descripciones parciales desde otras disciplinas podrían inducir a pensar (privatización, liberalización, desregulación), sino una *nueva estrategia*, en cuya virtud se

[9] Sobre el tema, de interés JODY FREEMAN, «Extending Public Law Norms through Privatization», *116 Harv. L. Rev.* 2002-2003, pp. 1291 y ss.

[10] Nuevo modo de gobierno que abreviadamente llamamos a veces «gobernanza». *Vid.* primera parte, nota 39 y 75; tercera parte, núm. I.2.c).

le transfieren al sector privado tareas que hasta ahora llevaba a cabo la Administración sin colaboración o ayuda¹¹. En compensación, si no realiza directamente la actividad, garantiza su resultado: la Administración asume una función de vigilancia, dirección y garantía¹². Asistimos, pues, en algunos ámbitos, al paso del Estado prestador al Estado garante¹³.

En realidad, no es ya sólo que la frontera entre la esfera pública y privada se haya movido y que en la nueva división o reparto le correspondan más cosas que antes al sector privado (estandarización, acreditación, control, inspección, satisfacción de servicios de interés general, o instrucción del procedimiento en materia ambiental, por ejemplo), sino que esa línea se ha hecho más porosa y, en definitiva, ha terminado por transformarse en una densa *red* de «puntos de encuentro» y *tareas compartidas bajo la dirección pública*, en un complejo de organizaciones y sujetos, cada uno de los cuales constituye una pieza necesaria y aporta una función complementaria¹⁴.

[11] La colaboración público-privada entraña una más compleja constelación de organizaciones públicas, privadas y mixtas, en cualesquiera de los sectores o ámbitos que se examinen.

A título de ejemplo: el denominado proceso de «privatización» de los aeropuertos en el modelo español (2010-2011), como acontece en otros países, implica pasar de un esquema organizativo relativamente simple: un Ministerio, el de Fomento, con diversas Direcciones Generales, y una Entidad de Derecho Público (AENA), es decir, de un sistema de organización administrativa más o menos tradicional, a un escenario sumamente complejo: de entrada, implica la disociación de los servicios de navegación aérea, reservados a una Entidad de Derecho Público (AENA), de la gestión aeroportuaria (mediante sociedad mercantil, una sociedad estatal, inicialmente con capital íntegro público y más adelante con una mayoría de un 51%). En ese esquema, la gestión aeroportuaria puede ser llevada a cabo por sí misma a través de esta sociedad mercantil, por medio de sociedades filiales, y concesiones para cada aeropuerto. A esas concesiones se pueden superponer otras sociedades de vigilancia, con participación política y territorial en función de cada infraestructura aeroportuaria concesionada. Más allá se pueden situar la Agencia de Seguridad Aeronáutica, la Agencia que fija las tarifas y otras muchas entidades.

[12] Sobre la Administración de garantía, véase el primer capítulo de esta obra.

[13] En última instancia se le exige al sector privado una mayor corresponsabilidad en términos de actividades a desarrollar (instrucción del procedimiento de autorización medioambiental, por ejemplo) y asunción de los correspondientes costes de transacción (costes para obtener la información medioambiental necesaria como soporte de la toma de decisión).

[14] Así, por ejemplo, en el ámbito de la Directiva europea de Servicios, de 2006, la colaboración interadministrativa para facilitar la prestación de servicios entre los distintos países tiene una relevante función que cumplir en pro de la consecución del mercado único de servicios económicos, como se desprende, entre otros, de los puntos de contacto y coordi-

El Estado y la sociedad, la Administración y el ciudadano, no se sitúan ya en compartimentos estancos; la Administración no define en solitario en tantos sectores lo que al interés general conviene: si un medicamento es apto para el consumo humano; cuál sea la mejor tecnología disponible que han de utilizar los empresarios para la mejora del medio ambiente; o el plan de estudios más adecuado. Ni, menos aún, el sector privado puede vivir, desinteresado, a espaldas de la regulación. La co-regulación y la autorregulación no son sino dos manifestaciones más de las nuevas estrategias regulatorias en las que se implica activamente al sector privado¹⁵.

La protección del medio ambiente o el funcionamiento del mercado de los servicios económicos, por ejemplo, no se pueden concebir sin la participación y corresponsabilidad de la acción pública y la privada. La tradicional separación o equidistancia —sin pérdida de identidades— da entrada a una intensa y multiforme colaboración público-privada, sea en el plano del intercambio de información (y de las obligaciones de comunicación e información que recaen sobre el sector privada), sea en el establecimiento de estándares para la elaboración de productos¹⁶, o para la realización de un cultivo¹⁷, sea para supervisar y controlar la publicidad en los medios de comunicación¹⁸, la prestación de servicios de interés general en régimen de competencia regulada (sectores regulados), o sea, por ejemplo, para vigilar los efectos de los productos químicos¹⁹.

nadores (art. 28.2), del intercambio de información y asistencia recíproca (arts. 28, 29, 34); o de las ventanillas únicas (arts. 6, 21 y 22).

Pero también la cooperación público-privada, la corresponsabilidad entre las Administraciones nacionales y el sector privado resulta esencial para la satisfacción de tales objetivos. Así, por ejemplo, a través de los sistemas de evaluación y certificación de beneficio de la calidad de los servicios (art. 26); la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario (art. 37); el asesoramiento a proveedores y destinatarios (art. 7.2); la transferencia al sujeto privado de los costes de transacción (para conocer las exigencias legales que le resultan de aplicación), según se desprende del art. 9.1; etc.

En otro orden de consideraciones, la mejor legislación de urbanismo imaginable fracasaría ante una pobre gestión regulatoria del urbanismo por parte de los municipios.

[15] Véase, por ejemplo, el Acuerdo interinstitucional del Parlamento, Consejo y Comisión — «Legislar mejor» [Diario Oficial C 321 de 31.12.2003], arts. 18-23.

[16] Normas ISO, por ejemplo, para el establecimiento de estándares en relación con la empresa, el gobierno y la sociedad. Véase <http://www.iso.org/iso/home.html>.

[17] GlobalG.A.P., por ejemplo. Véase <http://www.globalgap.org/>.

[18] Por ejemplo, la prestigiosa ASA, *Advertising Standards Authority* británica. Véase <http://www.asa.org.uk/>.

[19] Véase, por ejemplo, el sistema REACH de la Unión Europea: http://ec.europa.eu/environment/chemicals/reach/reach_intro.htm.

Cualquier modificación, por pequeña que sea, de la línea que une o separa la Administración y el ciudadano —y de sus respectivos cometidos y funciones—, se transmite inmediatamente, y con efectos multiplicadores, a todas las instituciones del Derecho Administrativo, que, por refracción, terminan por adquirir un sentido nuevo. Es como si el Derecho Administrativo estuviera asentado sobre una falla tectónica, representadas por la sociedad y el Estado. Cualquier movimiento sísmico es susceptible de producir un efecto extraordinario en la superficie.

c) UNA PRIMERA CONSECUENCIA DE LA EXPANSIÓN «HACIA LOS LADOS»: UNA NUEVA ACTITUD Y ENTENDIMIENTO ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

Sabido es que la *globalización* trae consigo nuevos retos y construcciones, como los que representan el Derecho Administrativo Internacional²⁰, o el movimiento del Derecho Administrativo Global²¹. Pues bien, no menos desafíos y respuestas, por su parte, reclama este otro movimiento de *corresponsabilidad* y cooperación del sector privado con el público, aun cuando se trate de un fenómeno menos visible que el primero. Entre otras consecuencias de ahí derivables es de destacar, a nuestro propósito, la emergencia de unas *nuevas relaciones* —de interacción, colaboración y complicidad— entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, antaño marcadas por el antagonismo y el carácter alternativo o excluyente —visión por cierto de la que no logró sustraerse la vieja preocupación por la «huida del Derecho Administrativo»²²—. Hoy, en cambio, se sitúan las cosas en otra perspectiva. Hemos pasado de la «huida hacia», a la «colaboración con» (el Derecho Privado)²³, siempre que éste se utilice adecuadamente o equipe de los oportunos complementos.

[20] Capítulo primero de la presente obra, cuarta parte.

[21] *Vid.* el proyecto académico de la Universidad de Nueva York: <http://www.iilj.org/GAL/>.

[22] Cfr. capítulo quinto de la primera edición de esta obra (2006).

[23] *Ibidem.*

Esta necesidad sentida de entrelazamiento de ambas ramas, paralela a la nueva posición de las esferas pública y privada, se advierte desde diversas culturas y enfoques metodológicos. Así, por ejemplo, se habla de extender los valores públicos a través del Derecho Privado —y donde la «privatización» podría entenderse como una especie de «publicación»²⁴, a modo de «troyano»—; o se señala la complementariedad del Derecho Privado para la acción del Derecho Administrativo, en el servicio de los fines de interés general²⁵.

No se trata, sin embargo, de una «publicación» del Derecho Privado, ni, menos aún, de una «des-privatización» de éste, sino de una manifestación más de la *colaboración público-privado*, que encuentra su correlato en la recíproca ayuda e interacción entre ambas ramas del Derecho, en otra época separadas. Esos mismos términos (publicación, desprivatización) en cierto modo no son sino consecuencia de un punto de vista acaso caduco²⁶.

En síntesis, podríamos decir que *el objetivo es sumar lo mejor de cada casa*, en determinados casos y condiciones: la flexibilidad del Derecho Privado (i) y los valores del Derecho Administrativo (ii)²⁷. De todo ello se habla en las páginas que siguen.

[24] Desde los EE. UU., por todos, JODY FREEMAN, «Extending Public Law Norms through Privatization», 116 *Harv. L. Rev.* 2002-2003 pp. 1291 y ss.; de la misma autora, «The Contracting State», *Florida State University Law Review*, 2000; y también «The Private Role in Public Governance», 75 *N.Y.U. L. Rev.* 2000.

[25] Desde Alemania, por todos W. HOFFMANN-RIEM y E. SCHMIDT-ASSMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos, Baden-Baden, 1996.

[26] Desde una perspectiva académica, no estamos tampoco ante una (vieja) «huida» del Derecho Administrativo —dejando al margen las patologías consistentes en la huida de todo Derecho y de sus controles y fuentes de legitimidad—, ni, a la inversa, ante una «colonización» del Derecho Privado a impulsos del Derecho Público, aunque aquí las metáforas resultan muy ilustrativas, sino, más bien, de una interacción y colaboración que sigue el mismo curso y la misma suerte que las relaciones colaborativas Estado-sociedad. Si la bipolaridad o división dialéctica Estado-sociedad se relativiza porque a lo largo de la línea ambos se entremezclan para colaborar, habrá de superarse la dicotomía tradicional entre el Derecho Público y el Derecho Privado, en cuanto reflejo de ese nuevo trabajo en común.

[27] *Vid.* nota anterior.

d) OBJETO Y DELIMITACIÓN: EL TRASVASE DE VALORES DE LA CULTURA ADMINISTRATIVA A DETERMINADAS ACTIVIDADES SUJETAS AL DERECHO PRIVADO

Con ello llegamos al punto que nos interesa dentro de esta amplia temática: *cuándo*, y *en qué condiciones*, cabe esperar esa colaboración del Derecho Administrativo y el Derecho Privado.

A nuestro limitado propósito, conviene seleccionar dos tipos de tareas o responsabilidades que los actores o agentes sujetos al Derecho Privado desempeñan:

– Las actividades de participación en la cadena regulatoria (establecimiento de normas, códigos o estándares; control y supervisión de su cumplimiento, por ejemplo);

– y aquellas otras que se resuelven en la directa prestación de servicios de interés general (telecomunicaciones o energía, por ejemplo).

Nótese que en ninguno de esos escenarios se ejerce poder o autoridad, ni, obvio es decirlo, se trata de Administraciones, sino de sujetos privados, ni, necesariamente, esas actividades tienen lugar sólo a escala nacional. Y, sin embargo, y esta es la tesis que aquí se postula, el sistema científico del Derecho Administrativo se ha de ocupar de exportar o de inocular, en estrecha alianza con el Derecho Privado, los valores que le son propios, esto es, de su transposición a determinados actores y actuaciones privados, a través, entre otras estrategias, de un diseño inteligente del *procedimiento* —toma de decisiones— y de la *organización* —modo de ser— de esos actores.

Hablamos, pues, de organización y procedimiento privados, sujetos al Derecho Privado, aunque influenciados por el sistema del Derecho Administrativo (cfr. núm. III).

2. PUNTO DE PARTIDA: LA CORRESPONSABILIDAD DEL SUJETO PRIVADO EN DETERMINADOS ESCENARIOS. DE SUJETO PASIVO, A SUJETO CORRESPONSABLE. DE SUJETO A DEFENDER Y PROTEGER, A SUJETO DEL QUE ESPERAR LA ASUNCIÓN DE DETERMINADOS VALORES Y CRITERIOS

Distingamos dos situaciones o supuestos básicos:

a) De un lado, la *actividad prestacional de las empresas privadas que satisfacen servicios de interés general* (una operadora de telefonía, por ejemplo).

b) De otro, la *actividad regulatoria que desempeña un sujeto privado* (por ejemplo, asociaciones de profesionales que establecen los estándares de la prestación del correspondiente servicio, empresas privadas de certificación (y, por tanto, de control y seguimiento)²⁸.

En estos casos, la fundación, la sociedad mercantil o la asociación asumen un papel especial, bien sea por el carácter prestacional de la actividad, por ejemplo, de servicio público de interés general que lleven a cabo (transporte, telefonía, energía...), bien sea por su actividad evaluadora o acreditadora (en materia de educación, investigación o medioambiental), o bien por su carácter normativo mediante el establecimiento de códigos de conducta de servicios profesionales (de abogado o arquitecto).

Ciertamente, esos sujetos privados no ejercen realmente «poder» o *imperium*, elemento éste que parece haberse erigido en la «unidad de medida» del Derecho Administrativo. Desde luego, para el enfoque tradicional, el Derecho Administrativo poco tendría que decir aquí, en la medida en que gira en torno a la órbita del *ejercicio de potestades públicas*²⁹. Sin embargo, no por ello han de ser desatendidas estas situaciones por parte del Derecho Administrativo contemporáneo.

[28] Advirtamos que una y otra cosa (prestación y regulación) las lleva a cabo igualmente la Administración sujeta al Derecho Privado (vestida «de civil»). La *vida privada de la Administración pública* cuenta ya con una larga historia en ambas direcciones (por ejemplo: fundaciones para la evaluación de la calidad y la acreditación; sociedades mercantiles para la gestión de transportes urbanos o la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, o cajas de ahorro). Ha sido objeto, por lo demás, de una mayor atención. Aquí interesa, por el contrario y por mantener el símil a la inversa, la «vida pública de las organizaciones privadas».

[29] No es el ejercicio de poder o de potestades públicas por parte del sujeto privado, supuestos éstos más limitados, lo que reclama nuestra atención, sino la corresponsabilidad en la realización de la política sectorial de que se trate.

En suma, a nuestros efectos, interesa reparar en aquellos sujetos privados que, con base en las opciones realizadas por el legislador, llevan a cabo *actividades prestacionales de interés general*; y, en particular, en aquellos otros que participan en *actividades de carácter regulatorio*, bien sea a consecuencia de una expresa habilitación o encargo legal *ex ante*³⁰, o, *ex post*, a la vista del prestigio adquirido en una determinada actividad privada³¹, o bien sea porque *de facto* participan en tareas regulatorias aceptadas y asumidas comúnmente por el sector de que se trate³².

Siendo ello así, el punto de partida se sitúa en la siguiente consideración: el actor privado es *co-partípe del proceso regulatorio* en una medida y con un alcance hasta ahora desconocidos. Y es igualmente *prestador de servicios de interés general*, que antes satisfacía el Estado por sí mismo. En muchos casos, el ciudadano ha pasado de ser *mero destinatario de prestaciones y medidas económicas, a corresponsable en la tareas regulatorias y prestacionales*; y, por tanto, *de sujeto (sólo) a proteger, a sujeto (también) a exigir*.

El sujeto privado —en cuanto titular del derecho de propiedad, de la libertad de empresa, del derecho de asociación, del derecho al trabajo, a la libre circulación, a ejercer libremente una profesión u oficio, a la defensa como consumidor y usuario, a sindicarse, entre tantos— no es ya sólo una persona que deba ser protegida frente a la injerencia del poder público, merecedora de un abigarrado sistema que equilibre en apretada síntesis las exigencias dimanantes de la vida en común y el respeto a los valores y bienes que las libertades encierran. Ni es tampoco sólo un sujeto acreedor a determinadas prestaciones e infraestructuras

Por ejemplo, participan en la actividad regulatoria la asociación de profesionales de la abogacía que se autorregula a los efectos de establecer la carta de servicios y los estándares de calidad en Europa; la entidad que se encarga de medir la capacidad de pagar las deudas, de poner la nota crediticia; los sindicatos en la negociación colectiva; etc.

[30] Como sucede con las asociaciones privadas de profesionales a nivel comunitario de cara a la prestación de servicios económicos en el marco de la Directiva de Servicios, ya citada.

[31] Como la de estandarización de las normas ISO.

[32] Por ejemplo, respecto de los cultivos, GlobalG.A.P.

para asegurar que las condiciones de libertad e igualdad sean reales y efectivas³³.

