

# LA PARTICIPACION DE LAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE INTERESES EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS GENERALES

POR

MANUEL REBOLLO PUIG

Doctor en Derecho  
Profesor de la Universidad de Córdoba

**SUMARIO:** I. *El artículo 130.4 de la LPA. Planteamiento general:* 1. Plan y delimitación del estudio. 2. La equívocidad del artículo 130.4 LPA. 3. Interpretación anterior a la Constitución. 4. Reconocimiento de un margen de discrecionalidad en la observancia del trámite. 5. Incidencia de la desaparición de la Organización Sindical y de la aprobación de la Constitución en la doctrina.—II. *Análisis de la jurisprudencia mayoritaria posterior a la Constitución:* 6. Argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para negar relevancia a la audiencia. 7. Carácter facultativo y de observancia discrecional. 8. Inaplicabilidad directa del artículo 105.a) de la Constitución. 9. La desaparición de la estructura corporativista del régimen anterior. 10. La falta de virtualidad invalidante de la omisión del trámite de audiencia, aunque fuera preceptivo, por inexistencia de indefensión. 11. La errónea configuración de la audiencia latente en esta jurisprudencia.—III. *Límites a la supuesta discrecionalidad en el cumplimiento del trámite de audiencia:* 12. Supuestos. 13. Previsiones legales específicas imponiendo preceptivamente la audiencia. 14. Límites a la discrecionalidad supuestamente conferida en el artículo 130.4 LPA.—IV. *La audiencia del artículo 130.4 de la LPA como trámite preceptivo en la jurisprudencia; en particular, la sentencia de 29 de diciembre de 1986:* 15. Precedentes anteriores a la Constitución. 16. Las sentencias de 1 y 22 de diciembre de 1982. 17. La sentencia de 29 de diciembre de 1986: argumentos de los que deduce su carácter preceptivo y esencial. 18. En particular, la sustitución de la discrecionalidad por conceptos jurídicos indeterminados. 19. En particular, la interpretación conforme a la Constitución. 20. En particular, la conceptualización del trámite al margen de la idea de garantía del interesado y de la indefensión. 21. La incertidumbre de la jurisprudencia posterior.—V. *Criterios para la aplicación del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo:* 22. Justificación de este estudio. La no adaptación plena del artículo 130.4 LPA a la Constitución: del corporativismo a la participación ciudadana. 23. Supuestos de imposibilidad de practicar este trámite. 24. Disposiciones cuya índole hace preceptiva la audiencia. 25. Las razones de interés público como excepción. 26. Naturaleza de las entidades que deben ser oídas. 27. Reducción del trámite a algunas organizaciones. 28. Elección de las más representativas. 29. Momento procedimental oportuno para el trámite de audiencia. 30. Audiencia de entidades representativas. información pública y participación orgánica.

I. EL ARTÍCULO 130.4 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.  
PLANTEAMIENTO GENERAL

1. Recientemente, algunas sentencias del Tribunal Supremo han abordado el trámite de audiencia a las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales contemplado en el párrafo 4 del artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y lo han hecho aportando nuevas perspectivas y nuevas conclusiones que merecen especial atención. Hemos considerado oportuno, sin embargo, ofrecer en su conjunto la línea seguida a este respecto por la jurisprudencia, especialmente tras la Constitución, y ello tanto para situar exactamente la nueva interpretación del artículo 130.4 LPA, que las resoluciones judiciales en cuestión sostienen, como para valorar en su justa medida las novedades que aportan, así como las posibilidades de consolidación de la doctrina que incorporan frente a una jurisprudencia anterior casi unánimemente contraria y hoy todavía mayoritaria (1).

Llevando algo más lejos este planteamiento, se ha querido indagar, además, cómo podría aplicarse de manera generalizada el referido artículo de la Ley Procedimental, fuera ya de los supuestos muy limitados en que la audiencia ha sido impuesta por el Tribunal Supremo, con lo que se entra también en la configuración general de este trámite en el conjunto del procedimiento especial de elaboración de Reglamentos y en las dificultades que habrá de abordar el legislador para desarrollar el mandato contenido en el artículo 105.a) de la Constitución o, más ampliamente, el principio de participación que incorpora.

2. Necesario es comenzar por reconocer, pese a ciertas manifestaciones en sentido contrario (2), que el artículo 130.4 LPA está re-

(1) El trabajo, por tanto, pretende adecuarse a la exigencia, expuesta en ocasiones por la doctrina, de «estudiar series enteras de jurisprudencia», huyendo del «engaño de utilizar la jurisprudencia aislada». En este sentido se ha pronunciado reiteradamente L. MARTÍN-RETORTILLO. Cfr., entre otras, la «Advertencia preliminar» a su obra *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, 1973. Recientemente ha insistido en ello F. GONZÁLEZ NAVARRO, que, siguiendo una anterior propuesta de DÍEZ-PICAZO, hace notar «la necesidad de que el análisis y comentario de la jurisprudencia no se detenga en el examen aislado de una sentencia, propugnando la búsqueda de líneas maestras de la evolución sociológica y técnica, acotando para ello periodos de tiempo muy cualificados y, monográficamente, instituciones o temas» (*De las jurisprudencias y de las líneas jurisprudenciales*, «Actualidad Administrativa», núm. 39, 1987, pág. 2234).

(2) Destaca, a este respecto, A. SÁNCHEZ BLANCO, *Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo*, núm. 111 de esta REVISTA, septiembre-diciembre

dactado en términos equívocos que no consiguen expresar con claridad si contiene un trámite de obligado cumplimiento o meramente facultativo:

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

Para GONZÁLEZ NAVARRO, «los términos del precepto transcrito suscitan no pocas dudas acerca de la fuerza del mandato legal en él contenido, e incluso cabe advertir una cierta contradicción entre las primeras frases y el inciso final del precepto. Porque si al iniciar la lectura parece que se deja a la discrecionalidad de la Administración el pedir o no el informe a las Entidades que cita, la frase final puede hacer pensar que sólo en el caso de que “se opongan a ello razones de interés público” puede prescindirse del referido informe» (3).

---

1986, que considera «incomprensible» la jurisprudencia que declara que el artículo 130.4 LPA contiene un trámite facultativo (pág. 126), y para quien esta postura del Tribunal Supremo produce «la perplejidad de colegios profesionales, sindicatos, organizaciones patrimoniales... que con dificultad saldrán de su asombro al leer y releer el artículo 130.4 LPA y el artículo 105.a) de la Constitución y tener que asimilar que la jurisprudencia afirma y reafirma lo que los artículos... no dicen» (pág. 128). En sentido contrario, hay también sentencias del Tribunal Supremo para las que basta la lectura del artículo 130.4 LPA para comprender que la audiencia a que se refiere es de observancia discrecional (vid. *infra*, apartado 7).

(3) F. GONZÁLEZ NAVARRO, «Los informes administrativos», publicado en la obra del mismo Profesor y L. BLANCO TELLA, *Organización y procedimiento administrativos*, Madrid, 1975, pág. 403.

Efectivamente, la expresión «la índole de la disposición lo aconseje» del artículo 130.4 LPA es semejante a la de «cuando la naturaleza de éste [el procedimiento] lo requiera» que utiliza el artículo 87.1 LPA, o a la de «la naturaleza de la disposición lo aconseje» del 130.5 de la misma Ley, y estos dos últimos artículos no han sido entendidos como imperativos, salvo excepciones. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1981, páginas 407-408.

Por el contrario, afirmar que esta audiencia «se concederá», sin condicionamiento a juicio administrativo alguno, «siempre que sea posible»; señalar de forma restrictiva las posibles excepciones a la práctica de tal trámite obligando a expresarlas formalmente en el expediente; permitir finalmente su omisión en casos de urgencia en los mismos términos y casos que para cualquier otro trámite, algunos de ellos inequívocamente obligatorios (por ejemplo, informe de la Secretaría General Técnica), como hace el apartado 6 del mismo artículo 130 LPA, todo ello parece confi-

Por ello no puede extrañar que el mismo tenor literal del precepto, aun prescindiendo de otros criterios hermenéuticos que igualmente han influido en su interpretación, ha permitido e incluso propiciado su entendimiento en dos sentidos radicalmente opuestos: en el primero, la audiencia es facultativa, por lo que su omisión no sería tan siquiera una irregularidad no invalidante; en el segundo, preceptiva, de manera que no practicar la audiencia podría afectar a la validez del Reglamento aprobado sin ella.

3. Con anterioridad a la Constitución, jurisprudencia y doctrina optaron de forma absolutamente mayoritaria por entender que la audiencia prevista en el artículo 130.4 LPA constituía una facultad de la Administración que podía o no abrir este trámite conforme a una decisión a la que se califica, en algunos casos expresamente, como discrecional.

La jurisprudencia, salvo las excepciones a las que luego nos referiremos, consagra reiteradamente esta calificación de trámite «facultativo» «no preceptivo», «de observancia discrecional» (4).

La doctrina, cuando se ocupa del tema sin limitarse a recoger la interpretación jurisprudencial, mantiene la misma solución (5), con la única excepción de ENTRENA CUESTA (6).

---

gurar un trámite de obligado cumplimiento. En suma, la literalidad del precepto contiene realmente la «contradicción» de que habla GONZÁLEZ NAVARRO.

(4) Entre otras, pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo de 7 noviembre 1966, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Bombín Nieto, R. Ar. 4742; 6 diciembre 1966, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Cervia Cabrera, R. Ar. 338 de 1967; 17 junio 1970, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Esteva Pérez, R. Ar. 3133; 6 marzo 1972, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Gómez de Enterría, R. Ar. 1175; 14 diciembre 1972, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Ponce de León y Beloso, R. Ar. 5324; 25 septiembre 1973, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Suárez Manteola, R. Ar. 3406; 17 octubre 1973, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Botella Taza, R. Ar. 4047; 21 junio 1974, Sala 3.ª, Ponente Excmo. señor Pérez Frade, R. Ar. 2983; 6 diciembre 1977, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Burgo Merchán, R. Ar. 4877; y 25 octubre 1978, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Gabaldón López, R. Ar. 3351.

(5) Vid., por ejemplo, la primera edición del *Curso de Derecho Administrativo* de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, Madrid, 1974, pág. 122, donde se incluye a la «audiencia de las corporaciones y entidades económicas y profesionales» entre los «trámites configurados por la Ley de forma discrecional»; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, núm. 40 de esta REVISTA, enero-abril 1963, pág. 24, nota 17.

(6) Desde la cuarta edición de su *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1973, pág. 574, R. ENTRENA CUESTA afirma que «este trámite equivale y sustituye al de audiencia a los interesados, de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesoria, sino requisito y garantía esencial, ligada a la validez del resultado del procedimiento elaborativo (S. de 16 de mayo de 1972)». Igual se mantiene en la novena edición, vol. I/1, pág. 301, Madrid, 1986. Sobre la sentencia en que se apoya, que en realidad constituye una excepción a la jurisprudencia general, vid. *infra*, apartado 15.

Presenta interés el comentario que DESANTES GUANTER, inmediatamente después de la publicación de la Ley de Procedimiento Administrativo (7), dedica a su artículo 130.4, al que analiza, avanzando lo que después será una constante en la jurisprudencia, bajo el epígrafe «Trámite *discrecional*». Congruentemente con esta calificación, entiende, por una parte, que la concreción de las disposiciones cuya índole aconseja la audiencia «quedará a la apreciación *discrecional* del órgano competente» y, por otra, que la determinación de los casos en que es posible tal trámite «queda a la *discreción* del órgano del que emana el proyecto en cuestión». Discrecionalidad, pues, en todos los aspectos y, sin embargo, habla del «informe que la Administración *debe* pedir a la Organización Sindical...», y afirma que «han de concurrir unas *condiciones legales... cuya existencia queda reservada a la apreciación del órgano* que tiene la iniciativa de la disposición» (8). Está aquí la justificación de la supuesta discrecionalidad administrativa, pero también el germen para negarla una vez que se desarrolle, como efectivamente se desarrolló con posterioridad, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y su diferenciación de la potestad discrecional. Porque nótese que lo que la Administración debe hacer, según el mismo DESANTES, es comprobar la existencia de unas condiciones enunciadas legalmente, y ello supone que el legislador no ha entregado a la Administración la libre facultad de apreciar el supuesto de hecho, por lo que tampoco está justificado eximirlo del control judicial. Lo más que podría aceptarse sería que existe una formulación imprecisa de las condiciones en que el trámite es preceptivo, pero ello no se entiende hoy, generalmente, como fuente de discrecionalidad.

4. La aparente contradicción entre el contenido de lo que se cree atribuido a la Administración (apreciación de la concurrencia de las condiciones legales) y la configuración de una discrecionalidad administrativa no era tal contradicción para la doctrina dominante en nuestro Derecho en aquel momento que partía de una noción de potestad discrecional distinta de la que posteriormente se impuso. Importa subrayarlo desde ahora porque, si esto fuera así, realmente

---

Una posición intermedia parece mantener J. M. FORTES ENGELS, *La información pública en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1977, págs. 63 y 64, aunque no es claro si se está refiriendo también al trámite del artículo 130.4 LPA.

(7) J. M. DESANTES GUANTER, *La elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo*, «Documentación Administrativa», núms. 8-9, agosto-septiembre 1958, págs. 43 y ss.

(8) *Ibidem*, págs. 48-49, *passim*.

podría considerarse que la interpretación tradicional del artículo 130.4 LPA y su pervivencia actual no sería más que un resto anacrónico de una doctrina superada. Veremos, sin embargo, que esto no es completamente cierto porque las expresiones que se contienen en el precepto de referencia ofrecen una especial complejidad y porque la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad no es tan nítida y absoluta en todos los casos.

Sin perjuicio de ello, que será abordado más adelante, la consideración del artículo 130.4 LPA como de observancia discrecional debe encuadrarse en la teoría tradicional según la que, como sintetiza MOZO SEOANE, «los conceptos legales indeterminados, las disposiciones de formulación imprecisa y su consiguiente valoración o apreciación, en vista de la realidad concreta, eran... identificadas, prácticamente de forma automática, con la presencia de potestad administrativa discrecional» (9).

Acabada expresión de esta construcción de la discrecionalidad puede verse, entre los autores españoles, en las exposiciones de Cirilo MARTÍN-RETORTILLO (10), LÓPEZ RODÓ (11), PÉREZ OLEA (12) y otros (13), construcción que, además, estuvo generalizada en otros

(9) A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, 1985, pág. 246.

(10) C. MARTÍN-RETORTILLO, siguiendo en este punto a RANELLETI, *Lo discrecional*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1930, pág. 189.

(11) L. LÓPEZ RODÓ, *La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 31, enero-febrero 1947, afirma expresivamente que «lo discrecional no es lo no reglado, sino lo reglado de un modo impreciso» (pág. 14), y considera que la discrecionalidad aparece «con un margen mayor o menor según el grado de indeterminación del precepto legal» (pág. 15). Citando a BERNATZIK, concluye que «la discrecionalidad consiste en la apreciación subjetiva que el funcionario tiene que realizar cuando se encuentra frente a conceptos normativos imprecisos» (pág. 16). El mismo LÓPEZ RODÓ concreta en un trabajo posterior, *La discrecionalidad de la Administración en el Derecho español*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 34, julio-agosto 1947, que «cuando la Ley se ve obligada a recurrir a conceptos prácticos, como son los de ornato público, interés social, caben varias interpretaciones... y tenemos, por tanto, discrecionalidad» (pág. 491).

(12) La postura de M. PÉREZ OLEA, en su trabajo *La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 173, enero-febrero-marzo 1972, no es completamente ajena a la construcción doctrinal referida, pues, aunque distingue entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, recoge una noción muy limitada de éstos y les atribuye diferencias pequeñas con la discrecionalidad. Vid. págs. 53 a 56 y, especialmente, citas 23 y 25. Todo ello es congruente con su propuesta final de una «escala de la discrecionalidad» (págs. 67 a 69), en la que cabría incluir la que deriva de conceptos jurídicos indeterminados.

(13) En esta misma línea, aunque con matices muy considerables, puede citarse a M. MARTÍN GONZÁLEZ, *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, núm. 54 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1967, págs. 197 y ss., incluido también en su obra *Sanidad Pública: concepto y encuadramiento*, Madrid, 1970, págs. 71 a 168,

países durante mucho tiempo y que, incluso en Alemania, donde se desarrolló y arraigó con especial fuerza la doctrina de su neta diferenciación con los conceptos jurídicos indeterminados, ha tenido siempre y cuenta también en la actualidad con valedores (14).

Deste este punto de vista más general, la interpretación del artículo 130.4 LPA, como configurador de una potestad discrecional, podría considerarse un simple ejemplo más, entre otros muchos, de la identificación de ésta con los supuestos en que la norma se servía de conceptos jurídicos indeterminados, y ello tanto cuando éstos estaban referidos a las consecuencias jurídicas a aplicar por la Administración como cuando, como ocurre en este caso, se utilizan para la descripción del supuesto de hecho, posibilidad esta última que también negó la doctrina posterior.

Sería precipitado, sin embargo, deducir sin más, de la superación de esta doctrina clásica sobre la discrecionalidad, la conclusión de una necesaria interpretación de la audiencia prevista en el artículo 130.4 LPA como preceptiva. Hay otros factores a considerar; incluso debe plantearse si realmente lo que ese artículo contiene son conceptos jurídicos indeterminados.

5. En esta situación sumariamente descrita inciden posteriormente dos hechos de indudable trascendencia en el significado del

---

de donde se cita. Aunque queda relativizado por su reducida noción de conceptos jurídicos indeterminados y por la categoría de los «conceptos jurídicos "indirectamente" determinados» (págs. 94 y ss.), afirma que hay dos tipos de actividad administrativa: «una, en la que el contenido de la actuación se determina por la propia Administración, y otra, en la que dicho contenido está predeterminado por la Ley, distinción que se corresponde, a nuestro entender, con la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el primer caso —aplicación que supone atribución legal de potestad discrecional— y con la de conceptos determinados, cuya aplicación se corresponde con el ejercicio de facultades regladas... Para nosotros existe una clara correspondencia... entre conceptos jurídicos indeterminados, ejercicio de facultades discrecionales e imposibilidad de impugnación de la aplicación realizada...» (págs. 79 y 80). Y más adelante: «La utilización por la norma de tales conceptos coincide... con la expresa atribución de facultades discrecionales...» (pág. 115).

Todavía más matizadamente, pero en parte incluíble en esta clásica línea doctrinal, puede citarse a J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1968, que, aunque distingue entre conceptos indeterminados y discrecionalidad (págs. 408 y 409), incluye en esta última la actualización y aplicación de los «conceptos *standards* que encierran las normas» (págs. 413 y ss.).

La identificación con la discrecionalidad se hace más generalizada cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados valorativos. Vid. notas 75, 76 y 77.

(14) Ofrece un panorama suficientemente revolador de ello, de la relativización de diferencias entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa, así como de la ampliación de ésta en la reciente doctrina alemana, MARTÍN BULLINGER, *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*, publicado en «La Ley», núm. 1831, de 30 octubre 1987, págs. 1 a 7. Vid. especialmente págs. 4 y 5.

artículo 130.4 LPA: de un lado y en primer lugar, la operación de desmonte y sustitución del Sindicato vertical del anterior régimen, operación que puede entenderse culminada con la Ley 19/1977, de 1 de abril, del Derecho de Asociación Sindical; de otro, la aprobación de la Constitución, que, además de suponer la expresión al más alto rango del abandono de la estructura corporativista imperante anteriormente y a la que respondía el mismo artículo 130.4 LPA (15), consagra reiteradamente un principio de participación ciudadana y técnicas concretas para hacerlo efectivo. Entre tales técnicas, y por lo que ahora interesa, la prevista en el artículo 105.a), según el cual «la ley regulará... la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten».

Estos dos nuevos datos influyeron de forma desigual y, en principio, insuficiente para alterar sustancialmente la interpretación que venía haciéndose del meritado artículo 130.4 LPA.

Por lo que se refiere al primero, la desaparición de la «Organización Sindical» más bien permitió abundar en los argumentos para restar relevancia al trámite de audiencia de las entidades representativas en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales (16).

En cuanto a la incidencia del artículo 105.a) de la Constitución quedó enervada por la negación de su aplicabilidad directa, entendiéndose como un mandato al legislador sin cuyo desarrollo el precepto no vincularía a la Administración.

Pese a todo, un sector doctrinal sí ha propugnado que el artículo 105.a) de la Constitución exige una interpretación del artículo 130.4 LPA distinta de la que hasta ahora, prácticamente con unanimidad, se ha venido manteniendo. Destaca en esta línea PARADA VÁZQUEZ: «... a nuestro juicio... de ahora en adelante ese requisito de la audiencia de las corporaciones o asociaciones representativas de intereses es preceptiva y no dispensable, de tal forma que su falta provocaría la nulidad de la disposición en cuestión. El argumento que permite llegar a esta conclusión es que la constitucionalización de este trámite carece de sentido si no es para reforzar su exigen-

(15) Vid. *infra*, nota 88.

(16) De hecho, es éste de la desaparición de la Organización Sindical uno de los argumentos invocados por el Tribunal Supremo para negar la necesaria observancia del artículo 130.4 LPA, como tendremos ocasión de comprobar en el apartado 9.

cia... Para dejar las cosas como estaban, es decir, para que constituyera una simple facultad discrecional de la Administración el oír o no a esas corporaciones y asociaciones representativas de intereses, para eso no era necesario citar en la Constitución dicho trámite...» (17).

La jurisprudencia, con las contadas excepciones que luego se verán, ha mantenido la línea ya consolidada durante la vigencia del anterior sistema sindical y, en general, antes de la promulgación de la Constitución. Conveniente es, sin embargo, una consideración más detenida de esta jurisprudencia.