Es, *también*, un sujeto que ha asumido —en numerosos supuestos— relevantes cuotas de corresponsabilidad en la vida social, económica, medioambiental e informativa, y no un mero jugador. Lo cual supone y entraña la asunción —y transposición— de valores, criterios, y principios, propios de la cultura del Derecho Público, al Privado. No hablamos de límites, requisitos o restricciones al uso (horarios comerciales, moratorias para grandes superficies, o licencias de apertura, respecto de la libertad de empresa en el plano del comercio, por ejemplo), sino de algo muy distinto: de específicas exigencias como consecuencia de la nueva *posición activa* —en la actividad *regulatoria* y *prestacional*— que el sujeto económico privado ha adquirido en tantos casos³⁴.

3. CUESTIONES A RESOLVER: *SI Y CÓMO* HA DE PRODUCIRSE ESE TRASVASE

Constatada la relevancia de esas actividades privadas (núm. 2), surge de inmediato un interrogante: si le son exigibles a estos actores sometidos al Derecho Privado específicas conductas o comportamientos, asimilables o equivalentes, con las naturales adaptaciones, a las que le serían requeridas de operar con sujeción al Derecho Administrativo. Por ejemplo:

— Si una sociedad mercantil de capital público mayoritario (por ejemplo, la sociedad mercantil que es titular de las infraestructuras aeroportuarias y gestiona sus servicios) debiera regirse (organización) y decidir (procedimiento), de acuerdo con criterios adicionales a los que rigen en una sociedad cualquiera, inspirándose

[33] Como propugna el constitucionalismo contemporáneo, y reza el art. 9.2 C.E., en abierta inspiración en el art. 3.2 de la italiana.

[34] Como se apuntaba en el resumen, si tradicionalmente se ha puesto el acento en la defensa de las facultades del derecho de asociación (vertiente positiva y negativa), extremo éste debatido con fuerza respecto de las cámaras de comercio en una abundante jurisprudencia constitucional, ahora es obligado ocuparse también de la representatividad, transparencia y motivación de las decisiones que adopten las asociaciones cuando, en régimen de autorregulación, establecen códigos de conducta.

en el Derecho Administrativo, bien mediante su acto de creación, o a través de sus estatutos: publicidad y transparencia; órganos de apoyo técnico; procedimientos decisorios basados en consulta y en obtención de la información más completa y actualizada; solvencia técnica de sus miembros; etc.

– Si la ley debiera modular la actividad de los operadores privados que prestan servicios de interés general en los sectores regulados, estableciendo obligaciones de servicio universal; o la observancia de los principios de contratación pública en ciertos supuestos.

– O si resulta exigible que los órganos de una asociación civil, cuando han de resolver en régimen de autorregulación sobre los estándares de prestación de un servicio económico o profesional, se sujeten a criterios procedimentales en la toma de decisiones, tales como los derivables de los principios de transparencia, motivación, y representatividad de todo el sector.³⁵

– O si el legislador habría de regular la actividad regulatoria de los sindicatos, y disponer que en los órganos de gobierno de los sindicatos estén real y efectivamente representadas las personas desempleadas, cuando éstos ejercen tareas regulatorias, para que su voz sea oída, es decir, para que los sindicatos actúen con neutralidad *en lo que hace al mundo del trabajador*, sea o no empleado, y sintetizar y ponderar en su seno las diversas perspectivas que el derecho al trabajo encierra (generacionales, de empleabilidad...), habida cuenta la enorme corresponsabilidad regulatoria que el ordenamiento ha reconocido en favor de los sindicatos en ciertos supuestos.

[35] Véase, por ejemplo, la primera Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, y la que le sucedería después, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

II. SOBRE EL TRASVASE DE VALORES PÚBLICOS A LOS AGENTES PRIVADOS

1. ARGUMENTOS EN *PRO* DE LA EXTENSIÓN DE LOS VALORES PÚBLICOS AL SUJETO PRIVADO

Abundan, desde luego, los argumentos favorables, con sus matices y modulaciones, en función de la posición (prestacional o regulatoria) que asuma el sujeto privado.

– Por ejemplo, en el plano *prestacional*, no hay inconveniente, como así ha sido por otra parte, en trasplantar los principios inducidos a lo largo del tiempo en torno a la institución del servicio público tradicional o «a la francesa» (monopolio, concesionario), tales como la universalidad del servicio, la accesibilidad o la continuidad, a los nuevos escenarios de los sectores regulados, de autorregulación regulada o de servicio público «a la norteamericana»: universalidad de la actividad (de telefonía móvil o de Internet), a un precio razonable, y a un nivel técnico adecuado. En el primer caso, el Estado es prestador. En el segundo, garante de la prestación. Los principios, sin embargo, en su sustancia se mantienen, aunque se hagan realidad a través de instrumentos distintos.

– En lo que hace a la participación del agente privado en la *actividad o cadena regulatoria*, los argumentos tienden a fortalecerse. Piénsese, por ejemplo, en los graves efectos multiplicadores que puede generar la calificación de la deuda soberana por parte de las agencias de calificación del crédito, función ésta, la de calificación, que se sitúa en la fase de control del ciclo regulador. Aquí, el valor *transparencia* y el valor *neutralidad* adquieren un sentido especial. Si la calificación es pagada por la entidad calificada, o si los métodos de medición de la deuda no son públicos, los problemas están servidos. En esa dirección, por cierto, se mueve el Reglamento comunitario en la materia³⁶.

[36] Reglamento (CE) núm. 1060/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia. *Vid.* la página oficial, con las sucesivas actualizaciones: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/agencies/index_en.htm.

«El presente Reglamento introduce un planteamiento regulador común para mejorar la integridad, la transparencia, la responsabilidad, la buena gobernanza, y la fiabilidad de las actividades de calificación...» (art. 1). Son numerosos los preceptos que persiguen asegurar la independencia y la inexistencia de conflicto de intereses (por ejemplo, art. 6) o la publicidad, modelos e hipótesis fundamentales de calificación (art. 8); informes de transparencia (art. 12), prohibición de la subcontratación de funciones operativas importantes (art. 9).

– O considérese, aunque no sean objeto preferente de nuestra atención los sujetos públicos, la reunión, informal, y no sujeta a Derecho Público, de los Bancos centrales miembros del Comité de Basilea³⁷, reuniones que, como ha ocurrido con el paso del tiempo, han terminado por incorporar principios propios del Derecho Público, tales como la transparencia y publicidad, consultas públicas, ponderación, motivación y búsqueda de consenso³⁸.

Con carácter general, la sujeción de la Administración al Derecho Privado, cualquiera que sea la fórmula (personalidad jurídica pública, o privada) no empece a la aplicación de numerosos principios y valores públicos, como ya acontece, entre otros terrenos, en el ámbito de la contratación, en la que, por imperativos comunitarios, se considera a los sujetos privados «poder adjudicador», bajo ciertas condiciones, y, en consecuencia, «sector público»³⁹.

– Desde otra perspectiva, bien sea por su carácter prestacional, o bien por su naturaleza regulatoria, no faltan tampoco actividades de los sujetos privados que guardan una relación directa con los derechos fundamentales, bienes y valores constitucionales (educación, intimidad, sanidad...), lo que puede reclamar igualmente la incorporación de valores y principios públicos, como ya sucede, por ejemplo, en punto a la prohibición de trato discriminatorio.

Bastan esos ejemplos para apreciar que constituyen razones de peso para propugnar una matizada proyección de principios o elementos organizativos y procedimentales característicos del Derecho Público (en lo que ahora interesa, del Derecho Administrativo) sobre la variada tipología de sujetos privados, de acuerdo con las responsabilidades que hayan de desempeñar en cada caso, principios y elementos éstos que pueden referirse a su composición, representatividad, funciones, mecanismos de control o modalidades de transparencia, entre otros, esto es, en sustancia, al proceso decisorio y a la organización interna⁴⁰.

[37] Cfr. <http://www.bis.org/bcbs/>.

[38] Por todos, resulta sumamente ilustrativo en este sentido, MICHAEL S. BARR y GEOFFREY P. MILLER, «Global Administrative Law: The View from Basel», *The European Journal of International Law*, vol. 17, núm.1, pp. 15-46.

[39] Art. 3.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

[40] *Infra* núm. V.

2. FUNDAMENTO: LA INSERCIÓN DEL SUJETO PRIVADO EN LA CADENA REGULATORIA DE UNA DETERMINADA POLÍTICA PÚBLICA O EL DESEMPEÑO DE ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL

En síntesis, pues, la razón o fundamento explicativo más profundo o radical para justificar ese interés del Derecho Público por el sujeto privado radica en su *inserción*, junto a otros actores o agentes públicos, *en el proceso regulatorio*, y en las actividades *prestacionales* de interés general.

Si el conjunto de actores —públicos y privados— se integran en una compleja red de actividades regulatorias y prestacionales, es lógico pensar que, con los necesarios ajustes, todos participen de los mismos valores, tanto por razones de eficacia (todos representan piezas que se necesitan recíprocamente); como por razones de legitimidad democrática o de respeto a las garantías inherentes al Estado de Derecho (carecería de sentido que la colaboración privada quedara exenta). Cómo se estructuren y se integren esas asociaciones profesionales, cuáles sean sus órganos, y, en definitiva, cómo decidan —lo que remite a normas de organización y de procedimiento— no es algo que pueda resultar indiferente al Derecho Administrativo contemporáneo⁴¹.

Por lo demás, si son o no de aplicación determinados valores o principios organizativos y procedimentales propios del Derecho Administrativo a concretos escenarios privados no es algo que se resuelva definitivamente y sin más por una mera remisión a la «naturaleza de las cosas» (que es de donde la jurisprudencia infiere en ocasiones tal exigencia, por entender que una organización o actividad ha de ser tratada a determinados efectos como una organización o actividad pública). Para un tratamiento sistemático, resulta necesaria la intervención del legislador disponiendo esa aplicación, bien directamente (por medio de la ley misma), o bien indirectamente (remitiendo a su desarrollo y/o a la negociación contractual, según los casos).

[41] Máxime cuando de la calidad de esas actividades regulatorias y prestacionales se siguen consecuencias trascendentes para la política en su globalidad, como por ejemplo mediante las cartas de calidad, o códigos de conducta.

3. EN PARTICULAR, SOBRE LA PARTICIPACIÓN EN LAS ACTIVIDADES REGULATORIAS Y SUS CLASES EN FUNCIÓN DE LA NATURALEZA PÚBLICA O PRIVADA DEL «REGULADOR» Y DEL «REGULADO»

Para mejor entender el sentido de la *participación de los actores privados en las actividades regulatorias*, conviene distinguir una sencilla tipología, en función de quién regule a quién.

Desde una concepción muy amplia de regulación⁴², podríamos distinguir, a efectos meramente ilustrativos, los siguientes niveles:

a) En primer lugar, la *Administración regula el sector privado*, como sucede con el organismo regulador en materia de telecomunicaciones respecto de las operadoras de telefonía, o el Banco central con relación a las entidades financieras del país. Las características de la regulación pueden ser muy variadas, en virtud de una multiplicidad de factores, tales como la naturaleza del mercado (financiero, o de servicios profesionales, por ejemplo); su ámbito (nacional, supranacional o internacional); o las potestades que adopten los organismos reguladores.

b) En segundo término, el *sector público u otra Administración regula a otras Administraciones*. Puede ser el caso de la ANECA⁴³, que vigila, certifica y evalúa a las Universidades y a los profesores; la Agencia de Protección de Datos⁴⁴, que supervisa y controla a las Administraciones públicas; o el de la Administración ambientalmente responsable que garantiza que la Administración competente siga el curso del procedimiento de consultas públicas y ponderación antes de adoptar un plan o programa, de acuerdo con la legislación de evaluación estratégica ambiental⁴⁵.

[42] Toda actividad —normativa o no— que pretenda influir directa o indirectamente en las conductas o comportamientos de los agentes y operadores, y en la consecución de los objetivos deseados. Incluye normas, imperativas o no, pero también otros instrumentos. Y se extiende por todas las fases del ciclo de la política pública de que se trate, esto es, de la fijación de prioridades y agenda, avance de borradores y consultas; implementación; vigilancia y supervisión; reforma y modificación...

[43] Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (www.aneca.es/). Creada a partir de la previsión de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

[44] <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/index-ides-idphp.php>.

[45] Que trae su causa de la legislación comunitaria, la Directiva 2001/42: http://europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/l28036_es.htm.

c) El *sujeto privado* regula asimismo a otros sujetos *privados*, como sucede, por ejemplo, en el caso de la auditoría ecológica o con las actividades de certificación. Tales actividades se sitúan en el plano del control, supervisión o vigilancia de lo establecido.

d) Sin embargo, mayor interés, en lo que ahora importa, presenta por su importancia el supuesto de *regulación privada del sector público*. En esta sede, resulta oportuno distinguir, para su mejor comprensión, la fase o momento en que se puede producir la actividad regulatoria del sujeto privado:

(i) La regulación puede situarse en el plano de creación de *códigos y estándares* (a modo de normas o criterios). Es el caso, por ejemplo, de la denominada «Autoridad de Estándares para la Publicidad» de Gran Bretaña (*Advertising Standards Authority*)⁴⁶, que afecta a la publicidad tanto en los medios de comunicación privados, como públicos, escritos, de radiotelevisión y digitales. A falta de un cuerpo de estándares públicos establecidos por ley o reglamento, más allá de algunos principios básicos (como la prohibición de publicidad engañosa), esta organización privada opera como regulador independiente para fijar los códigos y estándares, y resolver los conflictos y reclamaciones que se susciten. Su fuerza radica en su prestigio, independencia, neutralidad y apoyo de la industria publicitaria, en un sistema que tiene por objeto tanto la protección del consumidor como la creación de un campo de juego limpio y honesto para las empresas de publicidad⁴⁷.

A nivel internacional, constituyen ejemplos elocuentes ISO⁴⁸, o Global-

[46] <http://www.asa.org.uk/>.

[47] <http://www.asa.org.uk/Regulation-Explained.aspx>.

[48] «ISO is a non-governmental organization that forms a bridge between the public and private sectors. On the one hand, many of its member institutes are part of the governmental structure of their countries, or are mandated by their government. On the other hand, other members have their roots uniquely in the private sector, having been set up by national partnerships of industry associations.

Therefore, ISO enables a consensus to be reached on solutions that meet both the requirements of business and the broader needs of society.» Cfr. <http://www.iso.org/iso/about.htm>. Los procedimientos de elaboración de sus estándares satisfacen los valores públicos: http://www.iso.org/iso/standards_development/processes_and_procedures/iso_iec_directives_and_iso_supplement.htm.

Es de interés la norma ISO 26000, de noviembre de 2010, que representa una guía para el establecimiento de sistemas de responsabilidad social. No tiene propósito de certificación de conformidad, pero parece llamada a ejercer una influencia sensible. Puede verse HALINA WARD, «The ISO 26000 International Guidance Standard on Social Responsibility: Im-

G.A.P.⁴⁹

(ii) La regulación privada, de otra parte, puede ubicarse en la fase de *control, vigilancia o ejecución*, y para ello puede servirse de la *publicación* de la información que posea. Es el sistema de las agencias de calificación de crédito; de la ONG *Transparencia Internacional*⁵⁰ o de las evaluaciones y *rankings* de las instituciones educativas⁵¹. Otro ejemplo lo constituyen las auditorías (privadas) externas al sector público, como sucede con los entes locales en Gran Bretaña⁵².

Por lo demás, el ejercicio de funciones regulatorias por parte del sector privado ha de sujetarse a toda una serie de condiciones y requisitos, propios del sector público: de entrada, al control judicial y parlamentario, pero también a principios de procedimiento y a componentes organizativos.

Por otro lado, cuando esa regulación privada del sector público se lleva a cabo en régimen de autorregulación⁵³, se suscitan nuevos problemas, en la medida en que la autorregulación no constituye un sistema diseñado para producir efec-

plications for Public Policy and Transnational Democracy», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 12, núm. 2, julio de 2010, art. 10.

[49] «GLOBALG.A.P. is a private sector body that sets voluntary standards for the certification of production processes of agricultural (including aquaculture) products around the globe.

The GLOBALG.A.P. standard is primarily designed to reassure consumers about how food is produced on the farm by minimising detrimental environmental impacts of farming operations, reducing the use of chemical inputs and ensuring a responsible approach to worker health and safety as well as animal welfare.» Cfr. http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=9.

La elaboración de sus estándares incorporan criterios de Derecho Público, como los ya reseñados: http://www.globalgap.org/cms/front_content.php?idcat=3.

[50] Por ejemplo, mediante la publicación de los índices de percepción de corrupción: <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>.

[51] Aquí compiten diversos índices y organizaciones: <http://www.shanghairanking.com/>, o <http://www.timeshighereducation.co.uk/world-university-rankings/>, por citar las más conocidas en el plano internacional.

[52] Cfr. sobre este extremo y con carácter general, COLIN SCOTT, «Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance», *Journal of Law and Society*, vol. 29, núm. 1, marzo de 2002.

[53] Como sucede, por otro lado, con frecuencia. Recuérdese, por ejemplo, el caso de la *Advertising Standards Authority*, antes citado.

tos sobre el sector público. Así, por ejemplo, la independencia y la rendición de cuentas en estos casos requiere ciertos ajustes⁵⁴.

En particular, la ausencia de base normativa o contractual de la actividad regulatoria genera las mayores dificultades, tanto de legitimidad, como de control⁵⁵.

4. EJEMPLOS ESPECÍFICOS. PROBLEMAS Y ENFOQUES

a) ICANN: LA GOBERNANZA TÉCNICA DE INTERNET (NOMBRES DE DOMINIO)

Constituye un ejemplo positivo en punto al trasvase de los valores del Derecho Público. Se trata de una entidad privada que gestiona la gobernanza técnica de Internet: los estatutos y la composición garantizan una gestión acorde con los intereses generales, sin perjuicio, como todo, de la crítica o mejora de la que pueda ser acreedora⁵⁶. «ICANN se fundó en 1998 como asociación sin ánimo de lucro y en ella se reúnen personas de todo el mundo cuyo objetivo es asegurar que Internet sea segura, estable e interoperativa»⁵⁷. Establece los nombres de dominio y permite con ello el funcionamiento técnico de Internet⁵⁸.

Sus estatutos, en el artículo primero, sección segunda⁵⁹, establecen los valores esenciales que presiden su acción, entre los que cabe citar, una amplia parti-

[54] SCOTT, *cit.* (nota 52), p. 74; J. BLACK, «Constitutionalising Self-Regulation», 1996, *The Modern Law Review* 1996 (MLR 59:1, enero).

[55] Sobre ello, *vid.* núm. 5 siguiente.

[56] Véase la página oficial en español: <http://www.icann.org/tr/spanish.html>. Además de su estructura y órganos, resultan de particular interés sus estatutos al hilo de nuestra reflexión: <http://www.icann.org/en/general/bylaws.htm> (en su versión de 18 de marzo de 2011).

[57] Cfr. <http://www.icann.org/es/about/participate/what>.

[58] *Vid.* S. CASSESE, *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, pp. 109 y ss.

[59] <http://www.icann.org/en/about/governance/bylaws#I>.

cipación⁶⁰, la representatividad⁶¹, neutralidad⁶², transparencia⁶³, responsabilidad y control, ponderación y motivación⁶⁴. El resto de los estatutos constituye un buen modelo en el mismo sentido⁶⁵.

b) AGENCIAS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA

Representan un ejemplo negativo en lo que hace a la transferencia de los valores públicos, tanto por los conflictos de intereses en que puede incurrir en su actuación, cuanto, en particular, por la falta de transparencia de los indicadores que sirven para medir la fiabilidad del prestatario, esto es, los métodos de calificación que son, hasta ahora, secretos y forman parte del negocio, lo que unido a que se trata de un oligopolio dominado por tres grandes empresas genera no pocas preocupaciones, máxime ante la enorme influencia que tienen en los mercados en general y en la deuda soberana en particular⁶⁶. El inversor se deja guiar ciegamente por la calificación, sin conocer qué peso y medida han podido tener, por ejemplo, el riesgo político (estabilidad, seguridad, transparencia); la estructura de ingresos; las perspectivas de crecimiento; la flexibilidad fiscal (balance, métodos de financiación del déficit y su repercusión sobre la inflación...); la carga de deuda soberana; responsabilidades y cargas no previstas en los presupuestos; la estabilidad monetaria; la liquidez externa; la deuda privada; las deudas del sector público; etc. Ni, menos aún, el método para medir cada uno de esos conceptos. No sólo el inversor, también la banca privada y los Gobiernos y Administraciones nacionales podrían hacer los ajustes necesarios de conocer y, en su caso, debatir, cuáles son esos indicadores que habrán de ser tenidos en cuenta.

[60] Núm. 4.

[61] Núms. 2, 3, 4.

[62] Núm. 8.

[63] Núms. 4, 7. Asimismo, el artículo III dedicado a la transparencia.

[64] Núm. 10, segundo párrafo.

[65] Artículo II sobre el ejercicio de poderes de atribución, consenso, restricciones y prohibición de trato discriminatorio; el artículo III sobre transparencia y su organización, así como la participación del público; artículo IV sobre rendición de cuentas y revisión; etc.

[66] Anticipándose al futuro, *vid.* GAUTAM SETTY y RANDALL DODD, «Credit Rating Agencies: Their Impact on CapitalFlows to Developing Countries», *Special Policy Report* 6, April 2003, Financial Policy Forum, Derivatives Study Center, www.financialpolicy.org.

c) *ADVERTISING STANDARDS AUTHORITY*

A nivel nacional, representa un ejemplo también positivo, como ya se ha observado, la ASA —*Advertising Standards Authority*⁶⁷—, o autoridad para el establecimiento de estándares en la publicidad, que tiene incorporados igualmente determinados valores públicos: independencia, experiencia y prestigio, organización adecuada, cooperación y coordinación con otros reguladores nacionales y europeos, transparencia y publicidad, motivación y ponderación.

5. LA LEGITIMACIÓN DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA PRIVADA

Sin duda, es la ley democrática la fuente de legitimación, la que habrá de otorgar o reconocer las funciones regulatorias de los sujetos privados (establecimiento de estándares, control y evaluación...), así como resolver qué valores y criterios han de incorporar los sujetos privados que se inscriben en la cadena regulatoria. Ciertamente, son muchas las estrategias y las fórmulas posibles, cada una con su particular problemática⁶⁸.

Sea como fuere, conviene distinguir, en efecto, ambas dimensiones. De un lado, la *fuentes* misma de la legitimación de la función regulatoria privada, cualesquiera que sean las operaciones que cubra. Por ejemplo, la ley que delega expresa y directamente una actividad en el sector privado⁶⁹; o la ley que confía en el contrato para que sea éste el que reconozca la actividad regulatoria privada⁷⁰. De otro,

[67] <http://www.asa.org.uk/>.

[68] Véase, COLIN SCOTT, *cit.* (nota 52). Del mismo autor, «Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism», en *EUI Working Paper RSCAS 2010/07*. Y, más en general, la serie Private Regulation Series, del Robert Schuman Centre for Advanced Studies, del EUI.

[69] Por ejemplo, en una asociación o conjunto de asociaciones determinadas, como las de protección de los consumidores o de los animales. Así, por ejemplo, la legislación británica le atribuye a la sociedad protectora de animales una función de vigilancia e inspección acerca del trato dado a los animales, tanto en el sector privado, como en el público, lo que incluye a los perros de la policía; la legislación europea le asigna la función inspectora a las asociaciones de consumidores. Sobre el tema COLIN SCOTT, *cit.* (nota 52).

[70] Un ejemplo en tal sentido lo representa la ya citada *Advertising Standards Authority*, que ejerce sus funciones de estandarización y control en virtud de contrato.

los criterios o valores que por mimetización del Derecho Administrativo deban asumirse.

En otro orden de consideraciones, no ha de olvidarse, por lo demás, que el propio Derecho Privado ofrece posibilidades de acomodación, sin necesidad de modulaciones legales, aunque se trate de mecanismos en origen voluntarios⁷¹.

III. ELEMENTOS Y ESTRATEGIAS PARA REALIZAR EL TRASVASE

En este epígrafe nos ocupamos de las consecuencias o impacto de los cambios en las relaciones entre el Estado y la sociedad; y del paso de la organización y procedimiento *administrativos*, a la organización y procedimiento *privados*.

Hasta ahora la teoría de la organización administrativa y del procedimiento administrativo se han situado tradicionalmente *del lado del* Estado, a partir de la premisa de una neta separación entre Estado y sociedad⁷². Ahora bien, ese estado de cosas no es más que un episodio,

[71] En el reiterado ejemplo de la asociación profesional, los estatutos de la asociación pueden exigir una adecuada representatividad en la asamblea de todos los profesionales del sector a fin de garantizar que la autorregulación no sea aprovechada en su propio beneficio por los que ejerzan una posición dominante en el mercado imponiendo sus criterios en detrimento de la competencia.

[72] JOSÉ ESTEVE, *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 117. En el caso de la organización se aprecia con particular intensidad la fuerte conexión que el Derecho Administrativo mantiene con esa divisoria. «La comprensión de la estructura y funcionalidad propia de los sujetos que estudiamos en la organización administrativa se encuentra en muy buena medida en la posición que ocupan con relación al Estado y a la sociedad.» (*ibídem*).

Hay genuinas Administración públicas que se encuentra adscritas en la organización estatal (Administración general del Estado), y otros sujetos que desempeñan funciones públicas que se sitúan, sin embargo, en el seno de la sociedad (colegios profesionales, por ejemplo), y otros, en fin, que se ubican en una posición intermedia e interconectada (*ibídem*).

una fase de la evolución, como puede desprenderse de cuanto ha quedado dicho.

Muchos de los valores o principios a los que se ha hecho referencia en las páginas precedentes resultan reconducibles en última instancia a dos instituciones básicas: el *procedimiento* (en cuanto proceso decisorio) y la *organización* (en cuanto determinante de la forma de ser). Un diseño inteligente del procedimiento y de la organización (sea respecto de las Administraciones, como de los sujetos privados) posee carácter estructural. En primer término, pues, hemos de explorar esa opción (1), para, después, reflexionar sobre el papel de la ley (2).

1. EL DISEÑO DE LA REGULACIÓN PRIVADA POR MEDIO DE LA MANIPULACIÓN DE DOS GENES: LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO PRIVADOS. UNA FORMA DE CONDICIONAR SU NATURALEZA Y COMPORTAMIENTO CON EFECTOS DIFUSOS Y MULTIPLICADORES

a) INTRODUCCIÓN: NO HAY NADA MENOS INOCENTE QUE EL PROCEDIMIENTO Y LA ORGANIZACIÓN, SEAN ÉSTOS DE CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO

El procedimiento y la organización constituyen dos estrategias regulatorias de primer orden. Es como manipular el código genético. Son dos «genes» cuya configuración condiciona la naturaleza, que producen efectos difusos, aunque permanentes.

Si queremos que las zonas verdes de los municipios no se centrifuguen y se «externalicen», para luego recalificar el suelo liberado, bastaría con sujetar esa decisión municipal a los procedimientos característicos de la evaluación estratégica ambiental (consultas del público, participación de otras Administraciones, ponderación, motivación) para hacer ciertamente difícil una decisión de tal naturaleza⁷³.

[73] Tal es el propósito y el medio establecido en el sistema de la evaluación estratégica ambiental.

Si deseamos que no influyan los laboratorios en la decisión de aprobar la comercialización de un producto farmacéutico, será necesario acudir a reglas de organización y procedimiento: prohibición de toda participación o contacto con los laboratorios; participación de los equipos científicos de las agencias del medicamento nacionales y europea; etc.⁷⁴

Si aspiramos a que un restaurante adopte normas de higiene, puede bastar con que la cocina sea transparente, de cristal, y que todos los clientes puedan ver cómo se manipulan los alimentos.

La organización y el procedimiento de los sujetos importan, y mucho, para la regulación de la vida social, económica, medioambiental e informativa. Cómo sea el sujeto (organización) y cómo decida (procedimiento) resulta sumamente trascendente, no ya sólo cuando se actúa sometido al Derecho Público, sino también cuando la Administración o el sector privado operan bajo el Derecho Privado.

El procedimiento y la organización poseen, en efecto, una dimensión defensiva del ciudadano, por cuanto racionalizan y sujetan a garantías la potencial actuación pública (o privada). Y, además, una vertiente activa —y de eficacia o excelencia—, que condiciona y predetermina el modo de ser y el modo de decidir del sujeto. Mediante la «manipulación genética» de esos dos «genes» (procedimiento y organización) no sólo se consiguen altas cotas de protección y defensa —la preocupación dominante o exclusiva en los inicios—, sino también, y esto es ahora relevante, elevados niveles en términos de eficacia (efectividad en la consecución de los objetivos, eficiencia en el uso de los medios, calidad de los servicios, celeridad, generación de consenso, confianza, certidumbre y fiabilidad, etc.)⁷⁵. Tal operación le corresponde hacerla al legislador⁷⁶.

[74] Véase la página oficial de la UE, su explicación y presentación del Reglamento 726/2004, de procedimiento de autorización y control de medicamentos en http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_for_goods/pharmaceutical_and_cosmetic_products/l22149_es.htm

[75] Téngase en cuenta que la responsabilidad social corporativa o gobernanza corporativa se traduce en buena medida en criterios de procedimiento y organización. Paradigmáticamente, véanse los documentos de la OCDE: «OCDE Principles of Corporate Governance», 2004; y «OCDE Guidelines for Multinational Enterprises», 2011.

[76] *Infra* núm. 2.

b) ORGANIZACIÓN PRIVADA

La regulación de la economía —como la de otras esferas— es hoy en alta medida una *regulación de carácter organizativo* o, si se prefiere, en la terminología más clásica, es «intervención organizativa». Tocando esa tecla se generan numerosos efectos.

Por ejemplo, hablar de la reforma de los mercados financieros es hablar en una alta proporción de la *organización* de los agentes que en ellos operan, sean éstos públicos o privados.

Así, en los análisis, estudios o debates habidos desde 2007 la *cuestión organizativa* ha acaparado la máxima atención: desde la creación de nuevos organismos reguladores o la mejora de los existentes (en materia de banca, seguros, bolsa o riesgos sistémicos), hasta la renovación de la gobernanza corporativa de las entidades financieras privadas, todo parece pasar por un mejor diseño de su organización.

– Cuando, por ejemplo, la Comisión Europea se plantea mejorar la *supervisión* de las agencias de calificación crediticia⁷⁷, la primera cuestión que se suscita reside en el alumbramiento de nuevas estructuras organizativas capaces de atender eficazmente las funciones de vigilancia y control, para, seguidamente, estudiar la forma de lograr una mayor corresponsabilidad del gobierno corporativo de las entidades financieras⁷⁸.

– Lo mismo sucede cuando el problema consiste en mejorar la competitividad de esas agencias, ante la constatación de que se trata de un mercado en situación de oligopolio. La mayor parte de las medidas que la Comisión y los actores participantes barajan durante el proceso de reforma adquieren naturaleza

[77] Puede verse el debate sobre su reforma, iniciado en 2008, en la web de la Unión Europea: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/agencies/index_en.htm, en la que se da entrada a los documentos y noticias relacionados con el proceso de reforma conducente a la propuesta de un nuevo Reglamento que reforma el 1060/2009, sobre agencias calificadoras de crédito.

[78] Así, para garantizar una mayor protección de los intereses de los consumidores y otros interesados, una gestión más sostenible de las empresas y una reducción de los riesgos de quiebra a largo plazo, el Libro Verde de la Comisión se plantea la reforma del gobierno corporativo y abre una consulta pública sobre una serie de actuaciones, todas ellas con un marcado carácter organizativo: mejora del funcionamiento y la composición de los consejos de administración de las entidades financieras; establecimiento de una cultura del riesgo a todos los niveles de las entidades; aumento de la participación de los accionistas, los supervisores financieros y los auditores externos en el gobierno corporativo; etc.

organizativa: si se les puede atribuir al Banco Europeo o a los Bancos centrales nacionales la función de emitir calificaciones que puedan ser utilizadas por las instituciones financieras europeas a efectos regulatorios; si es preferible fomentar a nivel nacional la creación de nuevas entidades de calificación; si conviene establecer una nueva agencia europea independiente de calificación articulada sobre una estructura mixta o público-privada, de modo análogo a las experiencias que representan la institución *d'utilité publique*, la *public interest company*, la fundación europea o la *public-private partnership*; o si es suficiente una red europea de pequeñas y medianas agencias de calificación del crédito⁷⁹.

– Y si lo que se pretende es que las decisiones públicas atinentes a la estabilidad financiera no se vean mezcladas con decisiones políticas a corto plazo, la respuesta es, de nuevo, organizativa: para asegurar, por ejemplo, la imparcialidad y la neutralidad que la política monetaria reclama, los bancos centrales adquieren autonomía para sustraerse de los impulsos políticos de los Gobiernos y actuar de acuerdo con las necesidades de la estabilidad financiera.

La organización no es ya un mero ropaje *externo* con el que revestir un conjunto de medios personales y materiales para el cumplimiento de una función. Es además una forma de condicionar y predeterminar *desde dentro* —con carácter estratégico— el comportamiento de una Administración o entidad privada a consecuencia de la estructura organizativa que se le asigne: la división y el modo de trabajo, la composición y cualificación de sus miembros, la forma de integración de sus relaciones internas y externas, la distancia o dependencia de otras organizaciones, las vías de obtención y procesamiento de la información, los principios operativos o de funcionamiento; etc.

En suma, interesa por medio de la *estrategia de la organización* (sea pública o privada) evaluar y determinar:

- cómo desarrollar satisfactoriamente las funciones y tareas encomendadas (i);
- cómo influenciar la vida de las organizaciones y de sus miembros a través de sus elementos estructurales (ii);

[79] Véase el documento de trabajo «Public Consultation on Credit Rating Agencies», European Commission, Directorate General Internal Market and Services, *FINANCIAL SERVICES POLICY AND FINANCIAL MARKETS, Securities markets*, 05.11.2010, p. 21.

– cómo transmitir y encarnar en su seno los valores y principios constitucionales (como la legitimidad democrática)⁸⁰ (iii);

– y cómo dirigir la actuación de aquellas actividades privadas a través de sus respectivas estructuras organizativas, en la medida en que participen en el proceso regulatorio (por ejemplo, para asegurar que las organizaciones que llevan a cabo actividades autorregulatorias sean suficientemente representativas del sector)(iv).

Para ello, y con la ayuda de otras ciencias, habrán de sopesarse las medidas o componentes de la organización, en función de la naturaleza y de la conducta que quiera imprimirse, y que se extienden a todos los elementos posibles: desde la naturaleza del personal (electo, o constituido por expertos, por ejemplo); pasando por la racionalidad del trabajo (descentralizada o no; cooperativa o jerárquica...); a la dependencia o independencia respecto de otras organizaciones horizontales y verticales.

c) PROCEDIMIENTO PRIVADO

En términos análogos, *cómo decida el sujeto* (procedimiento) resulta sumamente trascendente, no ya sólo cuando se actúa sometido al Derecho Público, sino también cuando la Administración o el sector privado operan sometidos al Derecho Privado.