## II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA MAYORITARIA POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN

6. Lo que fundamentalmente ha supuesto, en principio —sin perjuicio de que en el futuro provoquen otras consecuencias en la línea de las sentencias que se comentarán en el siguiente epígrafe—, estos nuevos datos y el marco constitucional en la interpretación jurisprudencial del artículo 130.4 LPA es la necesidad de completar la argumentación antes utilizada con otros fundamentos. Los que el Tribunal Supremo ha manejado y maneja a partir de 1979 pueden reconducirse esquemáticamente a los siguientes:

(17) J. R. PARADA VÁZQUEZ, «Artículo 105. Los principios de audiencia y publicidad en las actuaciones de la Administración», en *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución Española de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, tomo VIII, Madrid, 1985, pág. 316. El mismo PARADA expone esta misma conclusión en *Comentario a la circular núm. 13/1981 del Banco de España sobre Entidades de Depósito, tipos de interés y normas de valoración y liquidación. Valor jurídico de la Circular*, «Revista de Derecho Bancario y Bursátil», núm. 2, abril-junio 1981, págs. 318 y 319. Se adhiere por completo a esta línea A. SÁNCHEZ BLANCO, *Sujetos, actores...*, op. cit., págs. 125, 126, 128, 133 y 134. Más matizadamente, J. DE LA CRUZ FERRER, *Nulidad de Reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados*, «REDA», núm. 52, octubre-diciembre 1986, págs. 612 a 614.

Por el contrario, M. SÁNCHEZ MORÓN se limita a señalar que el artículo 130.4 LPA «no se considera como un derecho de los sujetos colectivos interesados, sino como una facultad de la propia Administración» (*La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, 1980, pág. 183).

E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ señalan que «en tanto que otra Ley no desarrolle ese precepto constitucional [el 105.a)], habrá que estar al artículo 130, apartados 4, 5 y 6, sin más que entender sustituida la referencia al anterior sistema corporativo por la de asociaciones libres y más reducido el margen de decisión de las autoridades ministeriales para acordar la puesta en juego de esa audiencia», pero no explicitan en qué consiste y hasta dónde llega esta reducción ni cuáles son sus fundamentos (*Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1983, pág. 197). En parecidos términos, J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1982, págs. 242 y 243.

a) La interpretación literal del artículo 130.4 LPA es suficiente para evidenciar su carácter facultativo; b) el artículo 105.a) de la Constitución no impone directamente la audiencia, ni afecta a la interpretación consolidada del artículo 130.4 LPA; c) desaparecida la estructura corporativista en que se sustentaba el artículo 130.4 LPA, éste no puede aplicarse por inexistencia de su presupuesto necesario y, en particular, de las entidades a que se refería; d) aunque la audiencia se considerara preceptiva, su omisión no afectaría a la validez del Reglamento.

7. Son numerosas las sentencias que reiteran el carácter «facultativo» y «no preceptivo» del trámite de audiencia, afirmando que el artículo 130.4 confiere un «amplio margen de discrecionalidad», según se desprende de su mismo tenor literal y, en particular, de la expresión «la índole de la disposición lo aconseje».

Entre otras muchas sentencias que siguen esta línea argumental (18), son especialmente expresivas de tal doctrina las de 25 de mayo de 1982, 24 de mayo de 1984 y 24 de junio de 1986.

---

(18) Pueden citarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 11 junio 1980, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Sainz Arenas, R. Ar. 2443; 1 diciembre 1980, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Espín Cánovas, R. Ar. 4601; 10 junio 1981, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 2455; 19 octubre 1981, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 3766; 11 noviembre 1981, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Ruiz Sánchez, R. Ar. 4169; 3 diciembre 1981, Sala 3.ª, Ponente Excmo. señor Ruiz Sánchez, R. Ar. 4778; 11 marzo 1982, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Ruiz Sánchez, R. Ar. 1250; 4 octubre 1983, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Díaz-Eimil, R. Ar. 5063; 12 noviembre 1983, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Díaz-Eimil, R. Ar. 6005; 20 enero 1984, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 173; 25 abril 1984, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Reyes Monterreal, R. Ar. 2013; 27 abril 1984, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Burgo y Marchán, R. Ar. 2183; 9 mayo 1984, Sala 4.ª, Ponente Excmo. señor Díaz-Eimil, R. Ar. 2641; 16 junio 1984, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Martín Martín, R. Ar. 3613; 20 diciembre 1984, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Falcón García, R. Ar. 6162; 9 marzo 1985, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Gutiérrez de Juana, R. Ar. 1500; 18 marzo 1985, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Gutiérrez de Juana, R. Ar. 2828; 20 abril 1985, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Marín Ruiz, R. Ar. 2210; 23 abril 1985, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Díaz Eimil, R. Ar. 4741; 30 abril 1985, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 1990; 12 julio 1985, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Díaz-Eimil, R. Ar. 4211; 29 septiembre 1985, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Burgo y Merchán, R. Ar. 5328; 15 noviembre 1985, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Garralda Valcárcel, R. Ar. 5671; 28 noviembre 1985, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 5598; 24 enero 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Carretero Pérez, R. Ar. 15; 12 abril 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Mateos García, R. Ar. 1987; 6 mayo 1986, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Reyes Monterreal, R. Ar. 3047; 9 mayo 1986, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Pérez Fernández, R. Ar. 2361; 13 junio 1986, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Garralda Valcárcel, R. Ar. 3412; 3 julio 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. señor Fernández Díaz, R. Ar. 3853; 4 noviembre 1986, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Roldán Martín, R. Ar. 6164; 29 diciembre 1986, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Español La Plana, R. Ar. 7187; 30 diciembre 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Burón Barba, R. Ar. 7632, y 2 marzo 1987, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Ruiz-Jarabo Ferrán, R. Ar. 1832.

La de 25 de mayo de 1982 (19) afirma:

«Que por lo que a la falta de audiencia a entidades y corporaciones se refiere, *basta dar lectura* a la norma 4.<sup>a</sup> del artículo 130 de la Ley de Procedimiento para dar por sentado que en manera alguna tal trámite sea preceptivo cuando se dispone que “siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá...”, *discrecionalidad* que fue tenida en cuenta en la sentencia antes citada de 25 de octubre de 1978 y en la de 27 de octubre del mismo año, de singular interés... al declarar que ha de tenerse presente la doctrina de este Tribunal Supremo que tiene declarado el carácter facultativo de la concesión de audiencias, el *amplio margen de discrecionalidad* que ha de reconocerse...»

La de 24 de mayo de 1984 (20) rechaza el motivo de nulidad basado en la inobservancia del trámite estudiado,

«... puesto que se trata de un trámite que se deja a la *discrecionalidad* del órgano competente, como claramente manifiesta la repetida LPA, en su artículo 130.4, al decir que el mismo se practicará “siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje”...».

La sentencia de 24 de junio de 1986 (21) insiste en esta misma interpretación literal, puesto que

«... tampoco puede reputarse preceptivo y necesario cuando la norma se inicia con la exposición “siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje...”, lo cual indica que se concede a la Administración un *cierto margen de discrecionalidad* y se supedita a criterios de posibilidad y oportunidad...».

Así, pues, en todas estas sentencias, con independencia de que ocasionalmente manejen también otros argumentos, se considera bastante la misma redacción del artículo 130.4 LPA.

---

(19) Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, Ponente Excmo. Sr. Pérez Fernández, R. Ar. 2806.

(20) Sala 4.<sup>a</sup>, Ponente Excmo. Sr. Del Burgo y Marchán, R. Ar. 3132.

(21) Sala 5.<sup>a</sup>, Ponente Excmo. Sr. Mateos García, R. Ar. 3776.

8. Ninguna relevancia se confiere al artículo 105.a) de la Constitución ni para imponer directamente la audiencia ni para interpretar, de forma más adecuada al principio de participación que expresa, el apartado 4 del artículo 130 LPA.

Son varias las sentencias que, al desestimar la causa de nulidad del Reglamento por omisión de la audiencia, se refieren también al artículo 105 de la Constitución, y siempre en el sentido que se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1986: «El artículo 105 de la Constitución dispone que la Ley regulará la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que las afecten; por lo que se trata de un mandato al legislador para que regule los casos, circunstancias y disposiciones en que ha de conceder esa audiencia, y mientras no se regule por la Ley posterior a la Constitución habrá de seguir aplicando las normas anteriores que no sean contrarias a la misma; *este precepto por sí solo no impone esa exigencia insoslayable...*» (22).

De esta jurisprudencia se desprende que ni el artículo 105.a) de la Constitución es de aplicación directa (23), ni el artículo 130.4 LPA puede considerarse suficiente para dar por cumplido el mandato constitucional de referencia ni un adecuado desarrollo legislativo del mismo, pese a lo cual no se considera inconstitucional ni se intenta una interpretación más adecuada a las exigencias de aquél.

9. La desaparición de la estructura corporativista en que se sustentaba el artículo 130.4 LPA se invoca también en algunas sentencias para negar cualquier virtualidad al trámite allí previsto.

Este fundamento aparece ya perfilado en la sentencia de 6 de

---

(22) Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Díaz, R. Ar. 3853.

En el mismo sentido, y entre otras, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 18 marzo 1985, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Gutiérrez de Juana, R. Ar. 2828, y 30 diciembre 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Burón Barba, R. Ar. 7632.

El mismo argumento se ha mantenido incluso en los casos que caían bajo el ámbito de la Ley de Colegios Profesionales, y, así, la sentencia de 21 octubre 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Rodríguez García, R. Ar. 5498, declara: «Tampoco puede invocarse el artículo 105.a) de la Constitución para insistir en el carácter preceptivo de los informes colegiales por tratarse de una norma necesitada de un previo desarrollo legislativo. Sólo cuando éste tenga lugar... quedará definido el alcance del mandato constitucional...» Igualmente, sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 20 diciembre 1984, Ponente Excmo. Sr. Falcón García, R. Ar. 6162, o la de 28 abril 1987, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Mendizábal y Allende, R. Ar. 2651.

(23) La única excepción a ello, y aun así expresada en términos ambiguos, viene constituida por la sentencia de 2 marzo 1987, a la que nos referiremos en el apartado 21.

julio de 1982 (24), para la que «la falta en el expediente del informe de los organismos sindicales... no puede originar la nulidad pretendida, ya que desaparecieron como consecuencia de la Ley de 1 de abril de 1977, al derogar el sistema sindical corporativo existente con anterioridad en España, sin haber sido sustituidos en todas sus competencias y representatividad por los nuevos sindicatos, al responder a una *nueva concepción de las relaciones laborales y sociales...*» (25). Posteriormente se reitera en términos rotundos en otras sentencias (26). Pese a ello, nunca llega a afirmarse que la «derogación» del «sistema sindical corporativo» suponga implícitamente la derogación del artículo 130.4 LPA en cuanto hace referencia a la «Organización Sindical», lo cual podría haber sido considerado casi como una consecuencia necesaria de los razonamientos de esta jurisprudencia.

10. Claro es que, si se parte de que el trámite del artículo 130.4 LPA es simplemente facultativo y de «observancia discrecional», no tiene sentido plantear cuáles son las consecuencias de su omisión, pues ésta, en tal hipótesis, no podría ser considerada ni tan siquiera una irregularidad no invalidante de las previstas en el artículo 48.2 de la misma LPA. No obstante ello, el Tribunal Supremo ha precisado, unas veces como argumento adicional y a efectos dialécticos y otras como único fundamento (porque la concurrencia de otro precepto distinto del 130.4 LPA, fundamentalmente de la Ley de Colegios Profesionales, sí imponían preceptivamente la audiencia), que, aunque fuera un trámite de cumplimiento obligatorio, su omisión no afectaría a la validez del Reglamento.

Por una parte, el Tribunal Supremo afirma que «la carencia de alguno de los trámites marcados [refiriéndose concretamente al del

---

(24) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Martín Martín, R. Ar. 5349.

(25) No obstante, oportuno será recoger que, en el caso del que se conocía en esta sentencia, los llamados «nuevos sindicatos» pudieron exponer su parecer respecto a la disposición impugnada en trámite de información pública, lo que podría considerarse suficiente para desatender la causa de nulidad por inobservancia del artículo 130.4 LPA.

(26) Entre ellas, la de 21 enero 1984, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Martín Herrero, R. Ar. 188; 12 abril 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Mateos García, R. Ar. 1987, y la de 24 junio 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Mateos García, R. Ar. 3776. La primera de éstas ni siquiera se centra en la aparición de los nuevos sindicatos, sino en la sustitución de la «Organización Sindical» por la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales, que operó el Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976.

Similar es el razonamiento de la sentencia de 28 abril 1987, de la que nos ocuparemos en el apartado 26, en la que, sin aludir a la desaparición de la Organización Sindical, niega que la audiencia haya de practicarse con las asociaciones empresariales que la han sustituido.

artículo 130.4 LPA] no puede equipararse a la ausencia de procedimiento precisa, según el artículo 47.1.c) de la LPA, para que proceda declarar la nulidad de pleno derecho» (27).

Por otra parte, niega también la aplicación del artículo 48.1 LPA, considerando a los supuestos de omisión de la audiencia, a lo sumo, subsumibles en el apartado 2 del mismo artículo (irregularidades formales no invalidantes). Para ello se basa en que no se produce, por la falta de este trámite, indefensión. A su vez, los argumentos para negar la indefensión son básicamente dos: no rige en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales el principio contradictorio; y la hipotética indefensión habría quedado enervada por la posterior interposición de recursos administrativos y/o contencioso-administrativos. Con todo esto se trata de negar, en expresión del mismo Tribunal Supremo, la consecuencia de la *anulabilidad*.

Así, la sentencia de 10 de junio de 1981 (28) excluye que «puedan plantearse motivos de *anulabilidad*, ya que, al no regir en la elaboración de estas disposiciones el *principio de contradicción*, tampoco ha podido causarse *indefensión* a la parte recurrente, como se sostiene en las sentencias de esta Sala de 2 de octubre de 1975 y la de 21 de febrero de 1979» (29).

El mismo argumento se ha mantenido, como anticipábamos, incluso en los casos en que una disposición legal específica, fundamentalmente Ley de Colegios Profesionales, impusiera obligatoriamente la audiencia, pues los informes preceptivos y no vinculantes «implican una mera declaración de juicio cuyos efectos y consecuencias serían las previstas en el artículo 48.2 de dicha Ley (esto es, el de los defectos formales no invalidantes), sin que, además, pueda causarse *indefensión* a las partes recurrentes, al no regir en la elaboración de esta disposición el *principio de contradicción*...» (30).

(27) Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 25 mayo 1982, Ponente Excmo. Sr. Pérez Fernández, R. Ar. 2806.

También en la sentencia de la Sala 3.ª de 10 junio 1981, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 2455, se lee, tras declarar facultativa la audiencia a las asociaciones representativas de intereses, que «la carencia de alguno de los trámites marcados no puede equipararse a la ausencia de procedimiento».

(28) Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 2455.

(29) Igualmente, entre otras, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, de 20 enero 1984, R. Ar. 173.

(30) STS de 19 octubre 1981, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 3766. Desde luego, hay sentencias contrarias que sí admiten la indefensión y de las que interesa dejar aquí constancia para comprobar cómo, no obstante, conducen el tema al artículo 48.1, es decir, a la anulabilidad y no a la nulidad radical. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 octubre 1982, a la que luego nos referiremos. En concreto, ver nota 49.

Quizá indirectamente esta jurisprudencia pudiera haber encontrado, o al menos pudiera así entenderse, un apoyo en la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1985, de 8 de mayo. En ella no se trata directamente del tema que nos ocupa (31), pero se afirma que en el procedimiento de elaboración de Reglamentos «*no hay interesados* que tengan que ser llamados a adoptar en el mismo la posición de interesados». Claro es que, si ni siquiera puede hablarse de interesados en este tipo de procedimientos, tampoco puede regir propiamente el principio de contradicción y carece de sentido invocar indefensión. Aun así, esta misma sentencia constitucional, sin desmentir sus anteriores fundamentos, permite extraer unas consecuencias para la aplicación del artículo 130.4 LPA y 105.a) de la Constitución que no supongan necesariamente la absoluta irrelevancia de su incumplimiento, como ha entendido el Tribunal Supremo en las sentencias analizadas. Se tratará de superar la reconducción de este trámite a la idea de garantía y de formular de manera diferente los supuestos tipos de invalidez de Reglamentos. Pero de ello nos ocuparemos en el siguiente apartado.

En la misma línea de negar la indefensión abundan otras sentencias, pero por una vía diferente: la de que la interposición de posteriores recursos permite realizar las alegaciones que hubieran sido canalizadas en la audiencia previa omitida. Así, para la sentencia de 4 de octubre de 1983 (32), «la interposición del recurso contencioso por la organización representativa preterida aleja toda idea de indefensión» y, con ello, de «anulabilidad», en expresión de la de 12 de noviembre de 1983 (33), pues «la interposición de este recurso con

---

(31) Se trataba de resolver si una organización empresarial (COAG) debía haber sido emplazada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, en el recurso contencioso interpuesto por otra organización (CNECR y CA) contra un Reglamento que afectaba a ambas. Pero como quiera que tal emplazamiento está previsto en favor de los interesados en el expediente administrativo, el Tribunal Constitucional se ve obligado a justificar que la solicitante del amparo no era verdaderamente interesada en el procedimiento administrativo de elaboración del Reglamento impugnado, por lo que, al no emplazarla en el proceso contencioso, ni se infringió el artículo 8.2 de la LPJDFP ni el 24 de la Constitución.

Afirmamos en el texto que esta sentencia del Tribunal Constitucional pudiera entenderse como un apoyo a la jurisprudencia que comentamos. Así lo ha creído, efectivamente, J. DE LA CRUZ FERRER, *Nulidad de Reglamento...*, op. cit., pág. 612. Tendremos ocasión de explicar posteriormente que la referida sentencia no tiene necesariamente que interpretarse en tal sentido.

(32) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Díaz-Eimil, R. Ar. 5063.

(33) De la misma Sala y Ponente que la anterior, R. Ar. 6005. Igualmente, sentencia de 27 abril 1984, Ponente Excmo. Sr. Del Burgo y Marchán, R. Ar. 2183: «... lo que se hubiera podido alegar en esa audiencia, sin duda que se ha alegado en el

las correspondientes alegaciones de todo aquello que dicha parte ha estimado conveniente a su derecho impide hablar de la indefensión que contempla el artículo 48.2 de la misma Ley como requisito imprescindible de la anulabilidad».

En suma, pues, el Tribunal Supremo en estas resoluciones no sólo exige indefensión para conferir virtualidad invalidante a la omisión de audiencia, sino que, al mismo tiempo, afirma, como una regla que no necesita comprobarse en cada caso, que la inobservancia de este trámite *nunca* es capaz de generar indefensión, por lo que su cumplimiento o incumplimiento *siempre* sería irrelevante desde este punto de vista.

11. Toda esta jurisprudencia basada en la inexistencia de indefensión requiere algún comentario que, siquiera sucintamente y con la única finalidad de allanar el camino a las sentencias contrarias que luego se analizarán, debe abordarse ahora.

Laten en ella una serie de ideas que parecen tener un fondo común: considerar al Reglamento como si de un acto administrativo se tratara; al procedimiento para su elaboración como al administrativo común; quizás, incluso, a la audiencia del artículo 130.4 LPA como si de la audiencia al interesado del artículo 91 LPA estuviéramos hablando. Todo ello, sin embargo, extrayendo consecuencias sólo en parte comunes.

Revelador es, por lo pronto, la insistencia, carente de excepciones, con la que se distingue nulidad radical, anulabilidad e irregularidad no invalidante, con apoyo, respectivamente, en los artículos 47.1, 48.1 y 48.2 de la LPA, preceptos todos ellos relativos a vicios de los actos. No hay alusión alguna al artículo 47.2 de la misma Ley, que es el concretamente referido a la nulidad de las disposiciones administrativas. Se aparta, así, además, la jurisprudencia comentada de la solución, mantenida por el mismo Tribunal Supremo en otros casos ante otros defectos de procedimiento y por nuestra mejor doctrina (34), según la cual la sanción procedente para los Re-

---

curso de reposición y en este contencioso», y sentencia de 15 noviembre 1985, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Garralda Valcárcel, R. Ar. 5671.

(34) Sin perjuicio de reconocer que, con mucha amplitud, el Tribunal Supremo ha entendido que diferentes requisitos formales de los previstos en los artículos 129 y siguientes de la LPA no eran esenciales y no afectaban en ninguna medida a la validez del Reglamento, cuando sí les da esta relevancia ha considerado en ocasiones que su inobservancia es causa de nulidad y no de anulabilidad. No será necesario traer aquí la jurisprudencia sobre omisión del dictamen del Consejo de Estado o del informe de la Secretaría General Técnica que abona lo afirmado. Por el contrario, la jurisprudencia que aquí hemos expuesto se inscribe en la misma

glamentos ilegales, utilizando esta expresión en sentido amplio e incluyendo a los aprobados sin cumplir el procedimiento establecido, sería en todo caso la nulidad de pleno Derecho y jamás la anulabilidad.

Sobre una base tan insegura y discutible, esta jurisprudencia añade una interpretación del artículo 130.4 en la que lo configura más como una garantía de los eventuales afectados por el Reglamento proyectado que como un cauce de participación previsto por la Constitución y por la Ley. Desde esta perspectiva garantista, el trámite de audiencia se devalúa automáticamente, puesto que, como hemos visto (35), no hay ni tan siquiera interesados en el procedimiento de elaboración de Reglamentos y sólo ante verdaderos interesados se puede hablar de garantías o de indefensión. Lo mismo ocurre si se niega en este procedimiento especial el principio de contradicción. Pero lo que no tiene sentido es declarar simultáneamente que no hay interesados ni rige el principio contradictorio, de una parte, y encuadrar y tratar al artículo 130.4 LPA como un trámite de garantía de los afectados por la disposición, de otra. Ello conduce a considerar a la audiencia como algo incongruente en un procedimiento que responde a otros principios y finalidades en los que aquélla no encaja.