Si el proceso para la promulgación de estándares (normas ISO, por ejemplo, o estándares de carácter profesional) tiene lugar en foros exclusivos y cerrados, con escasa transparencia, la probabilidad de la captura es muy alta. Por el contrario, cuando las estructuras responden a principios elementales de procedimiento, y los interesados tienen ocasión efectiva de hacer valer sus puntos de vista y de comprender lo que se propone, la posibilidad de generar estándares en beneficio del interés común o general es alta. Lo mismo puede decirse del sector público (sean las cajas de ahorro o la sociedad AENA Aeropuertos, S.A., por ejemplo): si la sociedad se sujeta a principios de transparencia, experiencia, publicidad, neutralidad, participación pública, motivación o de responsabilidad social, los riesgos de ineficacia, corrupción o captura, y, en definitiva, de pérdida de los valores del Derecho Público, son menores.

[80] En la Constitución española de 1978, por ejemplo, se encuentran plasmados expresamente en los artículos 1.1 y 103.1.

Los ejemplos antes destacados —tales como la representatividad de todos los profesionales del sector en el seno de una asociación; la transparencia en el método de evaluación de las agencias de calificación; los criterios de independencia y neutralidad; o la resolución basada en la mejor información disponible para hallar a su vez la mejor tecnología en el ámbito de la protección del medio ambiente; entre otros— no son sino principios de procedimiento. Su proyección sobre los sujetos privados posee, como se ha dicho, efectos multiplicadores⁸¹.

Por medio de la *estrategia del procedimiento* (público o privado) se condicionan y determinan, entre otras cosas:

– Cómo se obtiene y procesa la información necesaria para resolver (lo que tradicionalmente se conocía como «instrucción»); los sujetos que han de participar en ese proceso de recogida y tratamiento de información y quién lo costea.

– Cómo se garantiza o concreta la independencia o neutralidad, la ausencia de conflicto de intereses; con qué grado de amplitud; y a quién se confía su vigilancia.

– El grado de transparencia y representatividad en la toma de decisiones.

– Las funciones que cumplen, y posición que guardan, los distintos intervinientes o participantes, sean Administraciones o sujetos privados.

– Cómo el legislador controla y dirige a la Administración (por ejemplo, obligando a una amplia consulta pública antes de tomar la decisión de que se trate).

– Cómo y quiénes participan en la elaboración de normas, programas o planes; si la participación es tardía y puntual, o acompaña el ciclo completo de la elaboración, aprobación, implementación, ejecución y revisión; etc.

2. LA FUNCIÓN DEL LEGISLADOR

La ley resulta hoy más relevante y necesaria que nunca como vehículo del principio democrático y del principio del Estado de Derecho,

[81] La emergencia del «procedimiento privado» de los sujetos privados a los que aquí se hace referencia se inscribe en lo que puede denominarse como «procedimientos de tercera generación» (tercera parte del presente capítulo).

aun cuando el legislador no puede gobernar por sí mismo los mercados, por ejemplo, en los términos convencionales, a consecuencia de las nuevas formas de regulación.

a) EL PARLAMENTO HA DE HACER UN USO ESTRATÉGICO DE LA ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO PRIVADOS

En ello ya se ha abundado⁸². Es al legislador, bien directamente, o bien por su remisión a otros instrumentos (convenios, contratos, por ejemplo), al que incumbe, en primer término, resolver qué funciones regulatorias atribuir al sujeto privado, y, en su caso, qué valores han de presidir las organizaciones y su composición, la racionalidad del trabajo, y el proceso decisorio. Sea en forma de principios o de reglas específicas, de garantías de resultado o de normas finalistas, lo cierto es que se trata de inocular los valores propios del Estado de Derecho y del principio democrático, a los que, por vía de ejemplo, se ha aludido en las páginas anteriores.

b) DE UN PARLAMENTO QUE DICTA NORMAS ESTIPULANDO CONDUCTAS, A UN PARLAMENTO QUE DIRIGE Y SUPERVISA EL PROCESO REGULADORIO. CUANDO REGULACIÓN Y NORMACIÓN NO SON CONCEPTOS COINCIDENTES, NI MAGNITUDES COEXTENSAS

Si la *regulación* de un sector o actividad no es sólo *normativa*, esto es, si la prescripción de conductas no se hace ya exclusiva, ni principalmente, en numerosos sectores, por medio de normas escritas y vinculantes emanadas previamente de un Parlamento, y se hace uso de otras estrategias, el legislador, y con él, el Derecho Administrativo, con las directrices pertinentes, habrá de prestar en paralelo una creciente atención a esas otras formas de regulación que, desde el Parlamento, pueden ser controladas y dirigidas. Piénsese, por ejemplo, en la relevancia de las siguientes actividades de carácter regulatorio y en la consiguiente necesidad de su atención:

[82] *Vid.* asimismo núm. II.5.

– El Parlamento ha de dirigir la política de privatizaciones y supervisar la política de externalización de servicios que las Administraciones practiquen (contratación administrativa); establecer los criterios y valores públicos (sustantivos y de procedimiento) que la actividad privatizada o externalizada deba observar; los nuevos mecanismos de control que corresponda instaurar; etc.⁸³

– El Parlamento ha de conocer y supervisar la política de los organismos reguladores, cuando menos a los efectos de decidir si son necesarios cambios de su marco legislativo.

– El Parlamento ha de decidir y vigilar la delegación —nueva o no— de determinadas actividades privadas en régimen de autorregulación, disponiendo igualmente, entre otras cosas, los criterios y valores públicos que han de respetarse en cada caso.

– El Parlamento ha de considerar el alcance estratégico que posee el diseño del procedimiento y de la organización.

Si el Parlamento dejara fuera de su observatorio y de su campo de acción las distintas formas de regulación que se producen más allá de la meramente normativa (entendida ésta como normación al modo tradicional), estaría entonces condenado a cumplir una simbólica misión.

c) LA RESERVA DE LEY Y LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA

En la visión tradicional las cuestiones procedimentales y de organización han gozado de escasa consideración. La capitalidad se localizaba en el corazón de los derechos y libertades de los sujetos, sus facultades y sus deberes.

[83] CHERYL SAUNDERS y KEVIN YAM, «Government Regulation by Contract: Implications for the Rule of Law», *Public Law Review*, vol. 15, n° 41, 2004, p. 51; ANN CL DAVIES, «English Law's Treatment of Government Contracts: The Problem of Wider Public Interests», en Mark Freedland y Jean-Bernard Auby (Eds.), *The Public Law: Private Law Divide*, Hart Publishing, 2006, p. 11; JODY FREEMAN, «The Contracting State», *Florida State University Law Review*, 2000, p. 155; JEAN-BERNARD AUBY, «Contracting Out and 'Public Values': A Theoretical and Comparative Approach», *Comparative Administrative Law* (edited by Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth), Edward Elgar Publishing, 2011.

Hoy día, sin embargo, estas dos *estructuras reguladoras*⁸⁴—organización y procedimiento— de los sujetos privados han de revalorizarse, tanto más cuanto menos espacio o acceso se deje a la programación material por parte del legislador, es decir, cuando éste no pueda adelantarse a la realidad para predeterminar la conducta futura.

No basta con que el legislador y la Administración cumplan, en sus respectivas posiciones, con la *reserva de ley*. Es necesario también que la Administración actúe en los términos de la *delegación legislativa*, vertiente ésta menos cultivada y atendida en ocasiones, pero de suma relevancia cuando se le atribuyen relevantes poderes a los organismos reguladores (por ejemplo, al Banco central), o se delegan, como se ha dicho, facultades regulatorias a los sujetos privados.

d) LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA. LA TEORÍA DE LA CADENA (ADSL) Y LA TEORÍA DEL WiFi

La teoría clásica consideraba legitimada democráticamente la decisión de una autoridad administrativa en virtud de la imagen que proporciona la «cadena»: si quien decide aplica una ley democráticamente aprobada y, además, depende jerárquicamente de un vértice que ha sido elegido por el pueblo, la decisión a la postre resulta reconducible al pueblo.

Todo ello ha de redefinirse cuando nos encontramos, no ya ante Administraciones jerárquicas y piramidales, para las que se construyó la citada teoría, sino ante Administraciones independientes o, como aquí se considera, ante sujetos privados prestadores o co-reguladores.

Baste un apunte para la reflexión. La teoría clásica ha de ser apurada, en primer término. Y ello porque, como se ha notado, la reserva de ley y el principio de legalidad y de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1), le obligará al legislador a ocuparse

[84] *Vid.* el primer capítulo de la presente obra colectiva.

de la vertiente procedimental y organizativa con mayor atención que hasta ahora.

Adicionalmente a esa perspectiva, que por convención y a efectos ilustrativos, podríamos denominar de «cable» o de *ADSL*, habría que añadir la del *WiFi*, es decir, la observancia de la delegación legislativa por parte del sujeto público o privado: mientras éstos no pierdan la cobertura tendrán legitimidad democrática. Ello remite en buena medida a una visión funcional y finalista. El sujeto habrá de tener presente en todo momento si sus decisiones y actuaciones se mueven en el ámbito de los fines y objetivos para los que se le ha otorgado esa delegación.

La cobertura —o legitimidad— puede contemplarse, bien en términos de pérdida (perspectiva tradicional), en cuyo caso adquieren un claro protagonismo los jueces y tribunales, que intervienen *ex post*; o bien en clave positiva, o de dirección *ex ante*. En este último supuesto, la configuración legal del procedimiento y de la organización juega un papel significativo, por cuanto puede servir para condicionar estratégicamente las actuaciones de futuro del sujeto, facilitando su conectividad, que se mueva en la zona *WiFi*.

TERCERA PARTE
TRES GENERACIONES DE
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*

I . . INTRODUCCIÓN

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVA
COMPARADA

LA proliferación en las últimas décadas de leyes de procedimiento administrativo en extensas áreas regionales como la Europa del Este, el Sudeste asiático o la América Latina constituye un positivo fenómeno que recuerda la expansión del constitucionalismo de principios del siglo XIX, y supone, por otra parte, un evidente florecimiento del Derecho Administrativo contemporáneo.

Ahora bien, el análisis comparado de una institución como el procedimiento administrativo excede en mucho del contraste y cotejo de las legislaciones nacionales y de las respectivas construcciones jurisprudenciales y doctrinales, por más que ese intercambio de experiencias —siempre en su debido contexto— pueda ser de sumo provecho, por ejemplo, para reflexionar sobre las mejores opciones sobre la sustanciación del derecho de acceso a la documentación administrativa.

Tampoco se detiene el estudio comparado en la datación histórica de las recíprocas influencias entre países o en la filiación y genealogía de las leyes y de los sistemas jurídicos, pese al interés que ello despierta por la rica información que ofrece. Por ejemplo, esa perspectiva expli-

* Esta parte tiene su antecedente en el trabajo: «Towards a Third Generation of Administrative Procedure», en *Comparative Administrative Law*, University of Yale, Edited by Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, Edward Elgar Publishing, 2010, y en otras publicaciones posteriores en diversos países; constituye una síntesis de una investigación de más largo recorrido, que verá la luz en una próxima monografía, con el mismo título que esta parte, en la colección de *Cuadernos* de esta Editorial.

ca, por razones de historia y cultura, la autonomía y singularidades de la gran familia de leyes iberoamericanas de procedimiento administrativo. Aunque la mera antigüedad no sea argumento bastante, sí resulta ilustrativa cuando menos de una fuerte tradición: las primeras leyes de procedimiento se remontan a la España de 1881¹ y 1889², y las primeras no peninsulares, para Cuba, Puerto Rico y Filipinas, a 1888³.

En realidad, la institución del procedimiento administrativo es tan poliédrica en sus funciones y morfología, y resulta tan transversal —recorre el entero Derecho Administrativo—, que la comparación sólo puede emprenderse por categorías de procedimiento. ¿De qué procedimiento administrativo hablamos en cada caso? Puesto que, entre un procedimiento sancionatorio y un procedimiento de evaluación estratégica ambiental o de elaboración del planeamiento parecen existir diferencias de sustancia. Tal sería el primer interrogante a despejar. La primera cuestión que ha de resolverse, pues, reside en su identificación y ulterior clasificación.

Las categorías, clases o tipos de procedimiento, en contra de lo que ha podido pensarse durante largo tiempo, no vienen determinadas, a nuestro juicio, en razón de la materia (procedimientos para el otorgamiento de licencias en el ámbito del comercio o la vivienda, por ejemplo), ni por el contenido o naturaleza de la resolución que ponga fin al procedimiento (acto declarativo o constitutivo, por ejemplo). Las cosas son más complejas, pero también más interesantes. La clasificación que aquí se propone resulta más radical y profunda, puesto que se basa, en

[1] Real Decreto de 31 de diciembre de 1881, aprobando el Reglamento provisional sobre el procedimiento administrativo en las reclamaciones económico-administrativas. Se trata, en efecto, de una norma de rango infralegal.

[2] Ley de 19 de octubre de 1889, disponiendo que por cada Ministerio se haga y publique un reglamento de procedimiento administrativo para las dependencias centrales, provinciales y locales del mismo. Se trata de una ley de bases que sirven de marco y denominador común a los reglamentos que, en razón del ramo y la especialidad, habrían de dictarse seguidamente.

[3] Real Decreto, de 29 de Septiembre de 1888, por el que se aprueba el procedimiento administrativo de la Secretaría de Ultramar y todas las dependencias administrativas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas; y Real Decreto, de 13 de junio de 1890, declarando subsistente con las modificaciones que se expresan, de 1890 (*Gaceta de Madrid*, núm. 177, de 26/06/1890).

última instancia, en el modelo de Administración y en la forma de gobierno y regulación en el que aquélla se inserta. Hablamos aquí de generaciones para hacer referencia a la sucesión —y convivencia— de esos distintos modos de operar. Una cosa es la Administración resolviendo como si de un juez se tratara (primera generación); otra, la Administración dictando normas en modo análogo a como lo hace el legislador tradicional (segunda generación); y otra, muy distinta, cuando la Administración, y otros actores, se sirven de elementos o principios de procedimiento en las nuevas formas de gobernanza, marcadas por la colaboración entre Administraciones, y entre éstas y el sector privado, tanto dentro de las propias fronteras, como más allá del Estado.

Esta clasificación por generaciones permite entender mejor la institución del procedimiento dentro del propio sistema y establecer un adecuado término de comparación. No son magnitudes comparables, por ejemplo, los procedimientos administrativos sancionadores⁴, con los de evaluación estratégica ambiental⁵. Y no lo son, no ya porque se refieran a «materias» distintas (sanción y medio ambiente, respectivamente), sino porque se basan en modelos y modos de Administración muy diferentes entre sí y, en definitiva, en modelos de gobierno y regulación diversos, y en donde el procedimiento cumple funciones cualitativamente distintas. En el primer caso, se trata de una Administración «imperativa», que actúa investida de autoridad, y que, al igual que el juez, utiliza el procedimiento como herramienta de una correcta aplicación del Derecho, a fin de determinar si el interesado ha cometido o no una infracción y si ésta es merecedora de sanción. *Utiliza el procedimiento para hacerle hablar a la ley*. En el segundo, por el contrario, la Administración opera *en modo cooperativo*, busca la colaboración de otras Administraciones, del público en general, y del sector privado, no para hallar lo que la ley haya predeterminado, porque no ha predeterminado nada, sino para construir la mejor solución —entre todos— de cara a alcanzar un crecimiento sostenible, con ocasión de una concreta

[4] Véanse, a título de ejemplo, los arts. 134 y ss. de la Ley de procedimiento española, 30/1992.

[5] Por ejemplo, arts. 6-25, de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

política energética o de infraestructuras, por ejemplo y, en definitiva, la obtención de la información necesaria. *Utiliza el procedimiento como foro donde encontrar la solución o la respuesta más adecuada.* El procedimiento cumple aquí una función más ambiciosa, de dirección política, ante la incapacidad de la ley para programar la solución correcta. La comparación, en otras palabras, ha de hacerse «por pares», esto es, con iguales, tanto dentro del propio ordenamiento jurídico, como fuera de él.

Esa clasificación, sea o no con pretensiones comparatistas, ofrece un mapa o sistema no sólo descriptivo, sino también de carácter prescriptivo, en la medida en que pone en evidencia los déficits —en términos de principio democrático, de Estado de Derecho o de eficacia— que cada procedimiento pueda presentar. Comencemos desde el principio.

2. RESUMEN Y GLOSARIO

A modo de síntesis de cuanto luego se dirá, esta parte pretende explicar o describir las diversas generaciones de procedimiento, primero; para esbozar, después, a partir de sus virtualidades y déficits, algunos de los valores y principios en juego.

Un breve glosario:

a) ¿Qué entendemos por «Administración imperativa»?

Aquella que opera y trabaja haciendo uso de potestades públicas y resuelve con carácter unilateral; en un proceso de carácter jerárquico o en cascada (de arriba hacia abajo), puesto que su función consiste en aplicar el Derecho emanado desde arriba. Es una Administración que sabe lo que quiere. Por el contrario, hablamos de «Administración cooperativa» para hacer referencia al supuesto contrario, cuando la Administración no es autosuficiente y, bien sea por el tamaño de los problemas, o bien por la incertidumbre acerca de su tratamiento o respuesta, requiere de la colaboración de otras Administraciones y del sector privado. El proceso no es jerárquico, sino en red, y en donde una multiplicidad de actores pueden participar con una aportación específica. Es lo propio, por ejemplo, de las Administraciones independientes, a diferencias de las meramente ejecutivas.

b) ¿A qué se hace referencia con las tres generaciones —cumulativas— de procedimiento administrativo (cuadros 4 y 5)?

La primera generación, como ya se ha notado, tiene por objeto el dictado de resoluciones que afectan a los derechos e intereses de los ciudadanos, a cargo de una Administración que, por convención, llamamos aquí «imperativa». Se trata de una clase de procedimiento que se inicia antes de que se inventara la electricidad.

La segunda generación tiene por misión la elaboración de toda clase de normas reglamentarias, programas, planes o proyectos, en un entorno también de Administración imperativa. En este escenario, la Administración opera como si de un legislador se tratara. Es un procedimiento que se propaga en la segunda mitad del siglo XX, antes de la invención de Internet.

La tercera generación de procedimientos se mueve en el marco de las nuevas formas de gobernanza, en un medio ambiente de colaboración, cuando no se trata de aplicar el Derecho preexistente, sino de buscar, entre múltiples actores y en forma cooperativa, la mejor solución. Aquí, la Administración realiza políticas públicas en colaboración con otras Administraciones y con el sector privado, dentro y fuera de las fronteras.

c) ¿A qué aludimos cuando hablamos de «gobernanza», como complemento o alternativa al modo de gobierno tradicional?

Por gobernanza «a secas» o por «gobernanza administrativa» o, también, «gobernanza cooperativa», se hace referencia en nuestro contexto a un nuevo estilo de gobierno, en el que la Administración goza de un particular protagonismo en la realización y ejecución de las políticas públicas, pues se desenvuelve en ámbitos y sectores en los que su actuación no consiste en aquella originaria actividad de ejecución o de mera aplicación de la ley. Se alude, en efecto, a un modo de gobierno y regulación alternativo o complementario del tradicional en el que predomina la colaboración inter-administrativa y público-privada, dentro y fuera de las fronteras nacionales. En ese sentido, el término «gobernanza» se presenta como opuesto al modo clásico de «gobierno», caracterizado por la dirección política de arriba hacia abajo, esto es, por un proceso y una estructura jerárquicos, y el recurso a la decisión unilateral y a las técnicas coercitivas. Se trata de una Administración que no es autárquica, ni autosuficiente.

d) ¿Qué concebimos actualmente bajo el término «procedimiento»?

El concepto de procedimiento administrativo no se detiene ya, como antaño, en la exclusiva idea de procedimiento como *proceso decisorio*, seguido o impulsado de oficio por una Administración de carácter imperativo para concluir en un acto, sino que asimismo comprende, además de otros procesos decisorios basados en la colaboración interadministrativa y público-privada, la *obtención y el intercambio de información* y, más ampliamente, el código básico de las *relaciones entre la Administración y el ciudadano*.

El procedimiento es entonces proceso decisorio (para el dictado de un acto administrativo o resolución, la aprobación de un reglamento, o la celebración de un contrato, por ejemplo), pero es también obtención e intercambio de información (para elaborar un mapa medioambiental, realizar una inspección, recabar informes y estudios científicos, por ejemplo)⁶; o una prestación o asistencia médica⁷.

[6] Con carácter general, y *como punto de partida* de las reflexiones que seguidamente se hacen, pueden verse las siguientes obras colectivas: *La transformación del procedimiento administrativo* (editado por JAVIER BARNES), Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008 (véase un sumario en <http://www.globallawpress.org/Transformacion.htm>); *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, en particular, capítulos primero (E. SCHMIDT-ASSMANN) y quinto (JAVIER BARNES), Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006 (véase un sumario en <http://www.globallawpress.org/Innovacion.htm>). Asimismo, y como introducción al Derecho Comparado, puede verse J. BARNES, *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993. La lectura de la obra —en particular de su capítulo sexto— de E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, resulta fundamental como marco de las líneas de evolución conceptual del Derecho Administrativo contemporáneo.

Un análisis más detallado de algunas de las cuestiones que aquí se apuntan, señaladamente en el epígrafe III, me remito a los siguientes artículos propios: J. BARNES, «El procedimiento administrativo y las nuevas formas de dirección, regulación y gobernanza», en *Hacia la modernización del procedimiento administrativo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pp. 57-71; y «Procedimientos administrativos de tercera generación», en *Revista AIDA*, núm. 7, México, enero-junio, 2010, pp. 11-54.

[7] *Vid.* JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Un modelo de procedimiento administrativo para las prestaciones de servicios o materiales. El ejemplo de la prestación de asistencia sanitaria», en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, España, 2008.

3. EL ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CUANDO LA CONQUISTA HISTÓRICA RESULTA INSUFICIENTE

La idea de secuenciar el proceso decisorio, esto es, de establecer una serie o sucesión de actuaciones encadenadas conducentes a la toma de decisiones, es tan antigua como el Derecho mismo. Con la instauración de la división de poderes, se abriría paso la necesidad de establecer un procedimiento específico para cada uno.

Las decisiones jurisdiccionales —sentencias, autos, providencias— se adoptarían a través de un proceso. Las decisiones parlamentarias —desde la entrada del proyecto o proposición en la cámara o asamblea, el debate y enmienda, hasta su aprobación y promulgación— seguirían su propio cauce, un procedimiento legislativo. Finalmente, el Ejecutivo y la Administración sujetarían sus decisiones dotadas de autoridad (concesiones, permisos, sanciones, etc.) a un procedimiento administrativo.

El modelo que para el procedimiento administrativo ha representado el proceso judicial ha resultado ser eficaz cuando se trata de resolver asuntos relacionados con los derechos e intereses de los ciudadanos. Si se tiene o no derecho a un permiso o autorización; si se es o no el mejor candidato a un puesto de la función pública; cuál sea la oferta económicamente más ventajosa en la licitación de un contrato, son cuestiones que podrán ventilarse adecuadamente a través de un proceso o, lo que es lo mismo, de un procedimiento llamado «administrativo» porque es la Administración y no el juez la que lo impulsa.

Éste es el tipo de procedimiento administrativo que acapara la atención de la doctrina y a la que reservamos la expresión misma; es la clase de procedimiento del que hablan de ordinario las leyes de procedimiento administrativo contemporáneas y del que se ocupaban ya las primeras leyes decimonónicas; y sobre el que se debate en tantos foros y congresos a fin de mejorar sus prestaciones y funcionalidad (principios, simplificación, instrucción, por ejemplo). Es, en fin, el procedimiento concebido o representado en una imagen *lineal*, como conjunto de actos de autoridad encadenados con el objeto de dictar una resolución final dotada

de autoridad. Es el procedimiento administrativo «en papel», hijo de la cultura de la imprenta⁸.

Éste es, en otras palabras, el procedimiento administrativo que venimos en llamar «de primera generación», y que constituye sin duda un elemento esencial de todo Estado de Derecho y representa, probablemente, la mejor aportación que ha realizado el Derecho Administrativo en términos sistemáticos o «macroeconómicos», más allá de la evidente conquista histórica que representa el singular y ulterior control jurisdiccional. El procedimiento administrativo, pues, como proceso decisorio, cualesquiera que sean las formas que las decisiones encarnen: acto administrativo (protagonista indiscutible), contratos, normas, planes o programas; como *método de la correcta determinación del Derecho aplicable*, de una aplicación imparcial, igual para todos y sin discriminaciones, previsible y fiable.

Estos indudables avances, sin embargo, no impiden hacer una fácil constatación crítica. Y es que la Administración no se limita a dictar resoluciones formales en aplicación del Derecho, como hacen los jueces y tribunales, puesto que de entrada no sólo interpreta y aplica el Derecho, sino que crea y establece nuevas reglas y normas. Dicho de otro modo: la Administración hace muchas más cosas que decidir; y tiene muchos más «modos» que el imperativo o jerárquico, propio del dictado de los actos administrativos. Ello significa en la práctica que el procedimiento tipo —de primera generación— se ha quedado corto o, mejor expresado, que deviene escasamente representativo de la realidad administrativa contemporánea, como más adelante se insiste.

II. PROCEDIMIENTOS DE PRIMERA GENERACIÓN

1. CUATRO NOTAS CARACTERÍSTICAS

En términos muy simples, podríamos destacar, en lo que ahora importa, cuatro notas que singularizan a los procedimientos adminis-

[8] Sobre el tema, J. BARNES, «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento», *Revista, Andaluza de Administración Pública*, 2000, núm. 40.

trativos de primera generación, aquéllos que tienen su sede en la legislación tradicional:

a) El procedimiento administrativo de primera generación constituye ante todo un instrumento o mecanismo para la *correcta aplicación de Derecho*, en manos de la Administración imperativa, especialmente diseñado para el dictado de actos administrativos singulares (decisiones unilaterales), potencialmente de gravamen o restrictivos de derechos. Ello justifica las garantías que el procedimiento establece, tanto en lo que hace a la iniciación, comparecencia e instrucción, como en punto a la resolución definitiva, el recurso administrativo o la revisión.

b) El procedimiento cumple una función *adjetiva*, accesoria o subordinada respecto del Derecho material, es decir, una función instrumental o al servicio de la mejor aplicación del Derecho: lo relevante a la postre es que la decisión adoptada sea correcta en términos jurídicos. Si la decisión de la Administración resulta conforme a Derecho, las infracciones de procedimiento, salvo que causen indefensión, no adquieren de ordinario trascendencia invalidante (si la denegación de una licencia es correcta, una infracción formal o de procedimiento puede resultar irrelevante). Por ello, si el acto se ajusta materialmente a lo que la ley haya dispuesto, los vicios de forma resultarán fácilmente subsanables (piénsese, por ejemplo, en la regla de la anulabilidad y en el criterio de las irregularidades no invalidantes, y sus equivalentes en tantos otros ordenamientos)⁹. En ese sentido, el procedimiento tiene un carácter *adjetivo*. La consecuencia más plástica y conocida reside en la teoría de los vicios del acto y del procedimiento, donde se aprecia una cierta indulgencia o, si se quiere, una menor severidad: la nulidad absoluta como excepción; la regla de la anulabilidad, matizada a su vez con el criterio de las irregularidades no invalidantes¹⁰; la subsanabilidad y conservación; etc.

[9] Por ejemplo, en la legislación general en vigor en España, pueden verse los arts. 62-67 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo (denominada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Puede verse J. BARNES, *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

[10] Por ejemplo, en el caso español, el artículo 63 de la Ley 30/1992 dispone lo siguiente:

«1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.»

c) El procedimiento administrativo se estructura conforme a una visión *procesalista*, que todo lo impregna: las fases en que se articula, las potestades de impulso, la prueba y su práctica, las formas de terminación, etc.

d) Constituye, en fin, un proceso *decisorio*, puesto que, como ya notábamos, sirve para dictar actos, aprobar normas, celebrar contratos, elaborar normas, redactar planes, confeccionar proyectos.

Dentro de esta categoría podrían incluirse, por ejemplo:

– Los procedimientos en vía de petición (de un permiso, autorización o licencia, por ejemplo) y en vía de recurso (reposición, alzada, reconsideración, etc.).

– Los procedimientos de carácter bilateral (entre un ciudadano y la Administración), sean de carácter declarativo, constitutivo, de contenido sancionatorio, etc. Y los procedimientos de carácter multilateral, como los procedimientos competitivos —para la licitación de un contrato, o el concurso para el acceso a la función pública, por ejemplo—; o los de naturaleza contradictoria, porque canalizan múltiples intereses encontrados, como sucede, por ejemplo, en la elaboración del planeamiento urbanístico y territorial o en la construcción de grandes obras públicas.

– Procedimientos de carácter no decisorio, como los de contenido prestacional (entrega de información; prestación de un servicio médico o asistencial, por ejemplo); de evaluación o estudio (emisión de informes, evaluaciones, análisis); de inspección y control.

Con todo, la pertenencia a esta generación no viene determinada por la tradición o la «naturaleza de las cosas» sino, en última instancia, por el medio o hábitat en el que se cursa el procedimiento: una Administración imperativa, un proceso jerárquico, una ley con programación material a ejecutar por la Administración.

Aunque un procedimiento administrativo así concebido deje muchas cosas fuera (cuadro 1) y responda a un específico «modo» de Ad-

En términos equivalentes se expresa el art. 46 de la Ley federal alemana de procedimiento administrativo de 1976, del que se desprende que las infracciones de forma, competencia y de procedimiento —siempre que no incurran en nulidad absoluta— no pueden ser objeto de impugnación, si resulta patente que no han influido en la decisión final.

ministración que no agota todas las opciones (cuadro 2), lo cierto es que posee una extraordinaria relevancia y efectos multiplicadores.

Nótese, a tal propósito, primero, que la evolución y madurez del Derecho Administrativo corre paralela en muchos casos a la emergencia del procedimiento administrativo como institución, como sucedió paradigmáticamente con la Ley federal norteamericana de procedimiento (APA, 1946) y aún hoy acontece en tantos países (Europa del Este, América Latina, Sudeste asiático, por ejemplo); segundo, que el procedimiento es a la Administración lo que la Constitución al Estado, su norma básica, que acompaña en la transformación de la realidad a las funciones que asume la Administración; tercero, que el procedimiento sirve de correa de transmisión en la Administración de valores fundamentales propios de un Estado democrático de Derecho (racionalidad, control y rendición de cuentas, motivación, participación, transparencia, consenso, etc.); cuarto, que el procedimiento, en cuanto guía de la acción administrativa, facilita la lucha contra la corrupción y la discriminación, ya que hace previsibles y fiables sus decisiones, garantiza la independencia y neutralidad en la aplicación del Derecho, y promueve su conformidad con los derechos fundamentales; quinto, que racionaliza el trabajo administrativo; y, sexto, que el procedimiento se ha mostrado notablemente expansivo en numerosos países, al incorporar, más allá de trámites, derechos o principios procedimentales, parámetros materiales de actuación (igualdad y no discriminación, proporcionalidad, por ejemplo); las normas de acceso a la información administrativa; la teoría del órgano administrativo (creación, competencia, relaciones, etc.); la teoría del acto administrativo y de los vicios; las fuentes del Derecho Administrativo (como en el caso peruano); el asesoramiento de la Administración (como en Japón); actuaciones no vinculantes o Derecho indicativo; sistema de responsabilidad extracontractual (como en el Derecho español); etc.

Pese a ello, y como seguidamente se abunda, la institución del procedimiento administrativo, tal y como se encuentra regulada en la legislación tradicional, ofrece un retrato insuficiente de la realidad.

2. LA DISTANCIA O DESFASE HISTÓRICO ENTRE LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL (PROCEDIMIENTO DE PRIMERA GENERACIÓN) Y LA REALIDAD

El procedimiento constituye, como acaba de notarse, la columna vertebral del Derecho Administrativo y representa la pieza que contiene mayor información genética sobre el Derecho Público en un tiempo

y espacio determinados, como si de una piedra de Rosetta se tratara. La lectura de una Constitución ofrece, sin duda, un extraordinario retrato de la sociedad de su tiempo, pero de ella no se deriva el grado de consecución de los objetivos que persigue, la efectividad y plenitud de los derechos que consagra o de sus mismos contenidos, siempre fijados por la jurisprudencia ulterior. La legislación de procedimiento, por su parte, ayuda, más que ninguna otra institución del Derecho Público, a desvelar, entre otras cosas, los siguientes rasgos o elementos del sistema:

- Las modalidades o clases de Administración actuante (de ordeno y mando o de policía; prestacional o de garantía del resultado prestacional; estructurada jerárquicamente como si de una unidad autárquica se tratara, o en forma de red, abierta a la colaboración interadministrativa y público-privada; etc.).

- La posición real que ocupa el ciudadano en el sistema: si es tratado como un ciudadano mudo, mero destinatario de la acción administrativa, o como un ciudadano activo.

- La organización interna, y el modo de gestión de los asuntos públicos.

- La línea de separación entre el Estado y la sociedad; entre la Administración y el ciudadano.

- El grado de eficacia que se pretende asegurar en la consecución de los objetivos; si el procedimiento se preocupa de la fase de aplicación (supervisión y revisión).

- La forma de limitación y control de la Administración.

- La noción de Estado y de empleado público.

- Las relaciones de la Administración con los demás poderes.

- Eventualmente, la teoría del acto y de los vicios; la teoría de la organización; etc.

Sin embargo, la legislación actual de procedimiento no serviría para retratar a la Administración contemporánea a comienzos del siglo XXI. La Ley española 30/1992, en su regulación del procedimiento,

como tantas otras en el panorama comparado, no es representativa de la realidad actual (véanse cuadros 1 y 2). La lectura de ésta y otras leyes es como la de esas Constituciones que seguían recogiendo el voto censitario pese a haber sido superado en la legislación ordinaria.

Poca información ofrecen sobre una realidad más compleja. Y ello por dos razones fundamentales: porque no da cuenta de otras «vidas» o modos de ser de las Administraciones actuales (a), ni de otras formas de gobierno y regulación que no sean las tradicionales (b).

a) Otras vidas que importan a la institución del procedimiento y que encuentran escaso o nulo eco en las leyes tradicionales:

– La *vida privada de la Administración*: ¿cómo ha de decidir y comportarse la Administración cuando se viste de civil y deja su «uniforme» y actúa como una organización sujeta al Derecho Privado? ¿Qué principios habrían de regir o inspirar esa actuación?

– La *vida pública de entidades privadas que llevan a cabo actividades de interés general*: ¿cómo han de decidir y comportarse los sujetos privados cuando realizan tareas o funciones que se consideran de interés general en relación con terceros? *O de las entidades privadas que participan en la cadena regulatoria*: ¿cómo han de decidir las asociaciones privadas que en régimen de autorregulación establecen los estándares de conducta de los profesionales, de la fabricación de un producto, o de la práctica de un cultivo?