Colofón de lo anterior es que la posible indefensión que todavía

---

línea que la expresada de manera más general en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 diciembre 1978, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Del Burgo Marchán, R. Ar. 801 de 1979.

Precisamente esta sentencia fue comentada críticamente por J. BERMEJO VERA, *La «relativización» del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, «REDA», núm. 30, julio-septiembre 1981, págs. 539 a 550, comentario en el que se expresa en forma rotunda, y a nuestro entender plenamente acertada, la solución contraria: «La ilegalidad de un acto administrativo... puede determinar su nulidad radical o su anulabilidad, según sea su desajuste respecto al ordenamiento jurídico. La ilegalidad, en cambio, de una disposición de carácter general, es siempre determinante de nulidad radical porque así lo exige con toda lógica el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado... La contradicción con la Ley se produce, por tanto, no sólo cuando, *ratione materiae*, la disposición inferior vulnera sus postulados, sino también en los casos de incumplimiento de sus exigencias formales en el ejercicio de la potestad reglamentaria» (págs. 548 y 549, *passim*).

La misma solución, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., tomo I, pág. 219: «Todo Reglamento que rebasa los límites formales y sustanciales que acantonan... el ámbito de ejercicio lícito de la potestad reglamentaria incurre en un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho. Así lo ha afirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso en relación al supuesto de que el vicio cometido sea un vicio de forma o de procedimiento... Sería un error pensar... que el vicio de forma en los Reglamentos... determinaba sólo una mera anulabilidad y no la nulidad de pleno derecho...»

En contra, R. ENTREÑA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, Madrid, 1986, págs. 145 a 147.

(35) Véase el anterior apartado 10, y en particular la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 mayo 1985.

podiera considerarse producida quedaría enervada por la vía del posterior recurso. Se pone de relieve, como se habrá notado, el paralelismo con la teoría de la invalidez de los actos y, particularmente, con la progresiva reducción de la relevancia de los vicios de forma que para los actos, no para los Reglamentos, se ha venido acuñando (36). Pero sobre todo se patentiza la subyacente identificación de la audiencia del 130.4 LPA con una posible garantía de los interesados, pues sólo así puede comprenderse esta supuesta asimilación de las alegaciones encauzables a través de ese trámite y de las propias de un recurso.

Todo ello responde a una óptica propia de la «doctrina jurídica liberal» que, según explica SÁNCHEZ MORÓN, «ha llevado a concebir el procedimiento administrativo en función esencialmente garantista...», de manera que «la intervención del particular en el proceso de formación del acto se interpreta como ordenada a la salvaguardia de sus intereses y está vinculada a la protección judicial de los mismos» (37). La completa asunción de esta perspectiva ha sido la que, tal vez, ha llevado al Tribunal Supremo a entender el artículo 130.4 LPA en esta clave. También doctrinalmente ha estado presente la misma idea incluso en la interpretación del artículo 105.a) de la Constitución (38). Lo cierto es, además, que desde el momento en que se da entrada a la aplicación de la regulación legal de los vicios de los actos, como hemos visto que aquí se ha hecho, la misma LPA, al centrar la anulabilidad en la idea de indefensión, expresa terminantemente la consideración del procedimiento como garantía de los interesados y dificulta el adecuado tratamiento de la participación no en defensa de los derechos e intereses individuales, sino de intereses colectivos o difusos.

Expresivo de la penetración de esta perspectiva es que algunas de las pocas sentencias en que se considera esencial el trámite del artículo 130.4 LPA se basan en entenderlo como equivalente y susti-

---

(36) A este respecto es particularmente interesante y suficientemente ilustrativa la exposición de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1983, págs. 594 y ss.

(37) M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación...*, op. cit., pág. 169; vid., también, pág. 106.

(38) En este sentido, J. R. PARADA VÁZQUEZ afirma que el artículo 105.a) de la Constitución se refiere a la audiencia «sin aludir para nada a la idea de participación», lo que «implica... que la justificación de ese procedimiento hay que verla más en la línea de reforzar la garantía de los ciudadanos que en la también presente finalidad de asegurar un mayor acierto o eficacia de la norma reglamentaria» (*Artículo 105. Los principios de audiencia y publicidad...*, op. cit., pág. 314).

tutivo de la audiencia al interesado del 91 de la misma Ley (39).

Pero, al margen de que también por esta vía se pueda llegar a conclusiones diferentes de las adoptadas por la jurisprudencia mayoritaria, como demuestran esas sentencias a las que acabamos de referirnos, lo que posiblemente deba empezar por cuestionarse son las mismas bases de la expuesta doctrina legal. Además de la aplicación a los Reglamentos de la regulación de la nulidad y anulabilidad de los artículos 47.1 y 48 de la LPA, que no nos corresponde aquí desarrollar (40), es la misma configuración que se da al procedimiento de elaboración de disposiciones generales y al trámite de audiencia de las entidades representativas lo que debe comenzar por matizarse.

El procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general tiene como finalidad, en su actual regulación, garantizar su «legalidad, acierto y oportunidad», según se recoge en el artículo 129.1 LPA. En este contexto han de interpretarse todos los trámites previstos y también el de audiencia a las entidades representativas de intereses. Este último, a su vez, interpretado conforme a la Constitución, es cauce de participación ciudadana. No hay contradicción entre la configuración legal y la constitucional porque, de una parte, la participación tiene un componente no despreciable de suministro de datos, de opiniones expresadas desde otros puntos de vista, que garantizan el acierto de la Administración (41), y, de otra, ese acierto de la Administración no es normalmente evaluable en términos completamente objetivos y absolutos, sino que se producirá por la adecuada ponderación de los intereses en juego, cuyo conocimiento, así como el de los beneficios o perjuicios que puedan derivar de la norma proyectada, puede asegurarse la Administración a través de esta audiencia (42) Sobre estas bases, y alejado un paralelismo completo con la audiencia del artículo 91 LPA, carece de fundamento esa exigencia de indefensión en un procedimiento en el que,

---

(39) Nos referimos a las sentencias del Tribunal Supremo de 16 mayo 1972 y 22 diciembre 1982, de las que posteriormente nos ocuparemos. Vid. *infra*, apartados 15 y 16.

(40) Ténganse en cuenta, no obstante, las citas de la anterior nota 34, con las que entendemos suficientemente fundada la negativa consideración que nos merece esta distinción entre nulidad y anulabilidad de Reglamentos.

(41) Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación...*, op. cit., págs. 139-140 y 174-175.

(42) En esta línea, J. DE LA CRUZ FERRER conecta el trámite de audiencia con la inexistencia de «garantías de acierto en una apreciación "iluminista" del interés general que desconozca los intereses colectivos afectados», recordando que, según fórmula de VEDEL, «en su esencia, el interés general es un arbitraje entre intereses y no un valor abstracto» (*Nulidad de Reglamento...*, op. cit., pág. 613).

en sentido propio, no hay interesados. Bastará comprobar que la audiencia a las entidades representativas es obligatoria para, de acuerdo con el artículo 47.2 LPA, declarar la nulidad del Reglamento dictado prescindiendo de ese trámite.

Nada de ello ha sido contradicho por la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de mayo de 1985. Antes al contrario, al negar con acierto que las entidades representativas de los intereses afectados por el futuro Reglamento tengan la condición de interesados en el procedimiento para su elaboración, está imposibilitando indirectamente que el artículo 130.4 LPA sea configurado como equivalente al artículo 91 de la misma Ley y que, por tanto, su omisión requiera indefensión para resultar sustancial. Esclarecedor es que la misma sentencia del Tribunal Constitucional añade inmediatamente:

«La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de organizaciones y asociaciones [art. 105.a) de la Constitución] no constituye ni a aquéllos ni a éstas en interesados en el sentido de partes procedimentales necesarias. Se trata de *un caso de participación funcional* en la elaboración de disposiciones de carácter general, directamente o mediante organizaciones de representación de intereses, a las que, aun participando en el procedimiento..., no se les asigna el carácter de parte procedimental (o interesado)...»

Negar, pues, que sean interesados, que sean «partes procedimentales necesarias», impedirá hablar de indefensión, pero nada tiene que ver ello con reconocer que un trámite del procedimiento, que constituye un supuesto de «participación funcional», sea obligatorio y su omisión causa de nulidad. A este respecto cabe recordar aquí la distinción propuesta por GHETTI entre «partes del procedimiento» y «participantes» en él (43), que lo pueden ser, naturalmente, con carácter necesario y esencial para la validez del mismo.

Superados los anteriores obstáculos, la cuestión vuelve a centrarse en determinar si el trámite es preceptivo o de observancia discre-

(43) G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padua, 1971, pág. 26, recogido críticamente por M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación...*, op. cit., pág. 178. En este mismo sentido debe entenderse la afirmación de la sentencia 61/1985 del Tribunal Constitucional de que la COAG «tampoco tenía que ser llamada al procedimiento administrativo». De su contexto se deduce con claridad que lo que quiere declararse es que no tenía que ser llamada como interesada, como parte del procedimiento, sin entrar en el tema de su audiencia; por ello invoca el artículo 23.c) de la LPA.

cional conforme a los artículos 130.4 LPA y 105.a) de la Constitución, así como en la incidencia de la desaparición de la Organización Sindical, no en la existencia o inexistencia de indefensión.

### III. LÍMITES A LA SUPUESTA DISCRECIONALIDAD EN EL TRÁMITE DE AUDIENCIA

12. Reconocida una facultad discrecional es posible, desde luego, establecer ciertos límites. Difícil es, sin embargo, concretarlos en el tema que nos ocupa, máxime si se excluye la posible eficacia de un principio general de participación consagrado al más alto rango por el artículo 105.a) de la Constitución y del principio de contradicción, tal y como hemos visto se ha hecho por el Tribunal Supremo. Sólo cuando otro precepto distinto del artículo 130.4 LPA impusiera preceptivamente la audiencia cabría alterar la regla. Aun así, al margen del caso anterior, algunas sentencias del Tribunal Supremo han reconocido y hecho valer ciertos límites a la discrecionalidad supuestamente conferida en el artículo 130.4 LPA. Estudiaremos separadamente estos dos supuestos.

13. Por lo que se refiere a las previsiones legales o reglamentarias de audiencia en la elaboración de disposiciones administrativas generales, la que ha ocupado en más ocasiones a la jurisprudencia es la establecida en la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974 (44), cuyo artículo 2.2 dispone: «Los órganos superiores de las profesiones *informarán preceptivamente* los Proyectos de Ley o de disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidades con otras profesiones y el de honorarios, cuando se rijan por tarifas o aranceles» (45). El Tribunal Supremo, en general, ha enten-

(44) Ya con anterioridad a la aprobación de esta Ley había previsiones específicas de audiencia en favor de determinados Colegios. Vid. M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los Colegios Profesionales en el Derecho Administrativo español*, Madrid, 1968, pág. 106, notas 33 y 34.

(45) El artículo 9 de la misma Ley 2/1974, de 13 de febrero, atribuye a los Consejos Generales de los Colegios, entre otras funciones, la de «informar preceptivamente todo proyecto de modificación de la legislación sobre Colegios Profesionales» —apartado i)— y la de «informar los proyectos de disposiciones generales de carácter fiscal que afecten concreta y directamente a las profesiones respectivas, en los términos señalados en el número 4 del artículo 130 LPA» —apartado j)—. Este último apartado, que, a diferencia de los artículos 2.2 y 9.i), no califica al informe de pre-

dido restrictivamente el presupuesto de hecho del transcrito artículo, considerando muy frecuentemente que las disposiciones impugnadas en cada caso no contenían una verdadera regulación de los profesionales adscritos a los Colegios recurrentes, sino normas de organización de la Administración, aunque se trate de servicios prestados por tales profesionales (46), o normas sobre las relaciones laborales (47), o, en general, sin repercusión bastante en las funciones profesionales (48).

Pese a todo, cuando, efectivamente, ha considerado que la disposición era incluíble en las aludidas en el artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales, el Tribunal Supremo ha excluído la aplicación de la doctrina consagrada para el artículo 130.4 LPA y, en concreto, de la discrecionalidad para abrir o no la audiencia, pues, como razona la sentencia de 15 de octubre de 1982 (49), «esa discrecionalidad quiebra desde el instante en que por una disposición de rango de Ley, concretamente la Ley de 13 de febrero de 1974, se exige preceptivamente tal informe, artículo 2, apartado 2, de la precitada Ley, por cuanto esta última disposición, de igual rango que aquélla [se refiere al artículo 130.4 LPA], adopta el carácter de su obligatoriedad, revocando o dejando sin efecto aquella discrecionalidad, con la nulidad de toda disposición que se adopte sin el cumplimiento de aquel inexcusable informe, ínterin el mismo recaiga en las materias estereotipadas en el artículo 2.2 ya citado...».

Aun con esta clara doctrina, parece seguir exigiéndose la indefensión para entender producida la anulabilidad, en línea con la juris-

---

ceptivo y remite al artículo 130.4 LPA, no plantea ninguna singularidad con respecto a este último.

(46) Por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 11 junio 1980, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Gabaldón López, R. Ar. 3174.

(47) Por ejemplo, sentencia de la Sala 3.ª de 19 octubre 1981, Ponente Excmo. señor Fernández Santamaría, R. Ar. 3766; excluye también los aspectos de Seguridad Social la de 24 enero 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Carretero Pérez, R. Ar. 15.

(48) Vid., entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1986, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Garralda Valcárcel, R. Ar. 1742. La sentencia de 3 julio 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Díaz, R. Ar. 3853, excluye también las disposiciones sobre incompatibilidades, pues afectan a la función pública, no al ejercicio profesional. Igualmente, la de la misma Sala de 21 octubre 1986, Ponente Excmo. Sr. Rodríguez García, R. Ar. 5498. No es de extrañar, a la vista de esta jurisprudencia tan restrictiva en la aplicación del artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales, que éstos, en muchos casos, aleguen exclusivamente el genérico artículo 130.4 LPA. Ejemplos reveladores de ello los ofrecen las sentencias de 1 y 22 diciembre 1982 (a las que nos referiremos en el apartado 16), en las que se impone la audiencia de determinados Consejos Generales invocando únicamente el artículo 130 LPA y sin hacer mención de la Ley de Colegios Profesionales.

(49) Sala 3.ª del Tribunal Supremo, Ponente Excmo. Sr. Hernández Hermida, R. Ar. 5771.

prudencia que antes criticamos (50). Incluso no faltan sentencias, como la ya comentada de 19 de octubre de 1981 (51), para las que tampoco en caso de omisión de la audiencia imperativamente prevista en el artículo 2.2 de la Ley de Colegios se afecta a la validez del Reglamento por no haber indefensión.

El Tribunal Supremo ha conocido de otros supuestos en los que una norma específica establecía, para la aprobación de determinados Reglamentos, la necesaria audiencia de ciertas entidades representativas. Aunque la obligatoriedad venga proclamada en una disposición reglamentaria, la jurisprudencia se inclina por concederle el mismo valor y a su omisión la misma virtualidad invalidante que la reconocida respecto a la audiencia del artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales. En estos casos cede la supuesta discrecionalidad conferida en el artículo 130.4 LPA (52).

---

(50) Demostrativo de ello es la misma sentencia de 15 octubre 1982, a la que nos acabamos de referir, en la que se afirma que «su incumplimiento [el del trámite de audiencia del Colegio] acarrea la *anulabilidad* del Real Decreto en cuestión, tal y como al efecto dispone el artículo 48 de la Ley Procedimental, máxime si esa omisión de trámite produjo la indefensión del Colegio recurrente, al no haber podido dar directrices u opiniones...».

(51) Sobre esta sentencia, ver el texto correspondiente a la anterior nota 30.

(52) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 octubre 1984, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 4718, conoce del recurso contra una Orden sobre tarifas portuarias dictada en virtud de la Ley de 28 de enero de 1966. En esta Ley se establecía el procedimiento a seguir, y en él debía oírse a los organismos portuarios y solicitar informe de la Organización Sindical. Sin embargo, explica esta sentencia, «no se produjo la preceptiva información de las entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general corporativo afectados por la disposición recurrida que anteriormente se figuraba en la Organización Sindical». Por ello, «los términos imperativos de los preceptos invocados no dejan lugar a la duda acerca del carácter sustancial e indispensable» de este trámite, y su inobservancia supone la nulidad de la Orden, que declara el Tribunal, «sin que a ello pueda ser óbice la supuesta opción de carácter discrecional contenida en el artículo 130.4 LPA, reconocida con reiteración por esta Sala, pues esa discrecionalidad quiebra desde el instante en que por una disposición con rango de Ley se exige preceptivamente tal informe».

Pese a que se habla de una «disposición con rango de Ley», igual que hacía la sentencia de 15 octubre 1982 (referente a Colegios Profesionales, y que hemos citado anteriormente), no parece que el Tribunal Supremo confiera valor distinto a estas previsiones cuando se contienen en un Reglamento. Así puede desprenderse de la sentencia de 6 diciembre 1985, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Sánchez Andrade y Sal, R. Ar. 644. En esta última se trata de unas Instrucciones aprobadas por Resolución de una Dirección General en desarrollo de una previa Orden Ministerial que establecía la necesaria audiencia de las Organizaciones Profesionales de Detectives Privados. El recurso no prosperó porque se entendió cumplido tal trámite (vid. *infra*, apartado 27), pero en ningún momento se cuestiona la eficacia del mandato de audiencia contenido en una norma administrativa.

Cuestión distinta podría ser la que plantease un Reglamento aprobado sin observar el trámite de audiencia impuesto preceptivamente en otro Reglamento del mismo o inferior rango. Entendemos que la solución tendría que ser igualmente la de la nulidad de la disposición administrativa aprobada con este defecto. Así lo

La misma solución habrá de darse en los otros casos en que se ha previsto igualmente, de manera específica para materias concretas, la audiencia preceptiva de ciertas entidades. Son numerosos estos supuestos, especialmente en el ámbito laboral y de la Seguridad Social (53). Fuera de éste, resulta especialmente destacable, sobre todo por desbordar el marco de las relaciones profesionales y de las organizaciones de este tipo, la novedad introducida en el artículo 22 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el que se establece la audiencia de sus asociaciones en «el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a las materias que afecten directamente a los consumidores y usuarios» (apartado 1), señalándose expresamente su carácter preceptivo en algunos casos concretos, pero amplios (apartado 2), y consagrando, paralelamente, que «las Asociaciones empresariales serán oídas en consulta en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que les afecten directamente» (apartado 3) (54). Tampoco aquí, claro está, podría aceptarse de ninguna forma el carácter facultativo del trámite ni su calificación como de observancia discrecional. La consecuencia de su omisión no podría ser otra que la nulidad del Reglamento, y ello aunque no se produzca indefensión de ningún tipo ni para las asociaciones de consumidores ni para las de empresarios (55).

---

exige el principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos. Y ello porque no se trataría de contraponer una norma y otra, según su rango, sino unos actos de trámite (en los que explícita o implícitamente se acuerda prescindir de la audiencia) y una norma reglamentaria imponiéndola. Lo que sí podría, naturalmente, ese Reglamento de igual o superior rango es derogar al que imponía la audiencia, pero no incumplirlo. Además, en cualquier caso, antes de que esta segunda norma se aprobara estaría vigente la anterior, que, por tanto, regularía como mínimo los trámites necesarios para su aprobación. En definitiva, no creemos que pueda aplicarse aquí la misma doctrina que para los defectos de elaboración de leyes, ni siquiera en los casos en que la norma aprobada sea superior a la que establece los trámites.

(53) Posteriormente nos referiremos a las previsiones a este respecto del Estatuto de los Trabajadores (*infra*, nota 117). Por lo que se refiere a la Seguridad Social, su Texto Refundido de 30 de mayo de 1974 la establece en sus artículos 7.5, 10.2.1, 10.5.11, etc.

(54) Sobre este artículo 22 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vid. E. RIVERO YSERN, *Derecho de representación, consulta y participación*, «Estudios sobre Consumo», núm. 3, diciembre 1984, págs. 107 y 108.

(55) Sirvan estas afirmaciones evidentes para volver a rechazar la búsqueda de una indefensión como requisito de anulabilidad del Reglamento aprobado sin la audiencia. Ninguna de estas asociaciones puede sufrir indefensión en sentido técnico y preciso, y, además, el trámite no tiene la finalidad de procurarles ningún medio de defensa. La audiencia está incluida en el capítulo VI, denominado «Derecho de representación, consulta y participación», que supone el desarrollo de uno de los derechos básicos de los consumidores, no de sus asociaciones, reconocido en el ar-

14. Pero al margen de tales supuestos y centrándonos de nuevo en el artículo 130.4 LPA, el Tribunal Supremo ha señalado también límites a la discrecionalidad supuestamente conferida por este precepto.

Como hemos señalado anteriormente, la fórmula más reiteradamente recogida por la jurisprudencia para expresar el carácter facultativo de la audiencia de entidades representativas es la de reconocer un «cierto» o un «amplio margen de discrecionalidad». La ambigüedad de esta expresión, que no encuentra mayor aclaración en las resoluciones que la utilizan, no necesita ser subrayada. Pero es el caso que algunas sentencias han entendido superado tal margen, declarando, consecuentemente, la nulidad de la disposición dictada sin la audiencia prevista en el repetido apartado.

Tal conclusión, entendemos, únicamente podría explicarse si se admite que el trámite es preceptivo; al menos que lo es en algunos casos, aunque sea facultativo en otros, pero rechazando la interpretación tradicional que hemos venido exponiendo. No lo hacen así las sentencias que queremos analizar ahora, quedando en un punto intermedio entre el carácter facultativo y preceptivo que supone una contradicción irresoluble y que, aunque así se pretenda, no queda explicada suficientemente con la invocación a límites de la discrecionalidad.

Las tres sentencias que estimaron la pretensión anulatoria basada en el incumplimiento del artículo 130.4 LPA, por entender excedidos los límites de la discrecionalidad conferida, se refieren, en realidad, a una misma disposición que fue objeto de tres recursos contenciosos directos (56). No parece aventurado, por tanto, afirmar que las dos últimas actúan con el pie forzado de la primera que ya declaró la nulidad de la Orden impugnada. Pese a todo, no siguen rigurosamente el razonamiento de la sentencia inicial, y al apartarse de éste expresan con mayor claridad, si no el verdadero alcance y significado del artículo 130.4 LPA, sí, al menos, la justificación del fallo.

---

tículo 2.1 de la misma Ley, concretamente en su apartado e): «... la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les acten... a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas».

(56) Se trata de la Orden de Presidencia del Gobierno de 4 de noviembre de 1982, sobre Registro Oficial de Ganaderías de Lidia, que fue recurrida por la Asociación Nacional de Ganaderos de Lidia, por la Unión de Criadores de Toros de Lidia y por un empresario individual en recursos no acumulados y resueltos en las tres sentencias que comentamos.

La primera de estas sentencias es la de 18 de diciembre de 1985 (57), que, tras declarar que la Orden recurrida «no se conjuga muy bien con los principios informantes del Ordenamiento jurídico en un Estado social y democrático de Derecho» y no extraer ninguna consecuencia de ello, afirma:

«... el hecho de no haber dado oportunidad a estas Asociaciones de Ganaderos de exponer sus opiniones sobre el objeto de la Orden de que se trata, aun reconociendo que, *por la forma en que está redactado el precepto del artículo 130.4 de la LPA, ello no es de cumplimiento imperativo*; mas, a pesar de ello, por esas otras circunstancias antes analizadas, una razón de prudencia y de contribución a un resultado más equilibrado y equitativo *aconseja acoger la sugerencia dada por Agricultura en vía administrativa y decretar la nulidad de actuaciones, retro trayéndolas al momento inicial de formación del expediente, oyendo en él a las citadas agrupaciones de Ganaderos...*».

Aunque la transcrita sentencia ha sido considerada como «el correctivo necesario a los criterios jurisprudenciales que han regido esta temática» (58), y aunque ha sido destacada por la doctrina su «voluntad de interpretar con rigor el artículo 130.4 LPA que hasta el presente se había considerado como una especie de cheque en blanco en favor de la Administración» (59), lo cierto es que no alcanza a superar los presupuestos de la interpretación tradicional, sino que se mueve dentro de su órbita, pese a que, como veremos inmediatamente, se habían dictado con anterioridad sentencias más precisas y terminantes en cuanto a la obligatoriedad del repetido trámite de audiencia.

En realidad, llega a ser incluso difícilmente explicable la nulidad decretada y la retroacción del expediente para que sean oídas las asociaciones pertinentes si se sigue manteniendo, como expresamente

---

(57) Sala 4.<sup>a</sup>, Ponente Excmo. Sr. Del Burgo Merchán, R. Ar. 6539. Esta sentencia ha sido comentada por J. DE LA CRUZ FERRER, *Nulidad de Reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados*, «REDA», núm. 52, octubre-diciembre 1986, págs. 607 a 615.

(58) A. SÁNCHEZ BLANCO, *Sujetos...*, op. cit., pág. 131.

(59) J. DE LA CRUZ FERRER, *Nulidad de Reglamentos...*, op. cit., pág. 615.

se hace, el carácter no imperativo del artículo 130.4 LPA (60). Si el verdadero fundamento del fallo es, como parece, la no adecuación de la Orden a principios generales o si, como ha entendido DE LA CRUZ FERRER, «estamos ante un evidente control de la proporcionalidad» (61), podría haberse declarado la nulidad con otros argumentos, pero en ningún caso imponer el cumplimiento de lo que, al mismo tiempo, se está declarando facultativo.

Alguna explicación puede encontrarse en las otras dos sentencias que resuelven recursos planteados contra la misma Orden, acogiendo, asimismo, la causa de nulidad basada en la omisión del trámite estudiado por constituir un supuesto en que «cede la discrecionalidad», discrecionalidad que, no obstante, se sigue reconociendo a la Administración con carácter general.

Dice así la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1986 (62):

«Es doctrina de esta Sala que el artículo 130.4 de la LPA constituye un *trámite de observancia discrecional... mas esa discrecionalidad cede* cuando se acredita que los intereses en juego pueden afectar gravemente a los intereses generales o corporativos, en cuyo caso *será preceptivo* oír a las asociaciones sindicales...»

No habiéndose hecho así en el supuesto enjuiciado, la sentencia estima «procedente, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto, anular la Orden referida, dejándola sin valor ni efecto». La misma doctrina, y aun con idénticas expresiones, se reitera en la sentencia de 18 de abril de 1985 (63).

---

(60) A. SÁNCHEZ BLANCO trata de superar la contradicción en la que incurre la sentencia afirmando que se limita a «señalar, con mesura y prudencia, que no es de cumplimiento imperativo...» y «... en efecto, no es imperativo, porque admite las exclusiones que prevé...» (*Sujetos...*, op. cit., pág. 133). Pero es evidente que la sentencia en cuestión no limita el carácter facultativo a los supuestos excepcionales expresamente previstos, y entenderla así es hacerle decir lo que, en realidad, no dice: que el trámite es preceptivo, salvo excepciones en que es facultativo. Pero es que, además, en esas excepciones no es facultativo, sino que no puede o no debe realizarse porque o es imposible («Siempre que sea posible...») o es contrario al interés público («... salvo cuando se opongan a ello razones de interés público...»).

(61) J. DE LA CRUZ FERRER, *Nulidad...*, op. cit., pág. 163.

(62) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Garayo Sánchez, R. Ar. 1774. Es de destacar que no hay en ella referencia alguna a la sentencia de la misma Sala de 18 diciembre 1985 que había declarado, cuatro meses antes, la nulidad de la misma Orden aquí impugnada.

(63) Igual Sala y Ponente que la anterior, R. Ar. 2798.

Se trata, en suma, de que la «discrecionalidad» existe, pero «cede» en determinados casos. No se precisa si «cede» porque tiene límites, como toda facultad discrecional sin dejar de ser tal, o porque no hay discrecionalidad en algunos casos. Esto último, que parece lo más lógico, supondría romper radicalmente con la interpretación tradicional, que, sin embargo, se mantiene (64), aunque matizadamente. En cualquier caso, no se comprende cuál sea la justificación de la imposición del trámite, puesto que no se la hace derivar del artículo 130.4 LPA, y el artículo 105.a) de la Constitución no es ni tan siquiera citado por ninguna de las tres sentencias.

Lo único que puede afirmarse con seguridad es que en el caso planteado, y no se sabe en qué otros más, el artículo 130.4 LPA, pese a ser de observancia discrecional, impone la audiencia de las entidades representativas de intereses y su incumplimiento comporta la nulidad del Reglamento. Debe retenerse, además, que los supuestos en que la «discrecionalidad cede» son descritos en función de la repercusión de la norma proyectada sobre los intereses representados por la asociación (en concreto, cuando se vean afectados «gravemente»), en lo cual parece latir, aunque no se aluda a ello, la identificación de la audiencia como un medio de defensa (65).

---

(64) Así, la ya citada sentencia de 18 abril 1986 comienza su razonamiento señalando que «aunque el artículo 130.4 LPA constituye un trámite de observancia discrecional que ha de reconocerse al organismo que lleve la iniciativa del Proyecto de elaboración de la Disposición, dicha discrecionalidad cede...». Es decir, la interpretación tradicional se mantiene aunque con límites.

(65) Sobre ello se volverá en el apartado 24.

Oportuno será traer aquí una cuarta sentencia del Tribunal Supremo, la de 12 abril 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Mateos García, R. Ar. 1987, que, aunque no estima la pretensión de nulidad y considera la omisión de la audiencia enjuiciada dentro del margen de discrecionalidad conferido legalmente, trata de demostrar que su doctrina no es contraria a la sentada por una sentencia de 16 mayo 1972 (de la que nos ocuparemos en el apartado 15), «por cuanto en ésta se trataba de una disposición de carácter general afectante a muy particulares intereses de carácter corporativo al tratarse de un Reglamento Orgánico de profesión determinada». Así era, efectivamente, pero la citada sentencia de 1972 no limitaba la obligatoriedad de la audiencia a supuestos tan reducidos, constituyendo un claro exponente de otra línea jurisprudencial (apartado 15). Si puede afirmarse, por el contrario, que esa sentencia de 12 abril 1986, al «reinterpretar» la de 1972, sustenta claramente un límite a la discrecionalidad que habría que entender superado en los Reglamentos de profesión determinada y otros que afecten «a muy particulares intereses de carácter corporativo».

IV. LA AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 130.4 LPA COMO TRÁMITE PRECEPTIVO  
EN LA JURISPRUDENCIA. EN PARTICULAR, LA SENTENCIA  
DE 29 DE DICIEMBRE DE 1986

15. Frente a las numerosas sentencias que proclaman el carácter facultativo de la audiencia a la Organización Sindical y otras entidades representativas, las escasas resoluciones en sentido contrario no pueden interpretarse más que como excepciones a una doctrina jurisprudencial aparentemente consolidada.

Con anterioridad a la Constitución, la excepción viene fundamentalmente constituida por la ya aludida sentencia de 16 de mayo de 1972 (66), sin perjuicio de reconocer algunos precedentes que, por su escasa argumentación, ofrecen menor interés (67).

En esta sentencia, con independencia de cierta equivocidad terminológica, se opta decididamente por imponer el trámite del artículo 130.4 LPA, salvo en los supuestos expresamente exceptuados en él y con el requisito formal allí establecido:

«El párrafo 4 del artículo 130 de la Ley de 1958 comienza diciendo “siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje”; pero semejante autorización, comprensible como cautela del interés público ante la extrema variedad y el delicado alcance que pueden revestir algunas de las disposiciones generales, *no constituye la expresión de una discrecionalidad de arbitrio o infundado uso*, sino que queda supeditado a lo que el propio párrafo consigna al final: “salvo cuando se opongan a ello razones de interés público, debidamente consignadas en el anteproyecto”; de donde cabe deducir en directa lógica que el silencio sobre tales razones representa pura y simplemente la expresión omisiva de la falta de cumplimiento del *mandato legal*.»

---

(66) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Cordero de Torres, R. Ar. 2971.

(67) Nos referimos, concretamente, a la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 7 febrero 1966, Ponente Excmo. Sr. Alvarez del Manzano y García Infante, R. Ar. 529, en la que se declara que «... contemplado el artículo 130... resulta *evidente... tenía necesariamente... que reclamarse informes razonados, relativos al repetido proyecto, a las entidades a las que por ley corresponda la representación y defensa de intereses de carácter corporativo que pudieran verse afectados por la disposición...».*

Es cierto que no se niega completamente cualquier discrecionalidad, sino tan sólo la «arbitraria o de infundado uso», lo cual está siempre prohibido incluso en los casos de más amplia discrecionalidad. Pero el significado que a ello se da, el expreso condicionamiento a «lo que el propio párrafo consigna», la alusión al «mandato legal», suponen algo más que el rechazo del uso arbitrario de la discrecionalidad. De todas formas, su exclusión completa se deduce sin dudas de otro de sus considerandos:

«... debe recordarse que el trámite... que establece el párrafo 4 del artículo 130 de aquella *Ley equivale y sustituye al de audiencia de los interesados* que respecto del procedimiento común preceptúa el artículo 91, de suerte que su cumplimiento no constituye formalidad accesoria, sino *requisito y garantía esencial*, ligada a la *validez del resultado* del procedimiento elaborativo».

Comentamos antes críticamente esta identificación entre la audiencia del artículo 91 LPA y la del 130.4. No será necesario volver sobre ello, que, además, no se lleva aquí a su última consecuencia de requerir la producción de indefensión para conferirle virtualidad invalidante. Lo que queda claro, y es lo único que ahora interesa subrayar, es que el trámite, igual que el de la audiencia del artículo 91 LPA, es «esencial», sin que, por tanto, quepa reconocer discrecionalidad para su cumplimiento.

16. Sólo diez años después, ya en plena vigencia de la Constitución, se dictan dos nuevas sentencias que se apartan del criterio mayoritario en términos inequívocos y rotundos. No hay alusión alguna a una posible discrecionalidad, ni al artículo 105.a) de la Constitución (68), ni a la eventual indefensión. Simplemente se afirma que el trámite es preceptivo, salvo las excepciones expresamente consignadas en el artículo 130.4 LPA. Nos referimos a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 22 de diciembre de 1982 (69). La primera de ellas terminantemente declara:

---

(68) En realidad, tal apoyo en el artículo 105.a) de la Constitución no podía hacerse en una de las sentencias, la de 1 diciembre 1982, en la que se conocía de una norma preconstitucional y, por tanto, aprobada con un procedimiento en el que aquel artículo no se había podido tener en cuenta.

(69) Ambas de la Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Delgado-Iribarren y Negroa, R. Ar. 7731 y 8081, respectivamente.

«Que el que acaba de citarse es... un *informe preceptivo*, cuyo carácter y naturaleza presentan una indudable y estrecha afinidad con el trámite de audiencia de los interesados que se exige en el procedimiento administrativo ordinario, según se expresa en la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 1972, si bien su exigencia está condicionada a tres circunstancias: 1) que sea posible; 2) "que la índole de la disposición lo aconseje"; 3) "que no se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto"» (70).

Igual ocurre en la sentencia de 22 de diciembre de 1982, a la que le basta afirmar que «con arreglo a lo dispuesto en el artículo 130.4 LPA, *constituye un trámite preceptivo*, dentro del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, la audiencia previa de las Entidades...».

Verdaderamente no parece necesario nada más para justificar lo que, en efecto, se cree puede desprenderse de la misma redacción del artículo. Pero ante una tan abundantísima jurisprudencia contraria, a la que no se hace referencia, hubiera resultado adecuada una detenida argumentación que explicara tan radical cambio de orientación como el que realizan estas dos sentencias. Quizás por ello su doctrina no ha encontrado continuidad y el Tribunal Supremo, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, ha seguido posteriormente considerando al trámite de audiencia como facultativo (71).

---

(70) Destacable es que en este caso se impugnaba por el Consejo General del Colegio de Médicos la ordenación de los servicios de Medicina e Higiene Escolar; es decir, una norma que, conforme a los criterios usualmente manejados por el Tribunal Supremo, no habría sido considerada como afectante a los intereses representados y defendidos por aquellos Colegios ni tan siquiera para justificar la aplicación del artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales. Véase el anterior apartado 13. De hecho, la sentencia ahora comentada no se refiere en absoluto a esta última Ley y se apoya exclusivamente en el artículo 130.4 LPA, lo que no es inusual, según ya anticipamos. Vid. *supra*, nota 48. Sirve lo anterior para destacar que no cabe entender de ninguna forma que la sentencia limite la obligatoriedad de la audiencia a los Reglamentos Orgánicos de una profesión determinada o a los «afectantes a muy particulares intereses de carácter corporativo», como quiso hacer interpretar posteriormente la sentencia de 12 abril 1986 lo declarado en la de 16 mayo 1972. Vid. *supra*, nota 65.

(71) Salvo error, sólo la sentencia de 20 abril 1985 (citada en nota 18) recuerda estas dos anteriores, aunque para optar, finalmente, por la solución contraria: «... porque salvo en alguna resolución, como las de 1 y 22 de diciembre de 1982 invocadas por la parte recurrente, la doctrina jurisprudencial ha afirmado el carácter potestativo o discrecional de la audiencia de las entidades afectadas y tal criterio se mantiene con posterioridad, reiterando la condición facultativa del trámite...».

17. Justifica lo anterior que, pese a los precedentes expuestos, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1986 (72) pudiera ser considerada, otra vez, como el principio de un cambio de orientación jurisprudencial. Bases para ello ofrece esta sentencia, que, ahora sí, de manera detallada y sólida, desmonta los argumentos generalmente utilizados para sostener el carácter facultativo del trámite. A efectos de exposición nos referiremos separadamente a la sustitución de la discrecionalidad por los conceptos jurídicos indeterminados, a la aplicación del artículo 105.a) de la Constitución como criterio para interpretar el artículo 130.4 LPA y a la configuración del trámite como cauce de participación y medio de asegurar el acierto de la Administración, no identificable con la audiencia del interesado ni sustituible por las alegaciones hechas en los recursos. Posteriormente se tratará de las repercusiones de la doctrina que contiene y de los posibles criterios para su aplicación.

18. Comienza por negar que la redacción del repetido párrafo 4 obligue a entender conferida una discrecionalidad al órgano actuante, considerando, por el contrario, que en realidad contiene conceptos jurídicos indeterminados, pese a las dudas que los términos legales suscitan:

«La pura dicción literal del precepto plantea el problema de determinar si el trámite que regula es una exigencia preceptiva o si, por el contrario, es una mera recomendación discrecional: la referencia al supuesto de que “la índole de la disposición lo aconseje” suele dar lugar a la conclusión de que no se trata de un informe preceptivo, sino de un simple “consejo”, lo que vendría a teñir de discrecionalidad el precepto examinado.

Sin embargo, todavía en el texto del propio precepto, cabe advertir que la norma contiene otras dos expresiones que no armonizan con tal discrecionalidad: el trámite habrá de observarse “siempre que sea posible” y podrá prescindirse de él “cuando se opongán a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto”.

Ello implica que, sin salir del terreno de la norma

---

(72) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Delgado Barrio, R. Ar. 1675 de 1987.

que se examina, la relación existente entre sus diferentes partes sugiere que *el trámite no es de observancia discrecional*; se trata de un *informe preceptivo*, bien que matizado por *varios conceptos jurídicos indeterminados*: lo “posible”, la existencia de “razones de interés público” que se opongan a ello y, finalmente, que la índole de la disposición lo “aconseje”...»

Se aplica, por tanto, la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, y, desde esta perspectiva, pudiera considerarse que no es más que un nuevo exponente de su fuerza expansiva que, como explica GARCÍA DE ENTERRÍA, ha hecho caer en la cuenta de «que una buena parte [quizás la mayoría; para la última doctrina alemana, prácticamente todos] de los supuestos tradicionalmente tenidos por atribuciones de potestad discrecional por las Leyes no son sino el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados» (73).

Pero esta aplicación relativamente tardía (74) de la referida doctrina es perfectamente explicable y, por ello mismo, presenta todavía interés. A este respecto no puede olvidarse que el artículo 130.4 LPA contiene un tipo límite de concepto jurídico indeterminado —suponiendo que se acepte calificarlo así— en cuanto que su aplicación exige un juicio de valor. Fundamentalmente nos referimos a la expresión «la índole de la disposición lo aconseje», aunque también la mención de las «razones de interés público» tiene similares connotaciones: hay remisión a una valoración y no simplemente a un significado que pueda deducirse de la experiencia común o de la experiencia técnica, como ocurre normalmente en los conceptos jurídicos indeterminados. No puede dejar de recordarse que son este tipo de conceptos valorativos los que han planteado y plantean actualmente mayores dificultades y que su asimilación, o incluso plena identifi-

(73) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., tomo I, pág. 435.

(74) Sobre la ya hace años consolidada penetración de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados en nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, cfr. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, págs. 286 a 302. La anterior introducción doctrinal en España, procedente de Alemania, se debe, como es sabido, a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, que diseñó los rasgos característicos de los conceptos jurídicos indeterminados y su diferenciación de la discrecionalidad en una conferencia pronunciada en la Universidad de Barcelona en 1962, publicada bajo el título *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, en el núm. 38 de esta REVISTA, págs. 159 y ss. (vid., en especial, págs. 171 y ss.), y posteriormente como libro, con el mismo título (1.ª ed., Madrid, 1974; 2.ª ed., Madrid, 1974), de donde se cita. Sobre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, vid., en particular, págs. 32 a 42.

cación, con la potestad discrecional ha sido defendida desde distintos ángulos (75). Es ello, y no sin fundamento alguno, lo que explica que el artículo 130.4 LPA se haya resistido a ver reducidos sus términos a la categoría general de conceptos jurídicos indeterminados con todas las consecuencias a esto inherentes.

Por lo que a este aspecto se refiere, la sentencia presenta un interés que desborda el marco de la concreta interpretación del artículo 130.4 LPA en cuanto que califica como conceptos jurídicos indeterminados a algunos esencialmente valorativos (76), y tras esto les

---

(75) A este respecto ofrece una postura especialmente significativa E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo* (traducción española), Madrid, 1958, dado que parte de diferenciar potestad discrecional y conceptos indeterminados: «Las operaciones lógicas para dar un contenido concreto a estos conceptos indeterminados, no constituyen un ejercicio de la facultad discrecional» (pág. 125). Pero, en realidad, tal conclusión la circunscribe a los «conceptos puramente empíricos». Para él, «otra es la situación cuando se trata de conceptos de valor», y aunque «es evidente que en la relación con los conceptos de valor como tales... no es dable ninguna potestad discrecional» (pág. 126), acaba reconociendo para gran parte de ellos una similitud sustancial con la discrecionalidad y su control jurisdiccional (vid. págs. 128 a 132, 142 y 143, *passim*).