– La *vida exterior de la Administración* (más allá del Estado): ¿cómo han de decidir y comportarse más allá de las fronteras del Estado, y a quién representa, cuando la Administración cruza la frontera?

– La *vida pública de la Administración* cuando no actúa con instrumentos *formales*, imperativos o vinculantes: adopta decisiones informales; aprueba normas de Derecho indicativo o blando («soft law»), como guías o recomendaciones; negocia; busca el consenso; informa (estado de la salud pública o de la economía).

b) Otros modelos de gobierno que subyacen a las distintas generaciones de procedimiento:

Tampoco refleja la legislación tradicional o de primera generación las nuevas formas de gobierno y de regulación administrativas, distintas a las tradicionales, esto es, de los nuevos métodos de dirección, regulación y gobernanza sustentados,

en esencia, sobre una intensa colaboración público-privada e interadministrativa. La legislación de procedimiento muestra una sola clase de Administración (la imperativa o de policía) y un único modelo de gobierno, de arriba hacia abajo (véanse núm. III.1 y cuadros 2 y 3).

En suma, la institución del procedimiento administrativo, en el plano legislativo y doctrinal, se ha mantenido en esencia invariable pese a las profundas transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo.

¿Cómo ha evolucionado el Derecho en esa encrucijada?

– Primero, con una segunda generación de procedimientos, muy incompleta, marcada por la misma idea de una Administración jerárquica, imperativa y autosuficiente (núm. III).

– Segundo, con una emergente tercera generación, basada en formas de colaboración, alejadas de toda autosuficiencia (núm. IV).

III. SEGUNDA GENERACIÓN: NORMAS ADMINISTRATIVAS APROBADAS POR ADMINISTRACIÓN JERÁRQUICA

La segunda generación de procedimientos surge con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX y tiene por objeto la aprobación de normas administrativas infralegales (reglamentos ejecutivos o independientes; planes territoriales o urbanísticos; circulares de organismos reguladores o agencias independientes; ordenanzas locales; etc.). Teóricamente, el procedimiento reglamentario se habría de construir sobre la imagen del proceso legislativo. Ahora bien, como son pocas las reglas que disciplinan la elaboración de leyes, en realidad este procedimiento se acoge en buena medida a la plantilla del proceso judicial¹¹. Se trata, en todo caso, de un proceso decisorio.

[11] Véase E. RUBIN, «It's Time to Make the Administrative Procedure Administrative», 89 *Cornell L. Rev.* 95, 135 (2002).

Con carácter general, señaladamente cuando se trata de la producción normativa —legislación secundaria o subordinada— de las Administraciones de corte ministerial, el procedimiento que disponen las leyes se canaliza a través de un proceso que se desarrolla de arriba hacia abajo, en manos de una Administración jerárquica e imperativa, y con una participación ciudadana que tiene lugar en una fase tardía, cuando la norma está ya por completo prefigurada.

Se trata en la mayor parte de los casos de procedimientos un tanto rudimentarios¹², lo cual no deja de ser paradójico si se tiene en cuenta la trascendencia que la actividad reglamentaria ha adquirido desde la segunda posguerra, tanto por el número de normas infralegales aprobadas en relación con las leyes, como en términos cualitativos a la luz del impacto real que el reglamento cumple en la sociedad postindustrial, en ámbitos como el medio ambiente, la seguridad alimentaria, seguridad pública, salud pública, regulación de los mercados financieros, planeamiento, etc. De ordinario, además, la legislación general se ha concentrado en la aprobación de reglamentos ejecutivos (o de desarrollo de las leyes emanadas del Parlamento), dejando fuera de su consideración la gestación de otras muchas clases de normas administrativas. En ese sentido, sorprende que para la elaboración de una norma reglamentaria de un organismo regulador o de un banco central se puedan exigir los mismos o menos requisitos procedimentales que para la elaboración de un reglamento que se limita a desarrollar una ley previa.

Dentro de esta generación, pueden citarse dos tipos característicos: los procedimientos de elaboración de disposiciones reglamentarias y los que tienen por objeto la gestación del planeamiento urbanístico y territorial.

La legislación tradicional tampoco ha prestado tanta atención a cuestiones que hoy han adquirido una notable importancia, como pueden ser la elaboración de normas no vinculantes (Derecho indicativo, blando o «soft law»); la producción normativa que emana de la autorregulación privada; o las normas, vinculantes o no, construidas más allá del Estado.

Ese estado de cosas comienza a ser corregido a impulsos, entre otros factores, de las múltiples iniciativas tendentes a mejorar las políticas regulatorias, en el

[12] Por ejemplo, *vid.* el art. 24 de la Ley española 50/1997, del Gobierno.

plano interno, regional (europeo) e internacional (señaladamente, de la OCDE y del Banco Mundial).

IV. TERCERA GENERACIÓN: ACTOS, NORMAS Y, EN GENERAL, POLÍTICAS PÚBLICAS ELABORADOS EN EL ENTORNO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GOBERNANZA

Por contraste con los procedimientos de primera y segunda generación, en otros escenarios, la Administración no es autárquica, puesto que no lo sabe todo, ni lo puede todo, y, en consecuencia, necesita de las demás Administraciones, y del sector privado para realizar numerosas políticas públicas. Cuando la magnitud de los problemas excede la talla de una determinada Administración o de la del Estado, y/o cuando las cuestiones que han de afrontarse están marcadas por la incertidumbre, entre otras razones, es necesario colaborar y gobernar de un modo diferente al tradicional. Así surge lo que puede denominarse como «gobernanza», en tantos ámbitos y sectores como el medio ambiente, la regulación de los mercados financieros, la salud pública, la energía, la seguridad pública, etc.

1. LAS COORDENADAS DE LAS NUEVAS FORMAS DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN: LA GOBERNANZA ADMINISTRATIVA, COMO PRESUPUESTO Y ENTORNO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE TERCERA GENERACIÓN

El sistema de producción normativa y de gobierno heredados del Estado liberal del siglo XIX se caracteriza por tres notas: primero, el Derecho emana de un único centro; segundo, el curso del proceso regulatorio desciende de arriba hacia abajo; y, tercero, la Administración se concibe a sí misma como una organización destinada a ejecutar o aplicar la ley, haciendo uso de técnicas coercitivas (cuadro 3).

Ese sistema se asienta en la premisa de que la ley formal todo lo contempla. A partir de ese postulado, se construye el edificio:

– El Estado es el único «productor» de normas y la regulación tiene, en consecuencia, carácter estado-céntrico.

– La Administración se estructura jerárquicamente y actúa de modo imperativo para llevar a su debido efecto lo establecido en la norma.

– Las leyes se resuelven en órdenes o mandatos positivos y en prohibiciones.

– La regulación se articula en torno a dos fases netamente diferenciadas: la *creación* de la norma y su *aplicación*. Se fundamenta, por tanto, en el binomio «programación-ejecución». La primera, reservada al Parlamento, y la segunda a la Administración. La discrecionalidad —en virtud de la cual el legislador difiere a la Administración la respuesta o la decisión— tiende a concebirse en el plano teórico como algo excepcional, un privilegio a reducir y «combatir»¹³.

Esta forma de legislar y administrar ha perdido su monopolio, como consecuencia de las profundas transformaciones del Estado y Administración contemporáneos¹⁴, consecuencia inmediata, entre otros factores, de la apertura de tres fronteras celosamente guardadas durante largo tiempo¹⁵.

a) La primera es la caída del muro que divide el plano nacional y el supranacional. La Administración y el Derecho Administrativo ya no son sólo ni exclusivamente «estatales». La acción exterior de las Administraciones nacionales ha crecido exponencialmente. A ello se añade la existencia más allá del Estado de una variada gama de organismos reguladores, públicos, privados y mixtos, con efectos

[13] Para mayor abundamiento, me remito a mi trabajo «Introducción. Reforma e innovación del procedimiento administrativo», en *La transformación del procedimiento administrativo*, *cit.* (nota 6), pp. 31 y ss.

[14] Sobre el tema, véanse las dos primeras obras colectivas citadas en nota 6.

[15] Sobre este tema, y para mayor desarrollo de cuanto aquí se dice, me remito a mi trabajo «Towards a Third Generation of Administrative Procedure», en *Comparative Administrative Law*, Edited by Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth, Edward Elgar Publishing, Yale, 2011.

multiplicadores para las políticas públicas nacionales. Al fin y al cabo, las políticas relevantes ya no son sólo «nacionales» o «domésticas»¹⁶.

b) La disolución de la segunda frontera —la que separaba lo público y lo privado— tampoco ha pasado desapercibida. La permeabilidad entre ambas esferas resulta no menos trascendente. El Estado y la sociedad, la Administración y el ciudadano no constituyen ámbitos aislados que nunca se tocan; la Administración no define en solitario en tantos sectores lo que al interés general conviene: si un medicamento es apto para el consumo humano; cuál sea la mejor tecnología disponible; o el plan de estudios más adecuado. Ni el sector privado puede vivir, desinteresado, a espaldas de la regulación. Hoy día la Administración y la sociedad tienden a actuar de consuno, como socios que se necesitan. La co-regulación y la autorregulación no son sino dos manifestaciones más de las nuevas estrategias regulatorias en las que se implica activamente al sector privado¹⁷.

c) La tercera frontera que parece relativizarse es la que distinguía la formulación de las políticas, de su gestión posterior; la creación del Derecho, de su aplicación. Las rígidas fases en que se escalonaba el proceso regulatorio —la creación de reglas sustantivas a cargo del legislador, primero, y, más tarde, su aplicación, confiada a la Administración— parecen desdibujarse en numerosos sectores, como consecuencia de la incapacidad de la ley para anticiparse a la realidad y dirigir en consecuencia la acción administrativa en los términos en que tradicionalmente era concebida esa vinculación o sometimiento. En tantos casos, la Administración ya no encuentra en la ley la receta a aplicar. Si la ley no puede definir cuáles sean las sustancias químicas peligrosas, el crecimiento sostenible en cada caso, los estándares técnicos que hayan de seguirse para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, por dónde, en qué forma y con qué usos constructivos ha de crecer la ciudad, o qué determinaciones se han de adoptar para asegurar la competitividad de un concreto mercado de las telecomunicaciones, por ejemplo, habrá de idear, en compensación, mecanismos, foros y reglas para hallar la solución correcta, en términos de eficacia, de legitimidad democrática y de control. Entre otros mecanismos, el legislador establece procedimientos cualitativamente distintos a los tradicionales, a través de los cuales dirige a la Administración y asegura la búsqueda de la solución más adecuada.

[16] Véase, a título de ejemplo, JAVIER BARNES, «Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del siglo XX», *Revista de Administración Pública*, núm. 173, Madrid, mayo-agosto 2007, pp. 293-315, señaladamente pp. 303 y ss.

[17] Véase, por ejemplo, el Acuerdo interinstitucional del Parlamento, Consejo y Comisión - «Legislar mejor» [Diario Oficial C 321 de 31.12.2003], arts. 18-23. Para mayor abundamiento, véase la Parte Segunda, núm. I.

A través de ellos, y en un proceso continuo, se establece la regla o el criterio; se aplica y proyecta en la práctica; se vigilan y supervisan las consecuencias o efectos que genera; se modifica o revisa la regla en función del resultado deseado, como si se tratara, no de una foto fija, sino de una imagen en movimiento. El proceso regulatorio se concibe como un ciclo constante, en permanente movimiento.

La Administración (los bancos centrales, la agencia europea del medicamento, el organismo regulador en materia de telecomunicaciones o energía, o la Administración medioambientalmente responsable, por ejemplo) adquiere en consecuencia una mayor responsabilidad y protagonismo, puesto que su papel se aleja de la mera ejecución de una previa ley material que programe y predetermine su acción en términos condicionales (si concurre tal presupuesto de hecho, la acción a tomar o consecuencia habrá de ser la específicamente determinada).

d) La apertura de esos nuevos espacios, como si de la liberación de un gas se tratara, expande el Derecho Administrativo. La quiebra de esas fronteras o líneas divisorias abre, en efecto, nuevos territorios que son colonizados por nuevas formas de gobierno y regulación (cuadro 3). El modo tradicional de gobierno se había construido sobre la impermeabilidad de esas fronteras (global-nacional; público-privado; creación-aplicación). El *nuevo* Derecho Administrativo no es sólo nacional o supranacional, sino global; no es sólo Derecho Público, sino también privado; no es ya sólo el Derecho que controla la aplicación administrativa de las leyes y regula los instrumentos de que ésta se sirve, sino el que guía la creación de normas, reglas y soluciones y, más ampliamente, la realización de las amplias políticas públicas que a la Administración contemporánea se le confían.

Si, en efecto, el Derecho Administrativo deviene global, interactúa con el sector privado y se ocupa de la dirección de las nuevas políticas públicas a través de procesos regulatorios mucho más complejos, será necesario organizar las cosas de otro modo. Esa necesidad da lugar a nuevos modelos o modos de gobernanza para regular la salud pública, la seguridad aérea o alimentaria, los mercados financieros, las telecomunicaciones o los servicios en el marco de la Unión Europea. Y ahí el procedimiento tiene un protagonismo especial. De entrada, ha de abandonar su molde procesal para desempeñar nuevas y más altas funciones: la elaboración de normas, públicas o privadas con relevancia pública, vinculantes o no; la dirección, guía o asistencia en las nuevas políticas públicas en las que la ley no ha establecido la solución material, sino que difiere su hallazgo al procedimiento.

2. LA FUNCIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL MARCO DE LA GOBERNANZA ADMINISTRATIVA: EL PROCEDIMIENTO COMO INSTRUMENTO DE DIRECCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN POR PARTE DEL PARLAMENTO, Y DE DIRECCIÓN DEL SECTOR POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

El procedimiento aquí no opera como una mera herramienta para la correcta aplicación del Derecho material, ni persigue preferentemente controlar la discrecionalidad administrativa en sentido defensivo o *ex post*, como acontece en la primera generación. En escenarios en los que la Administración no cuenta con un conjunto de soluciones preparadas por el legislador, a modo de instrucción, hoja de ruta o receta, la institución del procedimiento cumple una finalidad de *dirección*, y no es ya un simple mecanismo de aplicación del Derecho, sino un espacio de creación e innovación jurídicas, de búsqueda de soluciones. El procedimiento se erige en el foro donde hallar la solución. Satisface así una función de guía y dirección de carácter positivo, previo y sistemático, puesto que es capaz de condicionar *ex ante* y predeterminar a su través la acción administrativa futura en un doble sentido:

a) Primero, porque el Parlamento dirige la acción administrativa en la medida en que decide cómo ha de decidir la Administración, precisamente en aquellos ámbitos en los que la ley no puede anticiparse a la realidad, esto es, cuando el Parlamento no puede diseñar un programa de actuación concreto y determinado. Así, por ejemplo, el legislador no sabe si se podrá autorizar un futuro medicamento para el consumo humano, pero sí puede decidir cómo habrá de tomarse esa decisión: mediante el consenso de una red de científicos; sin la presencia de los laboratorios farmacéuticos, esto es, entre otras cosas, mediante reglas de procedimiento.

b) Segundo, porque la Administración dirige el sector mediante la exigencia de normas de procedimiento aplicables a los restantes actores, públicos o privados, que participan en el proceso regulatorio. Así, por ejemplo, la Administración puede supervisar si los códigos de conducta establecidos a través de la autorregulación sobre la prestación de cada servicio económico a escala europea se han formulado con la suficiente representatividad, consenso y transparencia, elementos éstos con una clara dimensión procedimental (véase la Parte Segunda).

Pues bien, las reglas de procedimiento tienen mucho que decir en la elaboración y desarrollo de estas nuevas políticas públicas (cuadro 3). Al procedimiento le preocupa satisfacer muchas de las necesidades que aquéllas demandan: una mayor responsabilidad del ciudadano en la gestión del procedimiento (v. gr.: instrucción del procedimiento en los supuestos de licencias medioambientales; comunicación de la actividad proyectada *versus* autorización en el ámbito de la prestación de servicios, por ejemplo), pasando por el constante intercambio de información entre Administraciones a todos los niveles, la evaluación de las distintas opciones o alternativas, el análisis de impacto regulatorio o de coste-beneficio, hasta la supervisión de las decisiones adoptadas y su modificación cuando se detecte la desviación de los objetivos propuestos, etc.

3. ALGUNAS NOTAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE TERCERA GENERACIÓN (CUADROS 4 Y 5)

a) *Estructura flexible, reticular o abierta, y no sólo lineal.* Cuando hablamos de procedimientos administrativos de tercera generación no hacemos referencia necesariamente a un proceso *lineal*, secuencial y sucesivo conducente a una decisión, como sucede tradicionalmente en la primera generación.

De entrada, puede tratarse de procedimientos completos (por ejemplo, el procedimiento para la evaluación estratégica ambiental); de procedimientos compuestos o escalonados en los que intervienen diversas Administraciones nacionales y supranacionales (como acontece en muchos supuestos en el ámbito europeo)¹⁸; o de componentes aislados, tales como un «trámite» (conferencia o foro de discusión de todas las Administraciones implicadas y el sector privado, por ejemplo); un principio (transparencia y representatividad en los procedimientos privados de establecimiento de normas o estándares técnicos en el ámbito de la autorregulación, por ejemplo); un derecho (a participar, aunque no se sea interesado, y entablar un diálogo con la Administración responsable del procedimiento, por ejemplo); etc.