En nuestra doctrina merece destacada atención A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad...*, op. cit., págs. 381 y ss. Parte de reconocer que no cabe identificar aplicación administrativa de conceptos normativos indeterminados con discrecionalidad administrativa. Pero ello no le impide reconocer que, en algunos casos, «la indeterminación normativa opere como si se tratase de un ámbito libre para la Administración» (pág. 383), y ello es precisamente lo que ocurre con aquellos que exigen una valoración por quien ha de aplicarlos. Y ello porque, aunque los conceptos de valor tienen estructura interpretativa, no es posible «comprobar totalmente su adecuación; hay siempre... un ámbito de arbitrio personal...» (pág. 385). Por estas razones considera «inviabile la pretensión de fiscalizar de manera exhaustiva... en la mayoría de los casos, la valoración administrativa previa» (pág. 386), y afirma que «desde luego, la aplicación de esos conceptos no es materia discrecional... aunque opere en buena medida como si de discrecionalidad se tratase» (págs. 387-388), e incluso que «en la ejecución de normas cuya aplicación exige un juicio valorativo, la Administración puede llegar a disfrutar de un ámbito de libertad en su apreciación, actuando discrecionalmente en la elección del criterio de valor» (pág. 393). En suma, concluye que los casos límite, como el de los conceptos valorativos, «son equiparables a supuestos de discrecionalidad administrativa sólo en el sentido de que confieren a la Administración un cierto margen de libertad... bien entendido... que existe no, meramente, porque se trate de una valoración, sino en cuanto ésta rebasa los límites de su objetivación» (pág. 398), dando lugar a lo que denomina una «discrecionalidad atípica» (pág. 399).

Todas estas reservas a una identificación completa con la discrecionalidad derivan de la idea de que ésta sólo puede ir referida a las consecuencias jurídicas, pero no al supuesto de hecho, lo que también sería el caso del artículo 130.4 LPA, que analizamos. Por ello no estará de más señalar que, para la más reciente doctrina alemana, «se puede volver a reconocer discrecionalidad también en relación con el supuesto de hecho de las normas legales», según explica MARTÍN BULLINGER, *La discrecionalidad...*, op. cit., pág. 5.

Completa identificación entre conceptos de valor y discrecionalidad admite M. MARTÍN GONZÁLEZ, para quien se está ante verdaderos conceptos jurídicos indeterminados, a los que identifica con potestad discrecional (véase la anterior nota 13), cuando encierran un criterio de valor (*Sanidad...*, op. cit., págs. 113, 120, 122 y 123).

(76) Así, la sentencia ahora analizada se adscribe a la línea defendida en Espa-

aplica la doctrina común relativa a ellos (77) sin más que reconocer una especial dificultad del control judicial de la interpretación y aplicación administrativa previa, dada la mayor extensión de la zona de incertidumbre que expresamente reconoce la sentencia.

Concretamente, refiriéndose a la expresión legal de que «la índole de la disposición lo aconseje», aclara:

«Este último es el concepto que puede ofrecer mayores dificultades para su aplicación. No obstante, y aun contando con el *halo de dificultad* característico de los conceptos jurídicos indeterminados, puede entenderse que hay una *zona de certeza positiva...*» (78).

Por tanto, en lo que ahora interesa destacar, ni siquiera ante los conceptos indeterminados de carácter valorativo reconoce libertad estimativa o discrecionalidad de la Administración, sino únicamente mayores dificultades de control jurídico (79).

19. Aunque lo anterior pudiera ser suficiente, la sentencia ahora comentada se refuerza «atendiendo —según su propia expresión— a criterios de mayor relevancia hermenéutica». Entre ellos, el principio de interpretación conforme a la Constitución:

ña, especialmente, por F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, op. cit., págs. 204 y 205.

(77) Quiere decirse con esto que se opta decididamente por negar un distinto tratamiento a los conceptos de experiencia y de valor. Es esto lo fundamental, pues, como se desprende de las citas de la nota 75, ciertos autores reconocen la identidad estructural de todos los conceptos jurídicos indeterminados, incluyendo a los de valor, pero dan a éstos un tratamiento jurídico distinto que se aproxima más al de la discrecionalidad. También en este punto, y especialmente en él, la sentencia es coincidente con la doctrina sustentada por F. SAINZ MORENO, que, por lo que ahora interesa, afirma: «En el caso de su aplicación por la Administración, no puede concluirse que tratándose de conceptos de experiencia, la decisión administrativa sea controlable judicialmente y que, en cambio, no lo sea cuando se trata de conceptos de valor» (*ibidem*, pág. 205, nota 17).

(78) De esta concreta «zona de certeza positiva» nos ocuparemos en el siguiente apartado 24.

(79) Quizás de aquí quepa deducir la necesidad de reconocer con especial amplitud una presunción de razonabilidad en la aplicación administrativa de tales conceptos o, si tal margen se acepta ante conceptos indeterminados, una mayor amplitud del margen de apreciación administrativa. A este respecto, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., tomo I, págs. 437 y 438, y F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, op. cit., págs. 223 y ss. Críticamente, cfr. A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad...*, op. cit., págs. 227 y ss. No entra en ello la sentencia, por lo que no profundizaremos en este punto. Lo único que afirma expresamente es una mayor dificultad, y ello no para todo el concepto, sino para su «halo» o zona de incertidumbre, la cual es característica de todos los conceptos jurídicos indeterminados y no exclusiva de los valorativos, por lo que ni tan siquiera en este punto reconoce realmente una peculiaridad.

«El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico —art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— *intensifica la conclusión apuntada*. El artículo 9.2 de la Constitución aspira a obtener una intensa participación ciudadana, y en esta línea su artículo 105.a) prevé la audiencia de los ciudadanos...: *el “consejo” del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento, entendido conforme a la Constitución, es claramente una “exigencia”.*»

No se desmiente la inaplicabilidad directa del artículo 105.a) de la Constitución, consagrada por la anterior jurisprudencia; por el contrario, queda patente con su asimilación al artículo 9.2 del mismo Texto Constitucional. Tampoco se considera que estos preceptos sean suficientes para determinar un contenido concreto del artículo 130.4 LPA: sólo «intensifican la conclusión apuntada». Se trata, en suma, de una impecable aplicación del principio de interpretación invocado, que, aunque anterior a su plasmación en la Ley Orgánica del Poder Judicial (80), está teniendo a partir de ella mayor efectividad práctica.

20. Finalmente, la sentencia ofrece una configuración del trámite analizado que le permite obviar los planteamientos de la jurisprudencia anterior y, sobre todo, su difícil búsqueda de la indefensión. Por lo pronto, en línea con lo que antes afirmábamos, recuerda que «la finalidad del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales es la de garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllas». En este procedimiento todos sus trámites, y por supuesto el de audiencia, han de entenderse referidos a tales fines. Concretamente, declara: «el informe que se examina es un importante elemento a la hora de asegurar tales objetivos». Esto, unido a los anteriores criterios interpretativos, permite concluir que «el trámite que se examina es de *preceptiva observancia* y *no discrecional*», y su omisión «ha de calificarse de *vicio esencial*».

Ninguna referencia, por tanto, al supuesto paralelismo con la audiencia del artículo 91 LPA, ni a la consideración como un medio de defensa. Se trata, sobre todo, de asegurar el acierto de la Admi-

---

(80) Fue ya aplicado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 4 mayo 1982, pero, en realidad, es directamente «una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, op. cit., tomo I, pág. 126).

nistración y no únicamente la legalidad del Reglamento. Un acierto que afecta especialmente a los aspectos discrecionales, al «núcleo de oportunidad» que hay siempre en el ejercicio de la potestad reglamentaria (81). Es justamente en este núcleo sobre el que los informes pueden incidir de manera más relevante y con carácter insustituible (82). Por ello, en clara respuesta a la jurisprudencia que negaba virtualidad invalidante a la omisión del trámite por la posterior interposición de recursos, razona:

«Y es en esta zona de pura oportunidad donde la *participación ciudadana* va a resultar esencial: para garantizar la legalidad del Reglamento, el recurso jurisdiccional es una vía plenamente adecuada. En cambio, ya no lo es tanto para garantizar su "*acierto y oportunidad*". En este terreno pueden existir alegaciones que, hechas en la vía administrativa por el cauce del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento, podrían dar lugar a una rectificación del criterio de la Administración y que, sin embargo, formuladas en sede jurisdiccional resulten inoperantes.»

No hay, pues, que afirmar o negar la producción de indefensión. Se trata de un trámite de «participación», no de garantía, y de un trámite que, supuesto su carácter preceptivo, tiene el tratamiento de

---

(81) La misma sentencia se ve obligada a recordar estas ideas elementales: «La potestad reglamentaria, aun con intensos límites reglados, tiene inevitablemente aspectos discrecionales. Es cierto que la doctrina ha venido alumbrando técnicas, cada vez más eficaces, para el control de la discrecionalidad administrativa que son reiteradamente aplicadas por nuestra jurisprudencia. Pero aun así, hay siempre un último núcleo de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial.»

(82) También, obviamente, pueden referirse y se referirán normalmente a cuestiones de legalidad. Pero respecto a éstas, en las que sí puede verse un aspecto de garantía de derechos e intereses en el trámite, los posteriores recursos suplen su omisión. No así en el terreno de la simple oportunidad. En este sentido, la sentencia es coincidente con la observación que formula MARTÍN BULLINGER: «Está reconocido que la administración únicamente está sometida a un control judicial del marco de su actuación en la medida en que promulga disposiciones... Naturalmente, en este proceso se puede presentar la exigencia de Derecho Constitucional de compensar la disminución del control judicial con un aumento de las garantías en el proceso de toma de decisiones por la misma administración... Esto sucede más intensamente cuando más gravemente incide una actuación en la esfera jurídica del ciudadano y cuanto más amplia sea la autonomía de decisión material de la administración» (*La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*, op. cit., pág. 5).

cualquier otro de los previstos legalmente, como el informe de la Secretaría General Técnica o el dictamen del Consejo de Estado, cuando procede. Por lo mismo, carece de cualquier fundamento la eventual subsanación de su incumplimiento por la interposición de recursos (83). Nada de lo anterior impide reconocer aquí, esencialmente, un cauce de participación ciudadana, como expresamente es calificado en la sentencia, pues, según ya hicimos notar, no hay contradicción entre el carácter y la finalidad general reconocida a este procedimiento especial.

21. Con posterioridad a esta sentencia, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse de nuevo y en varias ocasiones sobre la interpretación del artículo 130.4 LPA. A decir verdad, no son excesivamente clarificadoras estas últimas sentencias, que, lejos de ofrecer una doctrina consolidada en un sentido u otro, contienen incluso nuevos puntos de vista que complican aún más la cuestión.

Desde luego, la mayoría de las sentencias continúan en la línea tradicional de considerar al trámite de audiencia facultativo y de observancia discrecional (84), sin referencia, en ningún caso, a las resoluciones contrarias dictadas anteriormente. Tampoco se alude a ellas en las que optan por entender que la audiencia de las entidades representativas es preceptiva.

Entre estas últimas, la sentencia de 28 de abril de 1987 (85) se limita a proclamar que el artículo 105.a) de la Constitución no es de

---

(83) Con ello, el Tribunal Supremo no hace sino aplicar lo declarado con anterioridad en supuestos específicos de potestad discrecional como la que se manifiesta, por ejemplo, en la planificación urbanística, ante la que igualmente ha considerado que la interposición de recursos no sufre la falta de información pública, dada la limitación de aquéllos a motivos de legalidad y la inclusión en ésta de cuestiones de simple oportunidad. Así, en la sentencia de 11 julio 1986, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Delgado Barrio, R. Ar. 5060, se recuerda «la profunda discrecionalidad de los Planes que... hace difícil el éxito de los recursos contra su aprobación definitiva; es decir, datos que alegados en el trámite de información pública podrían dar lugar a modificaciones del Plan, pueden resultar inoperantes en la vía de recurso».

(84) Rotunda es la de Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 29 diciembre 1986 (igual fecha que la de sentido contrario analizada en los últimos apartados), Ponente Excmo. Sr. Español La Plana, R. Ar. 7187. Igualmente, las de 30 diciembre 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Burón Barba, R. Ar. 7632; 2 marzo 1987, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Ruiz-Jarabo Ferrán, R. Ar. 1832, y 10 abril 1987, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Garralda Valcárcel, R. Ar. 2306. Más matizada, pero imprecisa, es otra sentencia de la misma Sala y fecha que la anterior, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 2298, en la que se reconocen excepciones que no se especifican: «Es constante jurisprudencia el que los dictámenes e informes a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 130 LPA, no tienen por *regla general* el carácter de requisito necesario por su exigencia preceptiva, ya que realmente, y salvo casos excepcionales, es de observación potestativa o discrecional...»

(85) Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Mendizábal y Allende, R. Ar. 2651.

aplicación, pues, aunque reconoce la participación, «encomienda a la Ley la regulación de tal participación», pero que el artículo 130.4 LPA es suficiente para imponer preceptivamente el trámite, ya que «concede la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que por Ley ostentan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo... *intervención preceptiva* cuya omisión, en tal caso, sería un *vicio insubsanable* de la norma reglamentaria así nacida». No hay justificación ninguna de afirmación tan rotunda y radicalmente contraria a la doctrina sentada incluso por la misma Sala, si bien puede explicarse este silencio al considerarse, finalmente, que la audiencia no procedía en el caso concreto enjuiciado por no reunir la recurrente los caracteres a que se alude en el artículo 130.4 LPA. También en este punto es verdaderamente sorprendente la sentencia considerada, pero de ello nos ocuparemos en otro lugar (86).

Mención especial merece la sentencia de 2 de marzo de 1987 (87), que impone no ya la audiencia de entidades representativas, sino directamente de los particulares afectados. Esta singularidad obliga a seguir un razonamiento también peculiar que, en nuestra opinión, no consigue explicar ni justificar el fallo.

La sentencia incurre, entendemos, en cierta incongruencia interna. Por una parte, sostiene que lo impugnado es un Reglamento, dándole el tratamiento de tal: así, afirma la aplicabilidad de las «normas de la Ley de Procedimiento Administrativo establecidas para la elaboración de disposiciones administrativas», aun tratándose de las aprobadas por un Organismo Autónomo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la misma Ley Procedimental; así, también invoca el artículo 105.a) de la Constitución, que se refiere claramente a Reglamentos, y no el punto c) del mismo artículo. Por otra, no cita ni tan siquiera el artículo 130.4 LPA y sí los 23, 26 y 91 de la misma Ley, relativos a los interesados en el procedimiento administrativo común y no en la elaboración de Reglamentos, en la que se ha venido aceptando, como ya se ha explicado, que no hay propiamente tales interesados. Con estos presupuestos contradictorios afirma «que la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas en la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas ha alcanzado ran-

(86) Vid. *infra*, apartado 26.

(87) Sala 3.ª del Tribunal Supremo, Ponente Excmo. Sr. Garralda Valcárcel, R. Ar. 1825.

go constitucional...» y que, en suma, «se ha de concluir estimando que en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 23.b), 26 y 91.1 de la repetida Ley de Procedimiento se debió hacer saber a los recurrentes, por *su condición de interesados*, la existencia del expediente... y *darles audiencia en el mismo*, y al no haberse hecho así se les ha causado *indefensión*, generadora de la *anulabilidad prevista en el artículo 48.2 de dicha Ley...*».

Con esto último se sitúa en el mismo plano de tantas otras sentencias anteriores (centradas en la indefensión y en la posibilidad de vicios de anulabilidad de los Reglamentos), aunque para extraer una conclusión contraria a aquéllas, olvidando que el Tribunal Supremo y el Constitucional han negado que el principio contradictorio rija en este procedimiento especial, que la sanción de los Reglamentos ilegales es siempre la nulidad radical, que no existen interesados y que no puede producirse, por tanto, indefensión en sentido jurídico. Al margen de lo anterior, sólo cabe retener de esta sentencia, en lo que aquí interesa, la aplicación del artículo 105.a) de la Constitución, que prácticamente llega a constituirse en el único apoyo del fallo, pues ningún otro precepto prevé la audiencia de los afectados directamente sin el intermedio de las entidades representativas.

#### V. CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 130.4 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

22. Parece aventurado intentar aquí un estudio pormenorizado de las consecuencias que necesariamente supondría aceptar la interpretación del artículo 130.4 LPA en el sentido de considerar al trámite en él regulado como preceptivo. La jurisprudencia que sostiene esta doctrina sigue siendo claramente minoritaria, incluso tras la meritada sentencia de 29 de diciembre de 1986, cuya argumentación rigurosa y completa bien pudiera haber incidido ya en la resolución de otros recursos. Quizás quede, como las otras sentencias anteriores que optaron por la misma solución, en una excepción aislada a una doctrina legal casi unánimemente acogida. Si así es, ningún sentido tiene profundizar en este artículo 130.4 y en las dificultades que su aplicación puede plantear; si es simplemente facultativo, la Administración podrá abrir el trámite cuándo, cómo y respecto a quién lo considere oportuno. Pero si no lo es, si se le califica de precepti-

vo y a su omisión de vicio esencial, se hace inmediatamente necesario precisar en qué casos puede exceptuarse, en qué momento del expediente procede, qué forma ha de adoptar y, sobre todo, cuáles son las entidades llamadas al trámite.

Consideramos oportuno abordar estas cuestiones siquiera sea de manera superficial, aportando unas primeras conclusiones que necesariamente deben entenderse sometidas a revisión. A afrontarlo nos impulsa, de una parte, entender que la interpretación más acorde con la Constitución es, efectivamente, la de considerar la audiencia como preceptiva. De otra, haber comprobado que, en parte, son dificultades de aplicación las que conducen en ocasiones a configurarlo como facultativo, cuando, por el contrario, tales dificultades, aunque reales, no son suficientes para impedir la audiencia. A hacerlo sin pretensión de exhaustividad nos lleva no sólo el carácter minoritario de la jurisprudencia que sustenta este estudio, sino el convencimiento de que el artículo 105.a) de la Constitución exige un desarrollo legislativo que ni la interpretación más amplia del artículo 130.4 LPA puede suplir completamente.

No puede prescindirse de esto último, que es, al mismo tiempo, base de las dificultades que suscita en la actualidad la aplicación del artículo 130.4 LPA y de su insuficiencia desde el punto de vista constitucional: ni el repetido apartado de la Ley Procedimental puede cubrir todo el campo que el artículo 105.a) de la Constitución abre a la participación ni, en la medida que sí lo cubre, se adapta con facilidad a los nuevos principios de nuestro ordenamiento.

No podría ser de otra forma, porque en la redacción del artículo 130.4 LPA late el corporativismo del régimen político que lo alumbró y no la participación ciudadana que inspira la Constitución (88).

---

(88) En contra, A. SÁNCHEZ BLANCO ha afirmado «el contraste entre los mecanismos autoritarios del contexto institucional en que la Ley [de Procedimiento Administrativo] fue elaborada y la cuidada atención que su artículo 130 presta a la idea de participación social en la elaboración de normas jurídicas» (*Sujetos, actores y factores...*, op. cit., pág. 125). Quizás existiría ese «contraste» si se entendiera que presta atención a la participación ciudadana en su configuración constitucional. Si así fuera, nos encontraríamos con un precepto incongruente con los principios de su época y que, por el contrario, se ajustaría a los actuales. Pero ni es cierto ese «contraste» ni su adecuación a la actual participación ciudadana.

Se trata más bien de una prescripción acorde con los principios del anterior régimen en la que se dejan traslucir ciertas consecuencias del corporativismo. Desde este punto de vista se explica perfectamente la previsión legal de la audiencia, la concreta redacción del artículo 130.4 LPA y el hecho de que, pese a considerarse jurisprudencialmente facultativo, se cumpliera con frecuencia, aunque se haya afirmado lo contrario.

En el corporativismo, se dice, «el problema consiste... en constituir un sistema

Aunque se supere esta contradicción, sigue repercutiendo el hecho de estar aplicando el artículo 130.4 LPA con un sentido distinto al que tenía en origen y fuera de su contexto institucional, lo que afecta, sobre todo, al carácter de los sujetos llamados a informar.

En cualquier caso, el trámite de audiencia, tal y como está previsto en la LPA, no permite nunca la audiencia directa de los ciudadanos afectados por la disposición proyectada, que, sin embargo, encuentra respaldo en el artículo 105.a) de la Constitución (89). De otro lado, éste no limita de ninguna manera los intereses que pudieran encontrar un cauce de expresión en la audiencia que prevé y en la que habrían de tener cabida los llamados intereses difusos y colecti-

---

en el que se actúe el interés general de la comunidad en función de los diversos intereses económicos colectivos». Naturalmente que estos intereses sectoriales se estructuran, previa restricción o negación de la libertad de asociación, por el Estado y con vinculación más o menos intensa a él. Pero, realizada tal operación, las organizaciones resultantes verán con normalidad que «su poder se extiende, no sólo a las relaciones de capital y trabajo, sino a toda la organización económica de la producción» (P. LUCAS VERDÚ, voz *Corporativismo*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», tomo V, Barcelona, 1953, pág. 766, *passim*).

De este modo, la audiencia de tales organizaciones en la elaboración de Reglamentos presenta un significado acorde con los principios políticos del momento en que se introdujo legalmente este trámite. Cuando las mismas Cortes se componían en gran parte de representantes de la Organización Sindical, Colegios Profesionales y Cámaras, parece que darles audiencia en la elaboración de disposiciones administrativas no supone ningún «contraste», sino casi una consecuencia mínima de los principios básicos del sistema. Basta leer los artículos 1, 4 ó 19 de la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971, o el artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales, para comprender que el artículo 130.4 LPA no contiene una previsión discordante ni aislada.

La Constitución, por tanto, no le ha dado el fundamento del que antes careciera. Al contrario, le ha quitado el que lo sustentaba. En este sentido, no les faltaba razón a las sentencias del Tribunal Supremo que negaban relevancia al trámite tras la desaparición del sistema corporativo (vid. *supra*, apartado 9), y, aunque rechacemos la conclusión y afirmemos que la Constitución ofrece un nuevo fundamento al trámite de audiencia distinto del que tenía anteriormente, no podrá dejar de reconocerse que es ahora cuando el artículo 130.4 LPA se adecua con dificultad a los principios constitucionales, incluido el de participación ciudadana al que actualmente sirve de cauce.

(89) Este artículo, al hablar de «... audiencia a los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley», tiene, según F. GARRIDO FALLA, un sentido copulativo, y no disyuntivo, reclamando implícitamente la información pública como cauce de participación directa de los ciudadanos (*Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 1055).

También M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación...*, op. cit., pág. 181, parece interpretarlo en el mismo sentido, al afirmar que «la alusión a las organizaciones y asociaciones interesadas permite instrumentar una participación... *sin merma de las posibilidades de intervención individual directa*» (la cursiva es nuestra).

Confirma esta interpretación la ya comentada sentencia del Tribunal Supremo de 2 marzo 1987, en la que se impone la audiencia de ciertas empresas afectadas invocando el artículo 105.a) (vid. *supra*, apartado 21).

Desde luego, el artículo 130.4 LPA no permite de ninguna forma esta posibilidad.

vos (90), mientras que el artículo 130.4 LPA no podría tener nunca tal amplitud (91).

(90) No podemos detenernos aquí en estos polémicos conceptos ni en su posible canalización a través de la técnica prevista en el artículo 105.a) de la Constitución. Basta aquí alguna explicación de lo afirmado en el texto.

Refiriéndose concretamente a los intereses difusos, ha dicho J. ALMAGRO NOSETE que «más que un concepto acabado y categorial» es «una idea-fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal» —*Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos*, «Revista de Derecho Político», núm. 16, invierno 1982-1983, pág. 93—. Pero, además de su función de ampliar la tutela procesal mediante una legitimación más extensa, también desempeña este concepto un papel fundamental para justificar la participación en las decisiones administrativas. En ambos casos, el procedimiento es fundamentalmente atribuir a ciertas asociaciones, como cauce de ese interés difuso, la posibilidad de actuar —ya sea ante los órganos judiciales, ya sea ante la Administración— en favor de una pluralidad de sujetos que desborda al de sus concretos miembros.

En general, estos conceptos son definidos doctrinalmente por referencia al carácter de su titular, que, por ejemplo, según M. NIGRO, es una «pluralidad de sujetos más o menos amplia o más o menos determinada o determinable» (*Giustizia amministrativa*, Bolonia, 1976, pág. 115). Igualmente, E. PANETTA considera intereses en estado difuso a aquellos intereses de categoría que conciernen a un conjunto de personas aparentemente no determinadas, pero fácilmente determinables en base a la actividad que desarrollan («Gli interessi allo stato diffuso e loro possibili forme di tutela», en *Atti del XXIII.º Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, sobre *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milán, 1978, pág. 122).

En nuestra doctrina subrayan también este carácter J. ALMAGRO NOSETE, *Tutela...*, op. cit., pág. 96, y M. LOZANO-HIGUERO Y PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, pág. 152.

Con este carácter definidor, y aunque en ocasiones se añaden otros, se comprenderá que de lo que se trata, en definitiva, es de una valoración jurídica de comunidades intermedias o de grupos y de sus intereses. Todo ello, en la forma y medida que la Ley regule, es lo que debe encontrar un cauce de participación en el desarrollo legislativo del artículo 105.a) de la Constitución. Con razón, pues, afirma M. SÁNCHEZ MORÓN, analizando el citado precepto constitucional, que «por lo que se refiere a los sujetos participantes, no es difícil identificar las referencias constitucionales con los sujetos portadores de intereses difusos y colectivos» (*La participación...*, op. cit., pág. 181).

(91) El artículo 130.4 LPA se refiere a «intereses de carácter general o corporativo». La imprecisión de estos términos quizás pudiera permitir una interpretación muy amplia en la que dar entrada a muy diversos tipos de intereses y a sus asociaciones representativas. M. SÁNCHEZ MORÓN no encuentra inconveniente a ello: «... la mención a organizaciones de carácter corporativo podría entenderse hoy sustituida por la referencia a entes y asociaciones portadoras de intereses colectivos, en atención al artículo 105.a) de la Constitución» (*La participación...*, op. cit., pág. 183, nota 17). Aunque se admita, y el artículo 130.4 LPA tratara de adecuarse a la amplitud del 105.a) de la Constitución, nunca podrá conseguirlo en su totalidad. Por una parte, porque se refiere a «entidades que por Ley ostenten la representación o defensa» de tales intereses, lo que no parece que pueda incluir en su totalidad a las asociaciones portadoras de intereses difusos. Por otra parte, porque concretamente sólo menciona a la Organización Sindical, en cuya posición, tras haber desaparecido, sólo se pueden entender subrogadas las entidades que defienden intereses empresariales, laborales o, en general, profesionales (vid. *infra*, apartado 26). También éstos pueden considerarse, tal vez, intereses difusos, pero, desde luego, no serían nada más que un tipo relativamente reducido de ellos, quedando la mayor parte de los restantes ineludiblemente fuera de las previsiones del artículo 130.4 de la LPA. Así, el mismo SÁNCHEZ MORÓN incluye a «asociaciones de vecinos, religio-

Naturalmente, no creemos que esta insuficiencia de la regulación actual a las previsiones constitucionales pueda justificar su inaplicación, que llevaría a un resultado mucho más insatisfactorio desde el punto de vista constitucional, pero sí explica las dificultades planteadas y la forma en que aquí serán abordadas.

23. Por lo pronto, parece necesario comenzar por señalar los supuestos en que, entendido el trámite como preceptivo, procede, efectivamente, la audiencia y en cuáles está exceptuada. A este respecto puede partirse de la ya comentada sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1982, que sistematiza el artículo 130.4 LPA al afirmar que la exigencia de cumplimiento «está condicionada a tres circunstancias: 1) que sea posible; 2) que la índole de la disposición lo aconseje, y 3) que no se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto».

Por lo que se refiere al primero, resulta evidente que lo que el artículo 130.4 LPA quiere indicar con la expresión «siempre que sea posible» es la generalidad de su mandato y no realmente un requisito. Cabe, incluso, afirmar que los supuestos en que la audiencia

---

sas, de estudiantes o padres de alumnos, etc., todas ellas sujetos portadores de intereses difusos» (*ibidem*, pág. 161). Pero no parece factible incluir a estas asociaciones en las previsiones del artículo 130.4 LPA. Lo mismo podría decirse del medio ambiente, en el que se reconoce comúnmente uno de los casos prototípicos de interés difuso. Este artículo realmente sólo da cauce a intereses profesionales (de empresarios, trabajadores o de profesiones liberales) o similares: por ejemplo, el de los propietarios a través de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana. En este sentido, como explica F. GARRIDO FALLA, ser propietario no es una profesión, pero determina un *status* análogo, estando justificado considerar como Corporaciones profesionales a las Cámaras de la Propiedad (voz *Corporación*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», op. cit., vol. V, pág. 757). Igualmente recoge esta idea T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, pág. 98. De hecho, estas Cámaras sí podrían ser consideradas «entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo», al igual que lo son las de Comercio, Industria y Navegación.

Pero, con ello, sigue el artículo 130.4 LPA con un campo excesivamente reducido, al que no cabe circunscribir el mandato constitucional. Por sólo citar dos ejemplos de la Constitución, distintos de su artículo 105, el artículo 129.1 se refiere a la participación de los interesados en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida, y el artículo 51.2 ordena oír a las organizaciones de consumidores en las cuestiones que puedan afectarles. En ambos casos será normal el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin que el artículo 130.4 LPA pueda imponer la audiencia en estos casos.

Claro es que ello podrá abordarse en la legislación sectorial. Así se ha hecho para la defensa de los consumidores en el artículo 22 de la Ley 26/1984, de 19 de julio. Pero, incluso con estas articulaciones parciales, es evidente que el cumplimiento del mandato del artículo 105.a) de la Constitución exige un desarrollo general de la audiencia que de ninguna manera encuentra satisfacción en el artículo 130.4 LPA, ni siquiera cuando se le interprete como preceptivo y se le dé la máxima amplitud que permite su redacción.

es imposible no necesitan estar expresamente contemplados para quedar excluidos de la obligatoriedad (92). Pero, aun así, no resulta fácil precisar casos de imposibilidad una vez que ésta queda deslindada de la simple inconveniencia (93). A decir verdad, no imaginamos más supuestos en los que oír a las entidades representativas de los intereses afectados sea imposible que aquellos en que tales entidades no existan. En tales casos, efectivamente, no deberá abrirse el trámite aunque la índole de la disposición lo aconsejara (94).

Cuestión distinta de la inexistencia de organizaciones representativas de intereses afectados por un Reglamento es la de Reglamentos que no afecten de manera concreta a ningún interés de un grupo. En este segundo caso se trata no de imposibilidad de practicar una audiencia preceptiva, sino de un supuesto excluido del mandato del artículo 130.4 LPA, puesto que la disposición no aconseja oír a ninguna organización.

Interesa, sobre todo, destacar que la imposibilidad no se da por el mero hecho de existir una pluralidad de asociaciones representativas de los intereses afectados. Así, sin embargo, lo ha entendido el Tribunal Supremo en alguna ocasión. En la sentencia de 12 de abril de 1986 (95), relativa a un Reglamento sobre indemnizaciones a los funcionarios por razón de servicio, se excusa la inobservancia del artículo 130.4 LPA por la «práctica imposibilidad de conceder audiencia a cuantas entidades ostentaran la defensa de los intereses de todos los funcionarios del Estado...». Especial mención merece a este respecto la sentencia de 31 de mayo de 1986 (96), en la que el Tribunal centra la desestimación de esta causa de nulidad en la imposibilidad de practicar el trámite:

«... para que aquella audiencia se practique es necesario, según el número 4 del artículo 130 LPA, que la mis-

---

(92) Basta recordar que son nulos los actos cuyo contenido sea imposible —artículo 47.1.b) de la LPA— para comprender que ni el artículo 130.4 LPA ni ningún otro puede entenderse en el sentido de imponer un trámite cuando sea de imposible observancia.

(93) Simple inconveniencia habrá en los casos en que la audiencia perjudique al interés público o concurren «razones de urgencia». Pero, además de que ello pueda fundarse, respectivamente, en el último inciso del artículo 130.4 o en el párrafo 6 del mismo artículo de la LPA, no son verdaderamente casos de imposibilidad: la audiencia podría practicarse perfectamente.

(94) Por lo tanto, el problema se centra en determinar qué relación con el Reglamento proyectado deben tener las entidades representativas y si éstas existen o no. De ello nos ocuparemos en el siguiente apartado 24.

(95) Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Mateos García, R. Ar. 1987.

(96) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Reyes Monreal, R. Ar. 4603.

ma sea “posible y la índole de la disposición...”, *posibilidad aquí a todas luces inexistente* al no alegarse siquiera cuáles fueran las entidades que ostentasen legalmente la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, ni la Administración podía conocer, dada la indeterminación de una infinidad de sujetos a quienes, directa o indirectamente, la misma podía afectar...».

Se trataba concretamente de un Reglamento regulador de los establecimientos de juegos de azar que, según la misma sentencia, afectaba a los «titulares de establecimientos públicos o privados, fabricantes de máquinas recreativas, explotadores de las mismas y hasta *in extremis* al público en general...». Desde luego, cabría reducir este extenso campo de incidencia a aquellos intereses que se vieran afectados directamente y no «directa o indirectamente». Pero, aun aceptando que así fuera, se trataría de una disposición que no aconseja la audiencia y no de un supuesto de imposibilidad.

Quiere señalarse con lo anterior, y en contra de las dos citadas sentencias, que la existencia de varias asociaciones representativas de los intereses afectados —sea porque son diversos los intereses afectados, sea porque cada uno de ellos se ha organizado en distintas entidades— no imposibilita la práctica de la audiencia. A lo sumo podrá decirse que es imposible oír a todas, pero ello no hace imposible el trámite. Se tratará de seleccionar únicamente a las organizaciones más representativas, conforme a los criterios que se expondrán después.

24. El núcleo central del párrafo comentado está en perfilar los supuestos en que la «índole» de la disposición «aconseje» conceder la audiencia. Sin embargo, es justamente esto lo que más dificultades suscita. Tantas y tan intensas que no puede dejar de reconocerse que es en buena medida forzada, y desde luego problemática, la configuración como concepto jurídico indeterminado (97).

(97) Si se considera que, efectivamente, estamos ante un concepto jurídico indeterminado que no confiere discrecionalidad, habrá que entender que la Ley está describiendo una parte de la realidad e intentando delimitar un tipo concreto de supuestos, aunque sus contornos no aparezcan bien precisados. Consecuentemente, cuando afirma que debe practicarse la audiencia siempre que «la índole de la disposición lo aconseje» está aludiendo, según esta interpretación, a una serie de Reglamentos que objetivamente, por su naturaleza o contenido, requieren este trámite. Esto no tiene mucho sentido. Supone considerar que un artículo que trata de establecer los supuestos en que debe practicarse la audiencia los describe diciendo

Tuvimos ya ocasión de poner de relieve que la misma sentencia de 29 de diciembre de 1986 reconocía la dificultad, aunque, al mismo tiempo, señalaba la existencia de una zona de certeza positiva, es decir, la existencia de disposiciones en cuyo procedimiento de elaboración debe abrirse, con toda seguridad, la audiencia. Nos interesa ahora centrarnos en tales supuestos. Concretamente, la referida sentencia describe así la «zona de certeza positiva: cuando la disposición exceda del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y vaya a afectar de forma seria e importante a los in-

---

que son aquellos en que la audiencia debe practicarse. Esto es una especie de tautología absurda, a menos que se entienda que está remitiendo esta determinación a algún criterio objetivo. Pero ni la remisión aparece ni conocemos tal criterio objetivo. El único criterio que ofrece es el de la «índole de la disposición», y ésta de por sí no es nunca suficiente para hacer necesaria (o «aconsejar») la audiencia. No es de extrañar, por tanto, que gran parte de la jurisprudencia haya entendido que hay una remisión al juicio discrecional de la autoridad administrativa. Consecuentemente, el camino para entender que aquí hay un concepto jurídico indeterminado es reconocer que, en base a otros preceptos o a ciertos principios generales que no están especificados en el artículo 130.4 LPA, la «índole de las disposiciones» aconseja la audiencia. Respecto a la existencia de supuestos legales específicos en que se exige la audiencia (analizados en el apartado 13), es evidente que no cubren todos los casos en que la jurisprudencia ha considerado obligatorio el trámite. Por lo que se refiere a los principios generales, es necesario señalar dos cosas. La primera, que si éstos se convierten en el único criterio capaz de imponer la audiencia, no hay mucha diferencia entre afirmar que estamos ante conceptos jurídicos indeterminados o ante discrecionalidad limitada por los principios generales del Derecho. Además, no parece lógico entender que se esté describiendo un sector de la realidad mediante la referencia al campo de aplicación de principios generales. La segunda, que tampoco se precisa cuáles son esos principios.

Podría tratarse del mismo principio de participación ciudadana reconocido, entre otros, en el artículo 105.a) de la Constitución. Pero, aun aceptándolo así, no es fácil contestar cuándo éste impone la audiencia. M. SÁNCHEZ MORÓN, estudiando el problema de determinar los procedimientos que requieren la participación, afirma que «toda esta materia adolece de un sensible retraso. No sólo por las retenciones de la jurisprudencia... sino también por las dificultades con que la doctrina jurídica se encuentra a la hora de formular nuevas clasificaciones...» (*La participación...*, op. cit., págs. 185-186).

Podría tratarse también de basar en la finalidad general del procedimiento de elaboración de Reglamentos (garantizar la legalidad, acierto y oportunidad, artículo 129.1 LPA) la delimitación de los casos en que procede la audiencia, pero tampoco contribuye esto realmente a perfilar esa realidad que trata de acotarse. El Tribunal Supremo ha seguido otro camino: atendiendo a que se parte de los casos en que el Reglamento afecta a ciertos intereses («... intereses... afectados por dicha disposición...», art. 130.4 LPA), considera que es preceptiva la audiencia cuando es especialmente intensa y grave la forma en que los afecten, como inmediatamente veremos. Esta parece ser la única forma de convertir la expresión legal en un concepto jurídico indeterminado que no entrañe discrecionalidad, pero, como es fácil observar, no tiene ningún apoyo en el artículo 130.4 LPA: se ha entendido que la «índole de la disposición aconseja» la audiencia cuando afecta de manera grave a ciertos intereses, lo cual ya sí supone un concepto jurídico indeterminado, pero que no se contenía en la Ley.

*tereses de los administrados* habrá que estimar preceptivo el informe del artículo 130.4» (98).

También pueden contribuir a perfilar esta zona de certeza positiva, aunque no se utilice tal expresión, las sentencias de 1 y 22 de diciembre de 1982 (citadas), en las que se anula, de una parte, un Reglamento sobre Ordenación de servicios de medicina e higiene escolar por no haber dado audiencia al Consejo General de Médicos, pese a que «la disposición no se limita a reorganizar el servicio en su orden interno, sino que también *afecta de modo importante* a determinados aspectos de la profesión médica», y, de otra, los Estatutos de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por haber omitido el trámite del artículo 130.4 LPA respecto al Consejo General de Gestores Administrativos, autor de la impugnación, porque es «evidente que la materia regulada *afecta de forma muy directa* a los intereses de los profesionales representados por la Corporación recurrente».

También las sentencias que, por la vía de establecer límites a la discrecionalidad que reconocían en el artículo 130.4 LPA, impusieron en algún supuesto la observancia preceptiva del trámite pueden contribuir a precisar los casos en que éste es obligatorio, aunque se parta de un presupuesto distinto. Como ya indicamos, las sentencias de 18 de diciembre de 1985, 14 de marzo y 16 de abril de 1986 declararon nula una Orden Ministerial reguladora de las ganaderías de reses de lidia en cuya elaboración no se había dado audiencia a las organizaciones de ganaderos tras declarar que «*afecta de manera muy directa* a los intereses económicos e incluso a la actividad profesional de los ganaderos representados por la entidad recurrente» (99).

En estas sentencias, en suma, se alude a lo mismo: es preceptiva la audiencia cuando la disposición afecta de manera «seria», «importante» y «muy directa». Se trataba, además, aunque no lo convirtieran formalmente en criterio sustancial, de regulaciones severamente limitativas de actividades empresariales o profesionales. En torno a estas nociones se delimita la zona de certeza positiva que permite desvelar la jurisprudencia.

(98) Para esta sentencia, se incluía en la «zona de certeza positiva» una Orden de 30 de noviembre de 1983 que estableció las condiciones de contratación de la remolacha azucarera de la zona sur para una campaña agrícola.

(99) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 marzo 1986 y, casi en los mismos términos, la de 18 abril 1986, ambas comentadas en el apartado 14. Verdaderamente se afectaba de manera directa y grave a los ganaderos porque, aunque se trataba de regular un Registro administrativo de ganaderías, la inscripción se hacía depender de condiciones muy gravosas, y sin la inscripción no podían participar en espectáculos taurinos.

Pero, probablemente, en esta delimitación haya pesado excesiva y exclusivamente la consideración del trámite estudiado a imagen de la audiencia al interesado del procedimiento administrativo común. Quizás la misma finalidad del procedimiento especial de elaboración de Reglamentos, esto es, garantizar su legalidad, acierto y oportunidad (art. 129.1 LPA), permita incorporar otro tipo de supuestos en los que la base para exigir el trámite derive de la necesidad de contar con datos u opiniones para establecer una regulación racional y adecuada. En este sentido debe recordarse que la sentencia de 18 de diciembre de 1985 imponía la audiencia «para que, en vista de los nuevos datos disponibles, dicte la disposición más acorde con los intereses en juego», y que la de 29 de diciembre de 1986 argüía la insuficiencia de los recursos contra Reglamentos «para asegurar su acierto y oportunidad», lo que sí podía lograrse con los informes del artículo 130.4 LPA.

25. Finalmente, se permite excluir la audiencia «cuando se opongan a ello razones de interés público, debidamente consignadas en el anteproyecto» (100).

Sobre la base de la discrecionalidad supuestamente conferida por el artículo 130.4 LPA, algunas sentencias del Tribunal Supremo declaran que no es necesario ni tan siquiera consignar formalmente las razones que justifiquen en cada caso la omisión de la audiencia (101). Claro es, por el contrario, que en la línea de interpretación que ahora nos situamos la solución debe ser otra y basarse en la equiparación entre el incumplimiento de este requisito formal y la inexistencia de razones de fondo para omitir el período de audiencia. Terminante es, a este respecto, la sentencia de 1 de diciembre de 1982 (citada), para la cual «resulta... patente» que no se da esta excepción «puesto que no aparece consignada en el anteproyecto ninguna razón de interés público que se oponga a la prosecución del trámite en cuestión» (102).

(100) Tal alusión al «anteproyecto» resulta extraña, como demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1986, R. Ar. 7815: «... basta con leer el artículo 129 para comprobar que el vocablo "anteproyecto" hace referencia a las leyes, no a las disposiciones generales (o sea, a los reglamentos...) ... Basta conocer un poco la mecánica interna de la elaboración de normas reglamentarias para saber que los distintos borradores se designan unas veces como "anteproyectos" y otras como "proyecto", sin que pueda apreciarse —ni sea posible, además, encontrar— diferencia de contenido sustancial entre ellos, como no sea la posible mayor depuración y rigor de los textos posteriores sobre los primitivamente elaborados».

(101) En este sentido, expresamente sentencias de 24 enero y 12 abril 1986, R. Ar. 15 y 1987 (citadas anteriormente), entre otras.

(102) Igualmente, la sentencia de 12 mayo 1972 (citada) afirma que «el silencio

No podrá, sin embargo, considerarse que cualquier razón invocada por la Administración sea suficiente para justificar la omisión del trámite, pues ello equivaldría a dejar a su voluntad el cumplimiento de lo que previamente se ha considerado preceptivo (103).

Desde luego, la remisión de las Leyes al interés público puede constituir en algunos casos la consagración de una facultad discrecional. Así, incluso, la misma Exposición de Motivos de la LJ proclama que la discrecionalidad surge «cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público». Pero ello no supone que siempre que se haga depender total o parcialmente una decisión administrativa de su conformidad con el interés público haya discrecionalidad (104). También el interés público puede estar configurado como concepto jurídico indeterminado que no confiera, propiamente hablando, verdadera discrecionalidad.