[18] Véase H. C. RÖHL, «El procedimiento administrativo y la Administración ‘compuesta’ en la Unión Europea», en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, capítulo tercero.

b) *Presencia en todas las fases del ciclo.* Además, esos componentes procedimentales pueden hallarse en cualesquiera de las distintas fases en que puede descomponerse el ciclo de la política pública de que se trate: la construcción de prioridades o fijación de agenda; análisis, evaluación, debate y discusión sobre las diversas alternativas; aprobación; aplicación; supervisión y modificación. Mientras los procedimientos administrativos de primera generación se limitan a aplicar la ley y en consecuencia adquieren una estructura característica, propia de los procesos de aplicación del Derecho, en la tercera, por el contrario, se trata de hallar una solución no escrita, de establecer una nueva regla, estándar o criterio, y de hacerlo además entre todos, pues todos son necesarios, y sin que tenga el producto final (norma, estudio, evaluación, recomendación o acto administrativo singular, por ejemplo), un carácter definitivo, ya que se trata de ámbitos y sectores marcados por la incertidumbre y el constante cambio y aprendizaje. La luz verde para volar ante la erupción de un volcán y la expulsión de cenizas puede cambiar a cada instante; como también la autorización ambiental o la licencia para comercializar un producto farmacéutico. Nos movemos, en otras palabras, en escenarios mucho más complejos.

c) *Pluralidad de sujetos públicos y privados.* En ese proceso participan no sólo las Administraciones territoriales y organismos reguladores investidos de autoridad, sino también otros actores, como entidades y empresas del sector público (sociedades sujetas al Derecho Privado, por ejemplo); el sector privado en régimen de autorregulación (normalización de productos, por ejemplo); el sector privado en el desempeño o prestación de servicios de interés general (sectores regulados); las organizaciones privadas subvencionadas (organizaciones no gubernamentales, por ejemplo); contratistas de la Administración; el público; entre otros. Los procedimientos de tercera generación se extienden, con las necesarias adaptaciones, por esos territorios, en la medida en que cada actor contribuye de alguna manera al conjunto (cfr. Parte Segunda).

Ello significa, en síntesis, que el procedimiento se extiende no sólo a las *Administraciones públicas* (territoriales, organismos reguladores o agencias independientes) cuando actúan predominantemente en modo cooperativo (i), sino también al *sector privado* en cuanto se inscribe en el proceso regulatorio (autorregulación, sectores regulados, actividades subvencionadas, incluso actividades meramente privadas —gobernanza corporativa—, etc.) (ii), y al *sector público* (empresas y entidades públicas) (iii).

— Así, y a mero título de ejemplo, el procedimiento se ocupará de resolver, en el primer caso (i), los problemas de intercambio de información entre las Administraciones actuantes, y entre éstas y el público o los interesados (procedimientos de evaluación estratégica ambiental; procedimientos de los organismos regulado-

res en materia de telecomunicaciones; etc.); o de la forma de hallar un consenso entre los expertos (procedimientos de aprobación para el consumo humano de un medicamento, por ejemplo).

– En el segundo (ii), el procedimiento se proyecta para asegurar, por ejemplo, la transparencia del sector privado en la toma de decisiones que afectan a los interesados, consumidores o usuarios (mediante la publicidad, el acceso a la información, o la sujeción a los principios de la contratación administrativa); o para garantizar la representatividad de todos los productores o prestadores de servicios en el ámbito de la autorregulación, entre otras cosas (cfr. segunda parte).

– En el tercer supuesto (iii), las exigencias procedimentales pueden referirse igualmente a la transparencia en la toma de decisiones, a la publicidad de sus actividades y presupuesto, a la observancia y control de los principios de igualdad, no discriminación y proporcionalidad, al respeto de los principios de la contratación pública, etc.

El procedimiento de tercera generación es, pues, *público y privado*; sirve de correa de transmisión de los valores que encierran los principios constitucionales estructurales (principio democrático, Estado de Derecho, eficacia); y cumple una función sustantiva: participar activamente en el proceso regulatorio en modo o clave de cooperación.

d) *La decisión final pierde la centralidad y protagonismo.* La presencia en todas las fases, y no sólo en la toma de decisiones, expande el radio de acción. Los procedimientos de tercera generación, por de pronto, comprenden procesos decisorios (decisiones singulares, normas infralegales), y no decisorios (análisis, obtención e intercambio de información, acciones de supervisión y vigilancia, por ejemplo). En los procedimientos de primera y segunda generación el eje pivota en torno a la decisión final (acto definitivo, reglamento, paradigmáticamente). En los de tercera, importa ante todo el camino en sí (la obtención de la información necesaria para aprobar o no la comercialización de un producto farmacéutico, por ejemplo), hasta el punto de que ahí radica su diseño y estructura, su razón de ser.

– Entre los procedimientos decisorios de tercera generación que tienen por objeto resoluciones singulares se pueden citar los procedimientos simplificados de la Directiva de Servicios de 2006¹⁹, en la medida en que esta norma aboga por la mera comunicación de la actividad proyectada, lo que supone, primero, una

[19] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [Diario Oficial L 376 de 27.12.2006. Para una introducción, *vid.* http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/job_creation_measures/l33237_es.htm.

transferencia al ciudadano de la responsabilidad de observancia de la legalidad, con los costes que ello implica, y, en segundo lugar, una colaboración interadministrativa en el espacio europeo sumamente avanzada (simplificación del procedimiento significa de ordinario un trabajo técnicamente más elaborado y refinado por parte de la Administración).

– Pero el procedimiento de tercera generación se preocupa también por la elaboración de normas reglamentarias, tales como la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico con una participación y diálogo entre Administraciones y el público más intenso y efectivo; la elaboración de las circulares de un organismo regulador en materia de telecomunicaciones, en una forma más participada o con una iniciativa mayor en manos de los operadores para hacer propuestas; la elaboración de documentos de Derecho indicativo o «soft law» (manuales, recomendaciones, vademécum, revisión por pares, etc.); reglas de representatividad de los sujetos privados dentro de la autorregulación cuando elaboran normas técnicas; etc.

– Son numerosas, y en ocasiones más relevantes, las fórmulas, criterios o principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones, tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información²⁰, consultas para identificar las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos; la prestación de un servicio, como el sanitario o médico²¹; etc.

[20] Por ejemplo, en lo que hace a la CMT, responden a esta idea del procedimiento como intercambio de información los requerimientos de información de carácter formal a que se refiere el art. 9 LGT; los requerimientos informales de información por cualquier medio (correo electrónico, teléfono); el intercambio de información sin requerimiento (entre organismos reguladores, por ejemplo, a través del *European Regulatory Group* o cualquier otro foro) y comunicaciones constantes de los operadores hacia el organismo regulador (sin requerimiento previo); las consultas de la CMT a todos los operadores; etc.

[21] *Vid.* JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Un modelo de procedimiento administrativo para las prestaciones de servicios o materiales. El ejemplo de la prestación de asistencia sanitaria», en *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, España, 2008.

V. TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, TRES «TEORÍAS GENERALES»

La manera en la que nosotros pensamos el procedimiento está muy lejos de corresponderse con la manera en la que se llevan a cabo o cursan los procedimientos en la realidad. Hay modelos muy diferentes —generaciones, aquí llamadas— que, sin embargo, se explican a la luz de una escasa y única teoría que tan sólo da cuenta, y muy parcialmente, de uno de esos modelos.

Con la expresión, conscientemente exagerada, que encabeza el presente epígrafe, se quiere llamar la atención sobre la necesidad de distinguir y matizar, hasta donde sea necesario, cada uno de los pilares o elementos del procedimiento administrativo clásico. La instrucción del procedimiento, la participación, la motivación de las decisiones, los vicios del procedimiento (mucho más exigente en la última generación), la estabilidad y conservación del producto final, y tantas otras cosas no admiten una consideración unitaria y uniforme.

Veámoslo, a mero título de ejemplo, con la transparencia.

Aquí, como en otros elementos, no se puede hablar de «la» transparencia, sino de «las» diversas formas de transparencia, según el tipo de procedimiento de que se trate y, en última instancia, de acuerdo con las distintas formas o modos de regulación y administración en que aquél se inscriba. La transparencia constituye, en ese sentido, un fenómeno transversal que recorre y atraviesa el terreno de las tres generaciones.

En lo que aquí interesa —la modulación o proyección de la transparencia en los procedimientos administrativos—, cabe apreciar una diversa fisiología y finalidad en cada generación, y, dentro de ésta, en cada subtipo o especie. En otras palabras, el derecho de acceso a la información administrativa, cuando menos en el marco del procedimiento, no es reconducible a la unidad, a un régimen unitario, puesto que, según se inserte en una u otra generación y especie, responderá a funciones y estructuras diversas. Una cosa es, por ejemplo, el acceso a la información administrativa con fines de defensa de los propios derechos e intereses, y otra, muy distinta, el acceso a la información medioambiental del público como instrumento de supervisión y control de la legalidad medioambiental y, más ampliamente, de la política en materia de medio ambiente, o el derecho de acceso a

la información para su reutilización. Son magnitudes diferentes, sin perjuicio de que participen de raíces y fundamentos comunes.

— Así, la transparencia, en buena parte de los procedimientos de aplicación del Derecho material o de primera generación, se expresa, por ejemplo, en el derecho de acceso al expediente en que se articula el procedimiento, o en el acceso a otros expedientes análogos para su contraste o comparación; así como en una motivación adecuada de la decisión adoptada. Presenta una evidente vertiente defensiva. El acceso a la información, en efecto, permite diseñar una estrategia defensiva frente a actos administrativos potencialmente de gravamen o restrictivos de derechos. En otros casos, por el contrario, como acontece en los procedimientos de carácter o contenido prestacional, la transparencia asegura el ejercicio de otros derechos, como en materia de medio ambiente. La información facilita la elección. Así, por ejemplo, el procedimiento de solicitud de información ambiental, si desemboca en la entrega de la información requerida, podrá permitir el control y la supervisión de la acción administrativa y del sector privado, y actuar en consecuencia. El ciudadano se convierte en un eventual agente fiscalizador del respeto al medio ambiente. La transparencia aquí constituye un instrumento regulatorio: el público como sujeto activo, al que se le reconoce la acción popular²². Otro supuesto lo constituye el procedimiento de solicitudes de reutilización de documentos administrativos (información social, económica, geográfica, meteorológica o turística y sobre empresas, patentes y educación), sea o no con fines comerciales, y cuyo objetivo radica en asegurar un mercado interior en el acceso a materia prima tan esencial, como es la información administrativa, en condiciones equitativas, proporcionadas y no discriminatorias. La transparencia en el procedimiento de autorización y de puesta a disposición del documento asegura esas condiciones y la observancia de las normas de la competencia²³.

En suma, cuando se trata de un procedimiento que puede desembocar en un acto potencialmente limitativo, acordado por una Administración imperativa, la transparencia contribuye a la defensa individual. Cuando, por el contrario, estamos ante procedimientos con un cierto carácter prestacional —como el de acceso a la información medioambiental o el de reutilización de la información administrativa—, la transparencia cumple otras finalidades de naturaleza regulatoria, esto

[22] *Vid.*, por ejemplo, los arts. 20 y ss. de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

[23] Cfr. Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, arts. 10 y ss., así como la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público.

es, como instrumento de control y supervisión; y de garantía de la competencia en el mercado único del bien en cuestión, como sucede en el caso europeo.

– En los procedimientos de segunda generación, y habida cuenta de que se trata de procesos que siguen un curso de arriba hacia abajo o de secuencia jerárquica, y en los que la Administración sabe lo que quiere (por ejemplo, tiene clara la filosofía que ha de presidir un anteproyecto de ley, el desarrollo reglamentario que ha de darle a una concreta ley, o el contenido de un plan urbanístico, por ejemplo), la transparencia garantiza el conocimiento anticipado de lo perseguido y, por consiguiente, la defensa y participación del colectivo afectado y, en su caso, la búsqueda del consenso. Sirve además, en un sentido más amplio, como presupuesto o nutriente del derecho a ser informado.

– En la tercera generación, la transparencia cumple funciones diversas y heterogéneas, como heterogéneos son los procedimientos o elementos procedimentales que conviven bajo esa rúbrica. Si el entorno y hábitat en el que éstos viven reside en la colaboración (sea entre Administraciones y/o con el sector privado), la transparencia representa aquí el aire que respira el entero proceso, el presupuesto inexcusable para que una tal colaboración pueda producirse, máxime, primero, cuando ésta se extiende a todas las fases del ciclo de las diversas políticas públicas (fijación de prioridades y agenda; determinación de las líneas básicas; ponderación de las diversas opciones; aprobación definitiva; constante revisión sobre su efectividad; modificación); y, segundo y no menos importante, cuando intervienen una multiplicidad de sujetos o actores, públicos y privados, insertos en una red o proceso regulatorio. La transparencia se convierte entonces en la lengua franca que permite la participación de todos. A ello se añade que cada actor estatal o no estatal, todo agente público o privado, en cuanto participantes en el proceso regulatorio, ha de ser objeto de control, ha de rendir cuentas de modo continuado, para lo que la transparencia relativa a esa función regulatoria resulta ser un presupuesto inexcusable.

A partir de ahí la transparencia puede adoptar una multiplicidad de expresiones, en virtud de las especies o subtipos de procedimientos —o elementos procedimentales— de tercera generación. Se trata de deberes u obligaciones que se sustancian a través de reglas de procedimiento:

– Administraciones territoriales en modo cooperativo (colaboración interadministrativa y público-privado): por ejemplo, la transparencia en la evaluación estratégica ambiental hace viable la participación del público y de las Administraciones interesadas, representa la sangre que circula por el entero sistema. El acceso a la información en el marco del procedimiento de evaluación estratégica ambiental posibilita una decisiva participación del público en general y de otras Administraciones. En ese sentido, entraña una forma de corresponsabilidad de

los sujetos participantes en el proceso regulatorio. El acceso a la información responde aquí, de nuevo, a una estrategia regulatoria: el público, y otras Administraciones, podrán impedir opciones políticas (por ejemplo, centrifugar una zona verde) por parte de las Administraciones responsables que sean contrarias a un crecimiento sostenible, en la forma en que éste haya sido apreciado en el curso del procedimiento.

– Sector público sujeto al Derecho Privado: por ejemplo, la publicidad del gasto realizado, la motivación de las decisiones adoptadas, o la contratación de acuerdo con los principios de la contratación pública y su inherente transparencia pueden servir como instrumento de control.

– Sector privado en régimen de autorregulación: en la medida en que ostenten un poder delegado (para establecer, por ejemplo, el código de conducta de una profesión, o las normas técnicas de elaboración de un producto), la transparencia asegura la fiabilidad y representatividad de los intervinientes, a fin de garantizar que ningún sector o empresa dominante impone sus propios criterios.

– Sector privado en el desempeño de servicios públicos o actividades de interés general («sectores regulados»): la transparencia permite elegir al consumidor e invertir con conocimiento de causa. De ahí la necesidad del acceso de la información en manos de estas compañías, y la obligación de difundir e informar tanto al público como al organismo regulador, señaladamente de aquellos extremos que afecten a la esencia del servicio: universalidad, precio razonable y calidad. En la medida en que el sector privado participa en el proceso regulatorio, mediante la prestación de servicios de interés general, resulta exigible la aplicación de las normas de acceso a la información administrativa, aunque ésta deba serlo por analógica y ajustada a la flexibilidad propia del Derecho Privado.

Otro ejemplo lo constituye la transparencia en la contratación que realizan, se sujete o no a los principios de la contratación administrativa; etc.

– Actividades de entidades privadas, con o sin ánimo de lucro, que sean subvencionadas con fondos públicos (investigación, economía, cultura, educación, cooperación, asistencia, etc.): la transparencia podrá manifestarse en la publicación de los beneficiarios y los motivos de la adjudicación, la cuantía de las subvenciones, su destino y justificación final, etc.

– Contratistas de la Administración: la transparencia puede servir, respecto de terceros, para informar sobre el servicio; como modo de control y garantía de respeto de los valores y derechos constitucionales, tales como la igualdad y no discriminación, proporcionalidad, y, según los casos, respeto al medio ambiente y a la vida, protección de la infancia, de la salud, etc.

El fundamento último que justifica la aplicación de los principios y valores del procedimiento administrativo, con las necesarias adaptaciones desde luego, radica en que esas actividades, aunque sujetas al Derecho Privado, en realidad se integran en un único y complejo proceso regulatorio. El Derecho Privado opera aquí como un instrumento de colaboración e interacción con el Derecho Público, no como un puerto franco o una zona exenta de los valores y principios que acompañan a la regulación, gobierno y administración. El sector privado ha comenzado a desempeñar en las últimas décadas relevantes funciones públicas y numerosas actividades económicas de interés general, que antes correspondían a la Administración. Es lógico esperar que las garantías y deberes hacia los ciudadanos que incumbían a la Administración cuando realizaba por sí misma esas tareas se desplacen ahora hacia los actores no estatales cuando se integran en ese proceso regulatorio (cfr. segunda parte).