Es esto último lo que ocurre en el artículo 130.4 LPA con su referencia a las «razones de interés público», según la sentencia de 29 de diciembre de 1986, que, como se hizo ya notar, considera también a esta expresión un concepto jurídico indeterminado (105). Sentado lo anterior, y aun reconociendo que «por muchas razones, no es un concepto indeterminado como los demás» (106), se hace forzoso aceptar la posibilidad de control judicial de la realidad y suficiencia de los motivos invocados por la Administración para no practicar el trámite, así como que verdaderamente estén justificados por el interés público. Quizás quepa reconocer aquí con amplitud un cierto

---

sobre tales razones representa pura y simplemente la expresión omisiva de la falta de cumplimiento del mandato legal» del artículo 130.4 LPA.

(103) A su vez, esto supondría, de nuevo, reconocer discrecionalidad, y, como aclara F. SAINZ MORENO, no puede servir de criterio para reconocer una facultad discrecional «la utilización de fórmulas que condicionen la acción administrativa a la expresión de su fundamento o motivo. En tales casos, esa condición no puede interpretarse formalistamente en el sentido de que cualquier fundamento o motivo con tal de que sea expreso es válido... Su validcz depende, por el contrario, de que tal fundamento o razón sea jurídicamente suficiente, esto es, adecuado a los principios y normas que rigen esa opción» (*Conceptos jurídicos...*, op. cit., pág. 311).

(104) En este sentido, *ibidem*, págs. 331 y 332, y A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad...*, op. cit., págs. 404 y 405.

(105) Ya con anterioridad, el Tribunal Supremo calificó al interés público como concepto jurídico indeterminado. Así, sentencias de la Sala 3.ª de 6 y 24 diciembre 1974, R. Ar. 4831 y 5087, y 27 febrero 1975, R. Ar. 1079, en las que fue Ponente el Excmo. Sr. Mendizábal Allende, y sentencia de la Sala 5.ª de 6 mayo 1975, Ponente Excmo. Sr. Cruz Cuenca, R. Ar. 1678.

(106) Así lo afirma A. MOZO SEOANE, pese a reconocer previamente que el interés público es «sin duda, paradigma de concepto jurídico indeterminado... que es preciso concretar en cada caso» (*La discrecionalidad...*, op. cit., pág. 402).

margen de apreciación al órgano administrativo, pero no mucho más y siempre, como mínimo, con eliminación de las decisiones irrazonables o arbitrarias (107). Incluso cabe subrayar tal control cuando, como aquí acontece, el interés público se utiliza por la norma para dar entrada a excepciones de una regla, excepciones que, como tales, deben interpretarse restrictivamente.

Sentado lo anterior, no parece fácil imaginar «razones de interés público» capaces de justificar la inobservancia del trámite en aquellos casos en los que la índole de la disposición lo imponga. Una de ellas podría ser la necesidad de aprobar urgentemente el Reglamento en cuestión, pero, al venir expresamente previstas en el párrafo 6 del mismo artículo 130 LPA las «razones de urgencia» como excepción a los trámites procedimentales, no parece necesario reconducirlas a las genéricas «razones de interés público» que analizamos ahora, máxime si se tiene en cuenta que en ambos casos se exige su constancia formal («mediante acuerdo motivado del Ministro», dice el párrafo 6). Otras causas podrían derivar de la conveniencia de no dar publicidad anticipada al futuro Reglamento cuando ello pudiera frustrar sus objetivos de interés público o provocar efectos negativos para ciertos sectores sociales. Eventualmente, incluso, podrían conectarse estas excepciones con los supuestos básicos que justifican los secretos oficiales en la Ley 48/1978, de 7 de octubre (108). Pero ni es fácil que las disposiciones cuya índole aconseja el trámite de audiencia rocen este ámbito, por lo que se tratará más de supuestos excluidos del artículo 130.4 LPA que de casos exceptuables, ni, en general, parece lógico que un Reglamento, cuyo objetivo es publicarse en los «Boletines Oficiales», exija el secreto en su tramitación. Por el contrario, la audiencia a entidades representativas y todos los trámites previstos para el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general están consagrados para garantizar la legalidad, acierto y oportunidad del Reglamento, por lo que debe partirse de una especie de presunción de que su observancia, y no su omisión, sirve al interés público. No serán razones subsumibles en

(107) Cfr. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, op. cit., págs. 322, 328 y 330.

(108) Para esta Ley, que modifica parcialmente la 9/1968, de 5 de abril, justifica la declaración de «materias clasificadas» la posibilidad de «dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado» (art. 2). Naturalmente, no se trataría de hacer necesaria la clasificación de la materia como secreta o reservada, con los requisitos formales inherentes a ello, sino tan sólo de afirmar que ese mismo peligro para la seguridad del Estado podría constituir una razón de interés público capaz de excluir la audiencia con su simple consignación en el expediente de elaboración del Reglamento, en la forma prevista en el artículo 130.4 LPA.

este interés, sino motivaciones políticas (evitar la previa crítica al proyecto, la conflictividad que su aprobación producirá, debilitar la resistencia de los sectores afectados a la regulación presentándola como un hecho consumado, etc.) las que más frecuentemente explicarán la omisión de la audiencia en las disposiciones cuya índole realmente la requieran. Todo ello, como hemos visto, puede y debe quedar excluido en el posterior control judicial.

26. En los proyectos de Reglamentos que requieran la audiencia, tal trámite ha de cumplirse respecto a determinadas entidades. El artículo 130.4 LPA se refiere a «la Organización Sindical y demás entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de los intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición». Hay aquí, por tanto, dos tipos de requisitos: uno relativo a la naturaleza de las organizaciones que pueden ser, con carácter general, partícipes necesarios en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas; otro referente a la relación que debe unir, en cada caso concreto, a tales organizaciones con el Reglamento proyectado. Esta segunda condición, que se desprende de la exigencia de que las entidades sean representativas de los «intereses afectados por dicha disposición», fue ya estudiada, dado que el Tribunal Supremo hacía depender de ello la misma obligatoriedad del trámite de audiencia (109). Nos bastará ahora, por tanto, referirnos a la naturaleza de las entidades contempladas en el artículo 130.4 de la LPA.

Se patentiza especialmente en este aspecto la inadecuación del párrafo comentado con la nueva realidad jurídica y con el mandato del artículo 105.a) de la Constitución. Por lo pronto, «la Organización Sindical» no existe. No se trata únicamente de que no tenga sentido utilizar esta expresión en singular, sino que, además, los intereses de los trabajadores y los de los empresarios no tienen un cauce orgánico común y sus organizaciones representativas no pueden considerarse en general como subrogadas en la posición del Sindicato vertical extinto. De otro lado, la idea de «entidades que *por Ley*» ostenten la representación y defensa de determinados intereses no puede identificarse en manera alguna con la de asociaciones libres constituidas con arreglo a la Ley para, de acuerdo a la voluntad de sus miembros, defender intereses comunes o, incluso, intereses ge-

(109) Concretamente, para el Tribunal Supremo podía afirmarse que «la índole de la disposición aconseja la audiencia» cuando afecta de manera «seria», «importante» y «directa» a ciertos intereses organizados. Vid. *supra*, apartado 24.

nerales, pero sin que el ordenamiento les atribuya directamente, y sin más cualidades, representatividad de ningún tipo. Estas son la esencia de un sistema jurídico basado en el pluralismo (art. 1.1 de la Constitución) y respetuoso con la libertad de asociación (art. 22 de la Constitución). Son, además, las que deben canalizar la participación —el art. 105. a) de la Constitución habla de «asociaciones reconocidas por la Ley»—. Las otras, las que por «Ley ostentan la representación y defensa de intereses», sólo pueden generalizarse y alcanzar un protagonismo monopolizador en un sistema corporativo (110), sin perjuicio de que también existan fuera de ese contexto político para ciertos sectores especiales y atendiendo a singulares necesidades públicas o a la conveniencia de utilizar técnicas de autoadministración, como es bien sabido.

Pero, en definitiva, es a éstas, con independencia de que un futuro desarrollo legislativo del artículo 105 de la Constitución deba tener mayor amplitud, a las que cabe entender referida la mención de «entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo» que realiza el artículo 130.4 LPA. Tales entidades no han desaparecido, por lo que no está justificado su sustitución por otras ni su ampliación a las simples asociaciones representativas de intereses que no podrían ampararse en una interpretación, por amplia que fuese, de la Ley de Procedimiento (111). Si de alguna forma cabe dar entrada a las asociaciones voluntarias y privadas en el trámite de audiencia es a través de la mención de «la Organización Sindical», como inmediatamente veremos, no considerándolas incluidas entre las entidades que «por Ley» tengan atribuida la representación de intereses.

Así lo confirma la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1987, para la que, pese a declarar el carácter preceptivo del trámite y esencial del vicio que constituye su omisión, no procede respecto de la Federación Nacional de Empresarios Cárnicos Charcuteros, pues el artículo 130.4 LPA «concede la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe a las entidades que por Ley ostentan la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, y sólo a ellas», lo que no es el caso, «pues la Federación tiene un talante asociativo de origen voluntario y carácter privado, *sin una habilitación legal para representar y amparar los*

(110) Vid. la anterior nota 88.

(111) Así, sin embargo, lo ha pretendido M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación...* op. cit., pág. 183.

*intereses de sus asociados*». La conclusión a la que se llega nos parece desacertada porque la susodicha Federación debería haber sido considerada, a estos efectos, como una Organización Sindical, lo que permitiría una solución diferente que inmediatamente expondremos. Pero, en cualquier caso, sí queda puesta de relieve la exclusión, salvo excepciones, de las asociaciones voluntarias.

Muy distinto es el caso de la Organización Sindical, tras cuya desaparición su preceptiva audiencia ha de verse sustituida por la de otras organizaciones. A este respecto, la jurisprudencia ofrece un criterio firme. Incluso partiendo del carácter facultativo de la audiencia, ya la sentencia de 12 de noviembre de 1983 (112) explicaba que «la referencia a la Organización Sindical hay que entenderla hoy referida a las asociaciones sindicales nacidas al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril». También las sentencias de 14 de marzo y 18 de abril de 1986 (113) proclaman que «será preceptivo oír a las asociaciones sindicales nacidas al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, a las que ha de entenderse referida la mención que dicho apartado 4 hace a la Organización Sindical». Lo mismo se reitera en la de 29 de diciembre de 1986 (114). No será necesario recordar que esta Ley de Regulación del Derecho de Asociación Sindical se refería *tanto a trabajadores como a empresarios* y a su derecho a constituir «en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos» (art. 1).

Por esta vía sí tienen cabida asociaciones voluntarias, pero limitadas a las de carácter profesional, lo que impide dar entrada, como ya se dijo, a las organizaciones representativas de intereses colectivos o difusos con la amplitud que el artículo 105.a) de la Constitución parece requerir. Si en algún caso éstos pueden actualmente ex-

(112) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Díaz Eimil, R. Ar. 6005.

(113) Véase el anterior apartado 14.

(114) En esta repetidamente citada sentencia (R. Ar. 1675 de 1987) se afirma que «la referencia a la Organización Sindical ha de entenderse hoy dirigida a las Asociaciones Sindicales nacidas al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril». Una aplicación extremadamente rigurosa de la identificación entre Organización Sindical y asociaciones nacidas al amparo de la Ley de 1977 se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 abril 1986, Sala 5.ª, Ponente Excmo. Sr. Mateos García, R. Ar. 1987, en la que se rechaza la pretensión de la «Asociación Profesional de Funcionarios de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, conocida por Sindicato Libre Independiente de los Cuerpos de la Administración de Justicia», de nulidad de una disposición por no habersele dado audiencia, basándose, entre otros argumentos, en que tal Asociación se constituyó «de conformidad con lo dispuesto en el R. D. 1836/1976, de 16 de julio, sin que resulte aplicable la Ley 19/1977, de 1 de abril».

presarse en el procedimiento de elaboración de Reglamentos será a través de cauces distintos del que presta el artículo 130.4 LPA. Así ocurre, por ejemplo, con las asociaciones de consumidores y el artículo 22 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (115).

Pero incluso centrados en la audiencia de las asociaciones profesionales surgen algunas dificultades que es necesario afrontar. Fundamentalmente nos referimos al supuesto, absolutamente normal, de posible concurrencia de distintas asociaciones a las que habría que considerar incluidas en el artículo 130.4 LPA. Ello puede derivar, en primer lugar, de que el Reglamento proyectado afecte a distintos sectores de actividad (fabricante, comerciante, explotadores...). Aunque el Tribunal Supremo equiparó ocasionalmente este supuesto al de imposibilidad de practicar la audiencia (116), y aunque eventualmente ello pueda suponer que la índole de la disposición no aconseja este trámite dada la generalidad de los intereses afectados, con frecuencia nada de esto desvirtuará el carácter preceptivo ni impedirá realmente que se practique la audiencia de asociaciones representativas de diferentes, y hasta opuestos, intereses (117). Además, la exigencia jurisprudencial de que los intereses se vean afectados de manera «grave» y «directa» reducirá, en la mayor parte de los casos, las entidades que deban participar.

Pero esta concurrencia de distintas asociaciones también puede producirse ante un mismo y único interés afectado, para cuya defensa hayan constituido diferentes organizaciones. Tal circunstancia, normal y hasta esencial en un régimen de libertad sindical y de asociación, no pudo ser tenida en cuenta al elaborar la Ley de Procedimiento Administrativo, pero debe ser actualmente abordada para intentar aplicar en el nuevo contexto el artículo 130.4 (118).

---

(115) Vid. *supra*, apartado 13.

(116) Recuérdese la sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo 1986, transcrita en el apartado 23.

(117) Ejemplos de ello se ofrecen en el Estatuto de los Trabajadores. Muy significativos son, a este respecto, sus artículos 6.2, 17.3 *in fine*, 27.1 y 34.5, así como la disposición transitoria 2.ª, relativos a prohibiciones de trabajo a menores de edad, medidas de fomento del empleo, salario mínimo interprofesional, jornada laboral y derogación de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales, competencias normalmente desarrolladas mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, para las que se impone preceptivamente la consulta a «las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas». También en el artículo 22 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se establecen supuestos de audiencia de organizaciones representativas de intereses opuestos: asociaciones de consumidores y de empresarios.

(118) Este problema creemos que únicamente puede plantearse respecto a las

27. Cuestión previa es la de dilucidar si está justificado y es admisible reducir la audiencia a sólo algunas de las entidades representativas de los mismos intereses afectados. La respuesta negativa podría encontrar fundamento, por una parte, en el principio de igualdad y, de otra, en la libertad sindical o en la libertad de asociación. El principio de igualdad quedaría afectado por el hecho de que la Administración, al seleccionar sólo a determinadas organizaciones representativas, postergaría a otras de igual naturaleza y fin. La libertad sindical, que comprende la de afiliación al sindicato de libre elección (art. 28.1 de la Constitución), quedaría también afectada si el trabajador no cuenta con los mismos cauces de representación en uno u otro sindicato, es decir, si la Administración canaliza siempre la participación a través de las mismas Organizaciones, indirectamente está potenciando la afiliación a ellas, desmotivando la afiliación a las restantes y, por tanto, mediatizando la libre elección de sindicato.

Frente a ello, una selección de organizaciones a las que conferir representatividad ante la Administración encuentra justificación en la conveniencia de potenciar a las grandes organizaciones, únicas capaces de ejercer eficazmente la defensa de los intereses representados, y en la imposibilidad material de dar participación a todas las organizaciones. Esto último se pone de manifiesto con especial claridad en los casos de participación orgánica, ya que no es posible integrar a representantes de todas las entidades en los órganos que al efecto se constituyan.

Estos factores, positivos y negativos, han sido tenidos en cuenta por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, aunque con límites, admiten la licitud de cierto trato deferencial entre las organizaciones implicadas. Se exige, no obstante, la persecución de un fin legítimo y la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se desea alcanzar (119).

entidades que han sustituido a la antigua Organización Sindical. Por el contrario, «las entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo» excluyen la posibilidad de concurrir con otras de igual naturaleza y representativas de los mismos intereses. Si será posible que haya de darse audiencia a varias de estas entidades, pero cada una de ellas en representación de intereses diferentes, como ocurría en la ya citada sentencia de 22 diciembre 1982 respecto a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, de un lado, y a los Gestores Administrativos, de otro. A esta posibilidad nos acabamos de referir anteriormente y no plantea dificultad alguna.

(119) Vid. OIT, *La libertad sindical. Recopilaciones de decisiones del Comité de*

En la misma línea se ha situado también nuestro Tribunal Constitucional, que considera admisible una promoción pública de las organizaciones sindicales más potentes para evitar una atomización de sindicatos que debilitaría la defensa de los intereses de los trabajadores (120). Ello permite un trato desigual, pero no discriminatorio en base a criterios arbitrarios o irrazonables, sino justificado «en relación a la finalidad y efecto... debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (121), y siempre, además, que no suponga una presión sobre los trabajadores para que se afilien a determinadas organizaciones (122).

Admitido lo anterior, el problema se centra, además de en la elección del criterio para seleccionar a las organizaciones, en comprobar si ese trato desigual está justificado en un supuesto como el de la audiencia en la elaboración de Reglamentos. Normalmente ha sido utilizado en la negociación colectiva y en la participación institucional, pero referida ésta casi exclusivamente a la que se canaliza mediante fórmulas orgánicas. Con esta finalidad se ha acuñado la doctrina que justifica un trato desigual a las centrales implicadas y, aunque según la doctrina del Tribunal Constitucional sería posible su extensión a campos distintos (123), no es claro que sea éste el caso de la participación procedimental.

---

*Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 1976; en especial, págs. 11 (pfs. 16, 17 y 18), 13 (pfs. 23 y 24) y 14 (pl. 27). Por lo que se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son especialmente relevantes sus sentencias de 27 octubre 1975 y 6 febrero 1976; vid. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (25 años de jurisprudencia, 1959-1983), Madrid, 1983, págs. 271 y 281.

(120) Suficientemente expresivas de ello son las sentencias del Tribunal Constitucional 53/1982, de 16 junio; 63/1982, de 10 noviembre; 99/1983, de 16 noviembre, y, sobre todo, la 98/1985, de 29 julio, que en su fundamento jurídico séptimo resume la doctrina general a este respecto. También el Tribunal Supremo ha recogido esta doctrina, siendo de destacar especialmente la sentencia de la Sala 3.ª de 31 enero 1984, Ponente Excmo. Sr. Rodríguez Hermida, R. Ar. 239, relativa a participación orgánica.

(121) Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1985, de 14 febrero. También, sentencias 23/1983, de 25 marzo, y 99/1983, de 16 noviembre.

(122) Esta presión indirecta que impide hablar de una libre elección de sindicatos fue tenida en cuenta, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 20/1985, de 14 febrero; 26/1985, de 22 febrero; 72/1985, de 13 junio.

(123) Así lo afirma F. L. NAVARRO NIETO: «Es de significar que según la última doctrina del TC sería posible la extensión del concepto del sindicato más representativo a campos distintos de los considerados por el Comité de Libertad Sindical. Así es admisible constitucionalmente la introducción de aquel concepto en materias como subvenciones económicas a los sindicatos, o la distribución del Patrimonio Sindical» (*El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española*, «Relaciones Laborales», núm. 22, 23 noviembre 1987, pág. 38). Pero esta extensión a nuevos ámbitos tiene límites que también ha hecho valer el Tribunal Cons-

Creemos, no obstante, que también aquí está justificada la selección de sólo algunas organizaciones, aunque no lo sea en forma tan extrema y patente como en los casos de participación orgánica. Tres argumentos nos permiten así afirmarlo.

En primer lugar, que, aunque no haya una imposibilidad absoluta de dar audiencia a todas las organizaciones representativas (de trabajadores o empresarios), sí que puede dificultar gravemente la práctica del trámite hasta hacerlo excesivamente gravoso para la Administración y casi inviable. De hecho, hemos tenido ocasión de comprobar cómo el Tribunal Supremo había declarado que cuando existía una pluralidad de asociaciones representativas de los intereses afectados se daba un supuesto de imposibilidad de dar cumplimiento al artículo 130.4 LPA (124). Criticamos ya esta solución, pero es demostrativa de que también aquí está justificada la reducción a sólo algunas organizaciones. En la práctica se trata de elegir no entre dar audiencia a todas o a algunas, sino entre esta última posibilidad y la de prescindir pura y simplemente del trámite: el trato desigual persigue un fin legítimo y la selección de algunas entidades parece proporcionada; por tanto, puede, en principio, considerarse constitucionalmente lícita, al menos cuando se presente como una exigencia para la efectividad de la misma participación (125).

En segundo lugar, es destacable que el mismo Estatuto de los Trabajadores prevé en algunos artículos (p. ej., arts. 6.2, 17.3 *in fine*, 27.1 y 34.5) audiencias para la elaboración de normas que habrán de realizarse únicamente respecto a determinadas organizaciones empresariales y sindicales. Si así se ha establecido expresamente para el procedimiento de aprobación de algunas disposiciones, parece admisible extender la misma solución a la regulación general del artículo 130.4 LPA.

Por último, debe aquí recordarse la sentencia del Tribunal Su-

---

tucional. Ejemplo de ello se contiene en su sentencia 99/1987, de 11 junio, fundamento jurídico 7.º, que anula el artículo 29.2, letra I), de la Ley 30/1984, en la que se establecía un nuevo privilegio para las «Organizaciones Sindicales más representativas».

(124) Vid. *supra*, apartado 23.