CUADRO 1
**CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
TRADICIONAL Y DÉFICITS QUE PRESENTA**

	NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL	ALGUNOS EJEMPLOS DE LOS DÉFICITS DE LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL
ÁMBITO DE APLICACIÓN	El <i>ámbito subjetivo</i> de la legislación se circunscribe a las Administraciones públicas y a las entidades de Derecho Público «cuando ejerzan potestades administrativas» (art. 2.2).	La legislación tradicional de procedimiento no contempla, por ejemplo, la acción administrativa sujeta al Derecho Privado.
CONCEPTO	<p>El procedimiento administrativo constituye un <i>proceso decisorio</i>:</p> <p>El procedimiento tiene por objeto la adopción de decisiones (que habrán de desembocar en actos, contratos o normas).</p> <p>En otras palabras, el procedimiento clásico nace ligado a supuestos y situaciones específicas a las que pretende dar respuesta.</p>	<p>Por tanto, quedan fuera de su consideración, por ejemplo, aquellos procedimientos que no están diseñados, al menos de modo directo, para concluir en la adopción de una concreta decisión, puesto que su objeto consiste más bien en la obtención y tratamiento de la información (ejemplos: procedimientos de control de subvenciones; procedimientos de elaboración de la cartografía medioambiental; etc.).</p> <p>Tampoco caen dentro de la definición del procedimiento como proceso decisorio las actividades y prestaciones materiales que lleva a cabo la Administración (asistencia social, mediación, etc.).</p>
ESTRUCTURA Y MORFOLOGÍA	<p>Es un <i>proceso formal</i>:</p> <p>La legislación regula la actividad administrativa que se sujeta a un procedimiento formalizado cuyo objeto final es, igualmente, una decisión formal (acto, contrato, reglamento).</p> <p>Presenta una estructura lineal, secuencial y sucesiva.</p>	<p>Ello excluye, por ejemplo, la acción administrativa no formalizada (negociaciones previas y tratos preliminares, consultas, asesoramiento, etc.); la elaboración de los instrumentos de carácter no vinculante (mecanismos de Derecho indicativo o <i>soft law</i>: recomendaciones, interpretaciones, guías, etc.).</p> <p>Puede presentar otras estructuras (en forma de red) o representar elementos o componentes de procedimiento aislados.</p>
PRODUCTO TÍPICO DEL PROCEDIMIENTO	El <i>producto</i> característico de la legislación de procedimiento es el acto administrativo singular (en particular, de gravamen).	El reglamento, por ejemplo, ocupa un lugar muy secundario (salvo excepciones, como en la Ley federal norteamericana de procedimiento).

<p>FINALIDAD DE APLICACIÓN NORMATIVA / CREACIÓN DEL DERECHO</p>	<p>El procedimiento constituye un instrumento para la correcta <i>aplicación</i> del Derecho material. El procedimiento administrativo posee una función secundaria respecto del Derecho sustantivo. Si la resolución final es conforme con la legalidad, la infracción de procedimiento carece de relevancia en muchos casos.</p> <p>El procedimiento, inserto en la clásica división entre la <i>creación</i> del Derecho y su <i>aplicación</i>, se concibe esencialmente como un instrumento al servicio de la segunda.</p>	<p>No tiene en cuenta, por ejemplo, el procedimiento como foro para la <i>creación</i> o búsqueda de la mejor solución no predeterminada por la ley (plan urbanístico; evaluación estratégica ambiental; etc.).</p> <p>El procedimiento no acompaña el ciclo completo de las políticas públicas.</p> <p>En la legislación tradicional, no se contempla el procedimiento como un mecanismo que se extiende a todas las fases: preparación de la política pública; establecimiento de prioridades; toma de decisiones; desarrollo; aplicación; revisiones y modificación; control; etc.</p>
<p>ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN</p>	<p>La única actividad de ejecución o de aplicación del Derecho que se recoge es la ejecución forzosa. Se parte de la premisa de que las fases de creación y de aplicación se hallan rígidamente separadas.</p>	<p>No se hace referencia a la búsqueda del consenso o a la cooperación público-privada, en la ejecución y desarrollo de la norma; no se regula, ni parece formar parte del procedimiento, la supervisión o control de las decisiones adoptadas (por ejemplo, autorizaciones provisionales; los efectos indeseados o no previstos de una evaluación medioambiental, etc.).</p>
<p>ACCIÓN ADMINISTRATIVA INTERIOR / EXTERIOR</p>	<p>La legislación de procedimiento mira «hacia adentro».</p>	<p>Descuida las relaciones interadministrativas en el plano europeo e internacional.</p>
<p>CANALES DE COMUNICACIÓN ADMINISTRACIÓN - CIUDADANO</p>	<p>La <i>comunicación</i> entre la Administración y el ciudadano se encuentra definida en términos muy estrechos. La posición de los interesados y de sus derechos e intereses, amparada por la seguridad jurídica, de un lado, y la de la Administración, defensora en exclusiva de los intereses generales, de otro, están definidas de un modo rígido y distante.</p> <p>En consecuencia, la instrucción del procedimiento se realiza de oficio, con un carácter un tanto paternalista.</p>	<p>No se regula la instrucción practicada por el sujeto privado (como sucede, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente).</p>

<p style="text-align: center;">DIVISIÓN DE PODERES</p>	<p>Comprensión del <i>principio de separación de poderes</i>, como sinónimo de funciones rivales.</p> <p>Desde la estrecha comprensión tradicional del principio de división de poderes, el ejecutivo (un término que en tantos sistemas jurídicos sirve para designar al Gobierno y a la Administración) se limita a «ejecutar» y a «administrar», y, en consecuencia, no formula políticas públicas. Como se trata tan sólo de eso, de aplicar, el procedimiento adquiere una estructura a imagen y semejanza del proceso, bien sea con la rúbrica norteamericana del <i>due process</i>, de la británica <i>natural justice</i> o francesa de los «derechos de defensa».</p>	<p>Las tres funciones son <i>complementarias</i> y aliadas:</p> <p>Las nuevas formas de dirección y gobernanza se alejan de ese reduccionismo y reclaman una comprensión del procedimiento que no responda a una estructura procesal para abarcar el ciclo completo de la política pública.</p>
<p style="text-align: center;">VERTIENTE DEFENSIVA / ACTIVA</p>	<p>El procedimiento opera como un mecanismo de control del poder:</p> <ul style="list-style-type: none"> – que las decisiones sean imparciales; – que sean adoptadas por el órgano competente; – que se respeten los derechos de los ciudadanos. 	<p>El procedimiento representa un instrumento de <i>dirección</i> del poder:</p> <ul style="list-style-type: none"> – que las decisiones discrecionales sean razonables y eficaces, las mejores posibles; – que se condicionen y enmarquen dentro de una sólida participación y transparencia; – que ponderen todos los bienes, derechos e intereses en presencia.
<p style="text-align: center;">RIGIDEZ/ FLEXIBILIDAD DE LOS ELEMENTOS DEL PROCEDIMIENTO</p>	<p>Los procedimientos son «duros» y rígidos. Se establecen requisitos muy poco flexibles, por ejemplo, sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> – el alcance de la participación y momento en que se produce; – los canales de participación y la forma de intercambio de información; – el modo y la forma en que ha de tomarse la decisión 	<p>Resultan escasos los requisitos procedimentales de carácter «blando» y flexible. Por ejemplo, para conseguir una:</p> <ul style="list-style-type: none"> – comunicación abierta; – participación fluida; – deliberación basada en la búsqueda del consenso.

Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

CUADRO 2

MODELO DE ADMINISTRACIÓN QUE SUBYACE A LA LEGISLACIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL

	MODELO DE ADMINISTRACIÓN DE LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	ALGUNOS EJEMPLOS DE MODELOS DE ADMINISTRACIÓN IGNORADOS EN LA LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
MODELO BÁSICO DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	La Administración característica de la LPA es la propia de la actividad administrativa de policía (orden y seguridad públicas), o, más ampliamente, la de una Administración que actúa con «imperium».	Otras formas y modalidades de Administración son ignoradas: por ejemplo, la Administración que garantiza la prestación en el ámbito de la autorregulación regulada; la Administración que coopera con los sujetos privados; la Administración que trabaja en común con otras Administraciones en el espacio europeo e internacional; la Administración prestacional; la Administración mediadora; etc.
ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN	Es una Administración jerárquica, cerrada y piramidal. Está diseñada para transmitir órdenes e información de arriba hacia abajo.	No contempla la Administración en red que coopera horizontal y verticalmente con otras Administraciones; los organismos reguladores de los sectores regulados; etc.
TÉCNICAS COERCITIVAS	La legislación de procedimiento concibe a la Administración como una organización que dicta resoluciones unilaterales y obligatorias, acompañadas de técnicas coercitivas.	La Administración que informa, la Administración que elabora instrumentos de Derecho blando (recomendaciones, guías, etc.); la Administración que realiza actividades materiales, etc., no tiene espacio en la legislación general de procedimiento.
ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA E INFORMACIÓN	El flujo de información dentro de la estructura interna de la Administración carece de interés para la Ley. Las técnicas de colaboración que se siguen en los procedimientos que se utilizan en el marco del método tradicional (por ejemplo, la evacuación de informes de una Administración a otra en los procedimientos de elaboración del planeamiento territorial) resultan pobres e insuficientes en muchos casos.	Por ejemplo, obtención, procesamiento e intercambio de información que requiere la Administración en el marco de la autorregulación regulada, y, más aún, de las Administraciones del espacio comunitario no son objeto de atención.

<p>PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVAS</p>	<p>La participación de otros órganos o Administraciones en el curso del procedimiento clásico ocupa un lugar secundario. El procedimiento no está concebido como un instrumento de colaboración interadministrativa: se trata de una Administración encerrada en sí misma.</p>	<p>En consecuencia, quedan fuera de la legislación tradicional, por ejemplo, la Administración «compuesta» o conjunto de Administraciones que actúan en conjunto dentro del espacio europeo, y más ampliamente, todos los supuestos en los que la colaboración no se basa en un encuentro puntual y en una relación jerárquica; o no se asienta sobre las premisas de una posición fragmentada o sectorial.</p>
<p>ADMINISTRACIÓN INTERNA / EXTERIOR</p>	<p>Es una Administración «estado-céntrica», que no opera más allá de las fronteras nacionales.</p>	<p>No contempla a la Administración nacional en su condición de Administración comunitaria, menos aún la acción administrativa internacional.</p>

Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

CUADRO 3
DE LA REGULACIÓN TRADICIONAL A LA GOBERNANZA

	MODELO CLÁSICO DE REGULACIÓN	NUEVAS FORMAS DE DIRECCIÓN Y GOBERNANZA
NATURALEZA DEL DERECHO	<ul style="list-style-type: none"> – Predominio de normas de carácter material o sustantivo. – Derecho emanado desde un único centro. – Derecho imperativo (prohibiciones y mandatos). – Normas abstractas, generales y rígidas. 	<ul style="list-style-type: none"> – Elevado número de normas de procedimiento. – Derecho emanado de forma descentralizada. – Pluralidad de centros de producción normativa. – Normas flexibles y adaptadas al contexto y a las variables. – Coordinación descentralizada y en red. – Autorregulación (Derecho reflexivo).
ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL	Organización jerárquica, piramidal y formal (estructurada de arriba hacia abajo)	Organización horizontal estructurada en forma de red.
ACTORES FUNDAMENTALES	Estado centralizado, como sujeto protagonista.	<ul style="list-style-type: none"> – Cooperación entre los múltiples niveles de gobierno (local, regional, transnacional, internacional). – Participación de múltiples agentes públicos y privados. – Descentralización y principio de subsidiariedad.
PROCESO DE CREACIÓN DEL DERECHO	<ul style="list-style-type: none"> – El Derecho es estático y estable, permanece «petrificado» hasta su derogación. – Regulación es dictar órdenes, mandatos y prohibiciones. 	<ul style="list-style-type: none"> – El Derecho es un proceso abierto, dinámico, y en constante adaptación. – Gobernar es un proceso de aprendizaje y de innovación. – Los nuevos modelos están mejor posicionados para aceptar la incertidumbre y la diversidad, para ensayar y avanzar de forma repetitiva la búsqueda de soluciones eficaces. – El Derecho tiene por objeto promover prácticas que permitan la revisión y la mejora constantes.
MODOS DE ACCIÓN	Canales formales de actuación. Actividad administrativa de policía.	Pluralidad de canales de actuación.

FUNCIÓN DE LOS AGENTES PRIVADOS	<ul style="list-style-type: none"> – El individuo es objeto de la regulación. – El individuo es un sujeto que puede o no cumplir la norma. 	<ul style="list-style-type: none"> – El individuo participa activamente en la producción normativa. – Ciudadano activo.
COACTIVIDAD DEL DERECHO	Derecho «duro» o imperativo, acompañado de técnicas coercitivas	<ul style="list-style-type: none"> – Derecho indicativo o «blando». – Cooperación voluntaria.
USO DEL CONOCIMIENTO Y DE LA INFORMACIÓN	La información que ofrece el ciudadano es selectiva por miedo a incurrir en responsabilidad.	La información es compartida y el flujo permanente.
MARCO PROCEDIMENTAL	El procedimiento tiene carácter defensivo y se centra en el resultado final. El control se produce <i>ex post</i> .	El procedimiento se centra en el proceso mismo. El control se produce <i>ex ante</i> .

Fuente: ORLY LOBEL, «The Renew Deal: the Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought», *2004 Minnesota Law Review Foundation (89 Minn. L. Rev. 342)* y elaboración propia.

CUADRO 4
TRES GENERACIONES DE PROCEDIMIENTO

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	MODELO DE PROCEDIMIENTO	MODELO DE ADMINISTRACIÓN	MODELO DE REGULACIÓN
<p>1ª GENERACIÓN:</p> <p>PROCEDIMIENTO CLÁSICO: DICTADO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS</p>	<p>Modelo «judicial»</p>	<p>Administración jerárquica y piramidal.</p>	<p>Tradicional (<i>command and control regulation</i> / actividad administrativa de policía).</p>
<p>2ª GENERACIÓN:</p> <p>PROCEDIMIENTO CLÁSICO: ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS</p>	<p>Modelo «legislativo»</p>	<p>Administración jerárquica y piramidal.</p> <p>La Administración se limita a ejecutar o «administrar», y no formula políticas públicas.</p>	<p>Tradicional (<i>command and control regulation</i>).</p> <ul style="list-style-type: none"> – Normas basadas en el mandato y la prohibición. – Normas emanadas desde arriba. – Administración que actúa imperativamente y con técnicas coercitivas.
<p>3ª GENERACIÓN:</p> <p>PROCEDIMIENTO MODERNO: INSTRUMENTO QUE ACOMPAÑA EL CICLO COMPLETO DE LA POLÍTICA PÚBLICA</p>	<p>Modelo «administrativo»</p>	<p>Administración cooperativa o en red.</p> <p>La Administración no sólo aplica o ejecuta, sino que formula políticas públicas.</p>	<p>Nuevas formas de dirección, regulación y gobernanza:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Cooperación público-privado. – Cooperación interadministrativa (horizontal y vertical).

Fuente: elaboración propia

CUADRO 5
CARACTERISTICAS GENERALES DE LAS TRES GENERACIONES
DE PROCEDIMIENTO

<p style="text-align: center;">1ª GENERACIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS</p> <p style="text-align: center;">LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO</p> <p style="text-align: center;">(Por ejemplo, Ley española de Procedimiento Administrativo de 1889)</p>	<p style="text-align: center;">2ª GENERACION DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS</p> <p style="text-align: center;">LEGISLACIÓN TRADICIONAL DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS</p> <p style="text-align: center;">(legislación de las décadas de los 50 y 60)</p>	<p style="text-align: center;">3ª GENERACION DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS</p> <p style="text-align: center;">NORMATIVA SECTORIAL (POR EJEMPLO, USA, UE):</p> <p style="text-align: center;">Medio Ambiente Política Social Autorregulación ... Gobernanza internacional Colaboración público-privada</p>
<p style="text-align: center;">MODELO JUDICIAL</p> <p style="text-align: center;">(actos administrativos puramente aplicativos)</p> <p>El procedimiento es una secuencia de actos de auto- ridad orientada al dictado de una resolución singular.</p> <p>Rígida separación entre la creación del Derecho y la aplicación al caso.</p>	<p style="text-align: center;">MODELO LEGISLATIVO</p> <p style="text-align: center;">(reglamentos ejecutivos tradicionales)</p> <p>El procedimiento tiene por objeto elaborar una norma infralegal</p>	<p style="text-align: center;">MODELO ADMINISTRATIVO</p> <p style="text-align: center;">(nuevas formas de regulación y gobernanza)</p> <p>El procedimiento acompaña el ciclo completo de la política pública: el procedimiento se extiende a la formulación de las políticas públicas y sus priori- dades, al desarrollo y diseño, y a su aplicación efectiva.</p> <p>Mayor integración entre las distintas fases del proceso legal: normación, desarrollo, aplica- ción, ejecución forzosa, resolu- ción de conflictos.</p>
<p style="text-align: center;">Procedimiento como <i>control</i> de la discrecionalidad administrativa</p>		<p style="text-align: center;">Procedimiento como <i>dirección</i> de la discrecionalidad administrativa</p>

Procedimiento decisorio (actos administrativos)	Procedimiento decisorio (normas reglamentarias)	– Procedimiento decisorio – Procedimiento no decisorio: cubre actuaciones que no están orientadas a una situación concreta (procedimientos de control; de intercambio de información; etc.).
APLICACIÓN DE LA LEY MATERIAL Instrumento para la correcta aplicación del Derecho material (acto administrativo singular)	DESARROLLO NORMATIVO Instrumento para dictar una norma de desarrollo (reglamento ejecutivo) o para la aprobación de un plan territorial o urbanístico	CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO Instrumento para hallar la mejor solución posible no predeterminada por la ley material (Disolución de las fases «creación del Derecho-aplicación»)
El procedimiento no se preocupa de la aplicación, más allá de la ejecución forzosa	La aplicación de la norma queda fuera del procedimiento, más allá de las situaciones conflictivas	La aplicación forma parte esencial del procedimiento y acompaña toda la vida de la resolución, incluye el control y la supervisión
Obtención de la información: principio de instrucción de oficio	Obtención de la información: información pública	Obtención de la información: cooperación público-privada; cooperación interadministrativa

Fuente: elaboración propia