(125) Aun sin admitir que haya total imposibilidad de practicar una participación procedimental generalizada, M. SÁNCHEZ MORÓN afirma que «una intervención tan generalizada no puede pasar del nivel de la pura colaboración... Ante el dilema de una intervención tan extendida en cuanto al número de posibles sujetos y tan escasamente profunda en cuanto a garantías de incidencia real..., algunos autores han propuesto la reducción de la participación procedimental a determinados sujetos específicamente cualificados...» (*La participación...*, op. cit., pág. 179). También esto, en cuanto demuestra la imposibilidad de una participación generalizada que resulte efectiva, justifica la reducción a algunas organizaciones.

premo de 6 de diciembre de 1985 (126), que corrobora lo anterior. Ante la alegación de una asociación de detectives privados de no habersele concedido la posibilidad de informar un Reglamento regulador de la profesión, se declara:

«El trámite de audiencia de las Organizaciones Profesionales de Detectives Privados... interpretada de acuerdo con la finalidad que la misma persigue y acorde con lo dispuesto en el artículo 130 LPA no puede conducir a que la audiencia... exija de una forma exhaustiva oír a todas las Organizaciones Profesionales de Detectives Privados existentes en España, sino tan sólo a las que se estimen necesarias para que la Administración pueda llegar a tener conocimiento de los deseos y preocupaciones corporativos...»

28. Aceptada la reducción de la audiencia a sólo algunas organizaciones representativas de intereses, la Administración debe seleccionar aquellas a las que conceder la posibilidad de emitir los informes a que se refiere el artículo 130.4 LPA.

Ante el silencio de este artículo bien podría admitirse, en principio, y como hace SÁNCHEZ MORÓN, un «margen de discrecionalidad» de la Administración para elegir a sus interlocutores (127), discrecionalidad que, no obstante, tendría límites que excluirían los criterios arbitrarios o discriminatorios.

Sin excluir en todos los casos esa discrecionalidad, parece, sin embargo, que hoy debe negarse para los supuestos en que la audiencia proceda respecto a sindicatos y organizaciones empresariales, puesto que para este tipo de entidades existe una regulación específica que determina a cuáles de ellas debe atribuirse capacidad para representar y defender los intereses respectivos ante la Administración.

Inicialmente se contenía en la redacción originaria de la disposición adicional 6.ª del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, la capacidad para «ostentar la representación institucional en defensa de los intereses generales de los trabajadores y de los empresarios» (128). En la actualidad, la de los

(126) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Sánchez-Andrade y Sal, R. Ar. 644 de 1986.

(127) *La participación...*, op. cit., pág. 150. Vid., también, págs. 138 y 152.

(128) Con anterioridad existían ya algunas normas que regulaban esta participa-

sindicatos y la de las asociaciones empresariales están reguladas separadamente y de forma diversa.

Por lo que se refiere a las organizaciones de trabajadores, la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 2 de agosto de 1985 (LOLS) proclama en su artículo 6.1 que «la *mayor representatividad* sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una *singular posición jurídica a efectos... de participación institucional...*». Como consecuencia de ello atribuye a «las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo», entre otras facultades, la de «ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas» y «cualquier otra función representativa que se establezca» (art. 6.3).

Los criterios mediante los cuales se adquiere esta condición de «la mayor representatividad sindical» pueden resultar inadecuados para que el artículo 130.4 LPA se convierta, oyendo únicamente a estas organizaciones sindicales, en un verdadero cauce de participación de los intereses afectados cuando éstos no sean los generales de todos los trabajadores y sí únicamente los de algún sector o rama de actividad (129). Pese a ello, parece difícil obviar la conclusión de que será a estos sindicatos más representativos, determinados con-

---

*ción, atribuyéndola selectivamente a ciertas organizaciones según su representatividad. Pero, como afirma F. L. NAVARRO NIETO, hasta el Estatuto de los Trabajadores no hay una regulación uniforme, sino diversa y caracterizada por cierta «confusión e incoherencia» (El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española, op. cit., pág. 8). Esto justifica que partamos, a estos efectos, de la Ley 8/1980, de 10 de marzo.*

(129) Ello se produce porque, tanto para la mayor representatividad en el ámbito estatal como en el de las Comunidades Autónomas, se atiende únicamente a un criterio territorial y no funcional —arts. 6.2.a) y 7.1 LOLS—. Incluso en el caso de las organizaciones sindicales que, aun no teniendo la consideración de más representativas, gozan de suficiente representatividad a ciertos efectos, se acumulan los criterios territorial y funcional (art. 7.2 LOLS), por lo que tampoco por esta vía tendrán normalmente entrada las organizaciones sectoriales. A lo anterior hay que sumar la utilización del llamado «criterio de la irradiación» en el artículo 6.2.b) de la misma Ley: «Los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa» disfrutaban también de la singular posición jurídica a efectos de participación institucional incluso sin acreditar la «especial audiencia» requerida con carácter general. Igual se establece en el ámbito de las Comunidades Autónomas por el artículo 7.1.b) de la LOLS. En suma, parece evidente que la Ley está presidida por la finalidad de consolidar un sistema sindical centralizado, como pone de relieve la doctrina. Vid. F. DURÁN LÓPEZ y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El proyecto de LOLS*, Madrid, 1984, pág. 29. Y, en este contexto, el resultado de aplicar los criterios de representatividad de la LOLS al problema que plantea el artículo 130.4 LPA conduce también a postergar a las organizaciones sindicales más concretamente circunscritas a los sectores que se vean afectados por los Reglamentos proyectados en favor de las generales o intersectoriales.

forme a la LOLS, a los que habrá de concederse la audiencia: por una parte, esta Ley ha sido declarada constitucional (130); por otra, el artículo 6.3 de la misma LOLS se encarga de precisar que la capacidad representativa que reconoce a estas organizaciones se la confiere para «*todos los niveles territoriales y funcionales*», de manera que no cabe excepcionar los supuestos en que el Reglamento proyectado se circunscriba a un muy concreto sector y afecte exclusivamente a los trabajadores del mismo. A lo sumo cabría hacer una aplicación más matizada en algunos supuestos (131).

Por lo que respecta a las asociaciones empresariales, la disposición adicional 6.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por Ley 32/1984, de 2 de agosto, dispone:

«A los efectos de ostentar la representación institucional en defensa de *intereses generales de los empresarios* ante las Administraciones Públicas y otras Entidades u Organismos de carácter estatal o de Comunidades Autónomas que la tengan prevista, se entenderá que gozan de esta capacidad representativa las Asociaciones Empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal...»

Lo mismo se establece, aunque elevando el porcentaje en cinco puntos, para las asociaciones empresariales de Comunidades Autónomas.

Aunque también aquí se recoge un criterio rígido tendente a ex-

---

(130) En concreto, por la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 julio.

(131) La misma sentencia del Tribunal Constitucional de 29 julio 1985 hace dos precisiones que deben ser tenidas en cuenta. La primera, que «la generalidad de las funciones que el Proyecto de LOLS reconoce a los sindicatos no se atribuyen con exclusividad a los que el propio Proyecto denomina "más representativos a nivel estatal" (artículo 6.2) o "a nivel de Comunidad Autónoma" (artículo 7.1), sino también a "las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas hayan obtenido, en un ámbito territorial y funcional específico, el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros del Comité de Empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas" (artículo 7.2)». Sin embargo, ello no parece que pueda tener incidencia en la aplicación del artículo 130.4 LPA porque a las organizaciones del artículo 7.2 de la LOLS se les atribuye efectivamente una serie de facultades, pero entre ellas no se encuentra la representación institucional ante las Administraciones Públicas.

La segunda, relativa al llamado «criterio de la irradiación», excluye que pueda llegar a reconocerse representatividad a un sindicato en ámbitos en que no ejerce actividad (fundamento jurídico 8.<sup>o</sup>).

cluir a las organizaciones sectoriales, parece posible, para gran parte de los Reglamentos que exijan la audiencia del artículo 130.4 LPA, dar entrada a las asociaciones más directamente relacionadas con los intereses específicamente afectados.

Forzoso es reconocer que la aplicación de esta disposición del Estatuto de los Trabajadores puede estar perfectamente justificada en tanto que la participación de las asociaciones empresariales esté funcionalizada para canalizar los intereses generales de los empresarios cuando, como tales intereses de categoría o clase, se vean afectados por la actuación de la Administración, y particularmente por su potestad reglamentaria. Pero cuando la disposición proyectada se refiera a sectores concretos, sin implicar los intereses generales de los empresarios y sí únicamente de forma directa a los de un determinado ámbito funcional, carece de toda justificación conceder la audiencia a las asociaciones empresariales descritas en el Estatuto de los Trabajadores y no a las representativas de los específicos intereses afectados. Esto no viene excluido por la disposición adicional 6.ª del Estatuto de los Trabajadores, a diferencia de lo que ocurría en la regulación de la LOLS; antes al contrario, la misma redacción dada a la referida disposición propicia una interpretación flexible en el sentido apuntado.

Por lo pronto, no hay aquí un reconocimiento de capacidad representativa para todos los niveles funcionales —que sí consagra la LOLS para los sindicatos, como vimos—, sino que la misma disposición adicional se refiere exclusivamente a la «representación institucional en defensa de *intereses generales de los empresarios*». Pero cuando se trata, por ejemplo, de regular la condición de contratación de la remolacha, los requisitos de las ganaderías de toros de lidia o de los establecimientos de juego, por utilizar los mismos supuestos de que ha conocido el Tribunal Supremo, no están en juego los intereses generales de los empresarios, sino los de un sector determinado, por lo que no se da el presupuesto necesario para aplicar la disposición adicional 6.ª del Estatuto de los Trabajadores. El mismo hecho de que la regulación de la capacidad representativa de las asociaciones empresariales se contenga en una norma laboral es suficientemente expresivo de que sólo en este marco y en los más directamente conectados (seguridad social, política de empleo, etc.) es aplicable, pues es en ellos fundamentalmente donde los intereses de los empresarios aparecen considerados globalmente y no por sectores.

Esta selección de las asociaciones empresariales sectoriales más directamente relacionadas con la defensa y representación de los intereses específicamente afectados por el Reglamento proyectado es, además, la solución más acorde con los artículos 130.4 LPA y 105.a) de la Constitución, porque, aunque permitan que la participación se articule a través de organizaciones, esta mediación no puede suponer nunca que los ciudadanos verdaderamente afectados y los intereses realmente implicados se vean preteridos por organizaciones que defiendan intereses más amplios y no necesariamente coincidentes. Esto equivaldría a incumplir el mandato constitucional y, en realidad, el mismo artículo 130.4 LPA. Recuérdese a este respecto que el Tribunal Supremo exige para considerar preceptiva la audiencia que el Reglamento afecte de manera grave y directa a los intereses representados por la entidad correspondiente; a la inversa, lógico resulta exigir que ésta sea elegida por representar directamente esos intereses afectados de manera grave sin que quepa sustituirla por aquellas otras que, dada la amplitud de sus fines y extensión funcional, tengan mayor representatividad en todo un ámbito territorial, pero no en el sector concreto objeto de la regulación.

Descartada para estos casos la aplicación rigurosa e incondicional de la disposición adicional 6.ª del Estatuto de los Trabajadores, y ante la ausencia de una regulación directamente aplicable al trámite de audiencia del artículo 130.4 LPA, cabe reconocer un cierto margen de discrecionalidad a la Administración en la elección de las asociaciones empresariales. Sin embargo, excluida la posibilidad de criterios arbitrarios y discriminatorios, la representatividad determinada en función del número de afiliados y de la real implantación, aunque limitada al concreto ámbito funcional a que se refiera el Reglamento, debe considerarse prioritaria. Así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1984, que, aunque referida a un supuesto de participación orgánica, considera inconstitucional una Orden Ministerial en la que se postergaba a la organización de mayor implantación en el sector agrícola concreto al que se contraía la competencia del órgano participativo previsto en beneficio de las generales o intersectoriales de ámbito estatal (132). Con ello, además

---

(132) Sentencia de la Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Malpica González-Elípe, R. Ar. 238. En esta sentencia, pese a que ya estaba vigente la disposición adicional 6.ª del Estatuto de los Trabajadores en su redacción primitiva, se afirma que «no existe ninguna norma en nuestro Ordenamiento Jurídico que pueda justificar un trato desigual en perjuicio de las asociaciones sindicales sectoriales y/o territo-

de no seguir el criterio de la disposición adicional 6.ª del Estatuto de los Trabajadores, demuestra los estrechos límites de la discrecionalidad administrativa para seleccionar a las organizaciones que hayan de canalizar la participación.

29. El artículo 130 LPA no determina el orden en que han de producirse los trámites en él previstos. Así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1982 (133): «... el precepto, artículo 130 LPA, no establece un orden cronológico de obligatoria observancia y sí una relación de actos y tiempos a seguir...» (134).

Siendo así, lo único que cabe afirmar es que la audiencia debe producirse en un momento del procedimiento en que exista ya una redacción del proyecto, puesto que es tal proyecto el que ha de remitirse según el artículo 130.4 LPA (135). En todo caso debe ser posterior a la «moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa», así como a los «estudios e informes previos» a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 129 LPA (136). Ahora bien, la exigencia de redacción de un proyecto de Reglamento no significa, obviamente, que aquel de que se dé traslado haya de ser sustancial-

---

riales y en beneficio de las generales o intersectoriales de ámbito estatal, antes al contrario...». Y en otro lugar: «... la objetividad ha de medirse “en relación con el objetivo de la designación de representantes”, o en concreto “con el ámbito territorial del Ente o de la Administración ante la cual ha de darse la representación”, deteniéndose, siempre que sea posible, en obtener una representatividad lo más próxima posible a la realidad social —del sector de cultivadores de remolacha y caña azucareras, considerando a nivel nacional, en el caso de autos—...».

(133) Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Martín Martín, R. Ar. 5349.

(134) También en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero 1985, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Roldán Martínez, R. Ar. 491, lo especifica respecto al trámite del apartado 4 del artículo 130 LPA: «... sin exigir que esta audiencia tenga lugar en un momento determinado del expediente...».

(135) En contra, y pese a la claridad del artículo 130.4 LPA («... desde la remisión del Proyecto...»), la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, Ponente Excmo. señor Roldán Martínez, de 15 febrero 1985, R. Ar. 491, afirma que «... al no exigirse que del Proyecto de la disposición general a elaborar se dé vista a las Entidades interesadas... no resulta omitido este trámite si a la vista de los escritos aportados al expediente aparece que estaban enteradas de las actuaciones y conocedoras de las cuestiones planteadas...».

(136) Con esto queremos rechazar expresamente la solución recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 abril 1985, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 1990, y de 6 mayo 1986, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. Reyes Monterreal, R. Ar. 3047, en las que, además de considerar al trámite facultativo, lo entienden cumplido por el hecho de que las entidades representativas habían intervenido en propuestas anteriores al procedimiento de elaboración del Reglamento propiamente dicho y, en cualquier caso, sin contar con un proyecto sobre el que informar, que es justamente el contenido dado a este trámite por el artículo 130.4 de la LPA.

mente el que con posterioridad se someta a aprobación del órgano competente para ello (137).

No mayor precisión para determinar la fase del procedimiento en que debe realizarse la audiencia aporta la jurisprudencia, pues en las escasas ocasiones en que la ha considerado preceptiva no ha establecido un criterio seguro: en unos casos se limita a decretar la retroacción del expediente al momento en que debió pedirse el informe de la entidad representativa, pero sin señalar cuál sea éste (sentencia de 15 de octubre de 1982, citada), y en otros lo especifica con criterios extremadamente variables, desde el momento inicial de formación del expediente (sentencia de 18 de diciembre de 1985, citada) hasta el inmediatamente anterior a su aprobación por el Consejo de Ministros (sentencia de 22 de diciembre de 1982, citada). Sí hay unanimidad al afirmar que abrir el trámite compete al «organismo que lleve la iniciativa» en el procedimiento de elaboración (138), por lo que, en caso de corresponder su aprobación, órgano distinto, el trámite de audiencia debe realizarse antes de su elevación a éste.

En suma, la audiencia puede concederse a las organizaciones representativas en cualquier momento una vez que exista redactado un proyecto de disposición y antes de elevarlo para su aprobación al órgano que tenga competencia para ello (139).

30. Dada la finalidad que hemos atribuido a la audiencia de entidades representativas de intereses y negado que éstas sean en sen-

---

(137) El proyecto sometido a informe puede sufrir modificaciones, incluso como consecuencia de las alegaciones realizadas vía artículo 130.4 LPA, sin que sea necesario repetir el trámite, lo que podría dar lugar a una indefinida y absurda demora. Esta absurda solución ha sido expresamente descartada por el Tribunal Supremo en sentencias de 25 enero 1984, Sala 3.ª, Ponente Excmo. Sr. Fernández Santamaría, R. Ar. 206, y 23 enero 1987, Sala 4.ª, Ponente Excmo. Sr. García Estartús, R. Ar. 1980.

(138) Expresamente en este sentido, las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo de 30 abril 1985, R. Ar. 1990; 25 mayo 1982, R. Ar. 2806, y 10 junio 1981, R. Ar. 2455, entre otras.

(139) Si se concede alguna sustantividad a la supuesta equivalencia entre el trámite del artículo 130.4 y el del 91 de la LPA que el Tribunal Supremo ha afirmado (vid. *supra*, apartados 11 y 15), cabría sostener paralelamente a lo establecido en este último («antes de redactar la propuesta de resolución...»; «anterior al informe de la asesoría jurídica o al dictamen del Consejo de Estado») que la audiencia de las organizaciones representativas debe producirse inmediatamente antes del informe de la Secretaría General Técnica (art. 130.1 LPA) y del dictamen del Consejo de Estado cuando proceda, permitiendo, además, que las alegaciones realizadas por la vía del artículo 130.4 LPA sean tenidas en cuenta por estos órganos consultivos y por el mismo que ha desarrollado el procedimiento antes de elevar el proyecto al órgano competente, pues si sólo a éste quedase relegado considerar los informes emitidos en el trámite de audiencia, no infrecuentemente verían mermada la posibilidad de influir realmente en la decisión administrativa.

tido propio interesadas en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas, cabe mantener, con independencia de lo que se sostenga para el procedimiento administrativo común (arts. 87 y 91 LPA), que cuando se acuerde, de conformidad con la facultad conferida en el artículo 130.5 LPA, la apertura de un período de información pública no será necesario practicar el trámite del párrafo 4 del mismo artículo, ni siquiera en los casos en que éste lo imponga preceptivamente. Así creemos que, efectivamente, debe admitirse, al menos cuando la información pública haya permitido a las entidades representativas las mismas posibilidades que les otorga la audiencia, esto es, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe, a la vista del proyecto y no de cualquier otro documento de trabajo, y en un plazo mínimo de diez días, condiciones todas ellas que no quedan garantizadas en el artículo 130.5 LPA, pero que pueden quedar cumplidas por el acuerdo que, en su virtud, adopte el Ministro al abrir el trámite.

Así parece haberlo entendido el Tribunal Supremo en sus sentencias de 6 de julio de 1982 y 29 de octubre de 1985 (citadas), en las que, entre otros argumentos para fundamentar la irrelevancia de la omisión del trámite de audiencia, se invoca la apertura de información pública mediante la cual pudieron realizar alegaciones las mismas entidades comprendidas en el artículo 130.4 LPA. Pese a que se trata de dos sentencias en que se parte del carácter discrecional de la audiencia, lo que en la interpretación ahora desarrollada se niega, parece admisible recoger en este punto su doctrina. Es más, la información pública parece un cauce adecuado para dar completa satisfacción al artículo 105.a) de la Constitución, permitiendo la participación no sólo de todas las organizaciones, sino directamente de los ciudadanos, por lo que cumple sobradamente las funciones que en el procedimiento de elaboración de Reglamentos desempeña el trámite del artículo 130.4 LPA.

A la solución expuesta pudiera oponerse el artículo 49.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que impone acumulativamente la «información pública y la audiencia de los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias». Es decir, en contra de lo más arriba razonado, la información pública, siempre preceptiva en el ámbito local, no hace innecesaria la audiencia. Ciertamente que nada impide practicar conjuntamente aquella información y esta audiencia de los interesados, pero sí dificulta entender que esa audiencia

pueda canalizarse con la simple y normal realización de la información pública: la referencia sucesiva y específica a ambos trámites sustenta su diferenciación, la necesidad de cumplir los dos con sus formalidades propias y la imposibilidad de suplir la omisión de la audiencia con la realización de la información pública, en contra de lo antes aquí sostenido. Aún así debe observarse que el citado precepto se refiere a la «audiencia a los interesados», y ello no puede identificarse ni asimilarse a la audiencia de entidades representativas de los intereses afectados. Esta última, que es la contemplada en el artículo 130.4 LPA, no tiene ningún sentido si se abre un período de información pública, y, de hecho, el referido precepto de la LRBRL no impone un trámite semejante, sino el de audiencia de los interesados, lo que es completamente distinto. Desde luego, habría sido preferible que el artículo 49.b) de la LRBRL hubiera hablado de audiencia de los ciudadanos afectados más directamente por la Ordenanza proyectada, en términos equivalentes al artículo 105.a) de la Constitución, y no de «audiencia a los interesados», ya que, como nos consta, no hay realmente y en sentido técnico-jurídico verdaderos interesados en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias. Pero nada de ello impide, no obstante, distinguir esta audiencia individualizada de la de entidades representativas.

Conclusión semejante mantenemos para los casos en que el Reglamento haya sido informado, o incluso aprobado inicial o definitivamente, por órganos administrativos cuya composición garantice la participación. Reiteradamente hemos calificado al trámite del artículo 130.4 LPA como fórmula de participación funcional. Esto mismo justifica que en los supuestos en que el ordenamiento ha establecido técnicas de participación orgánica con representación institucional de los intereses afectados no sea necesaria la audiencia de las entidades constituidas para su defensa, máxime si los miembros del órgano *ad hoc* han sido elegidos por procedimientos democráticos y no libremente designados por la Administración. Aun con los necesarios matices que en cada caso presente la participación orgánica, tanto por la composición del órgano como por su concreta intervención en el procedimiento, cabe sostener, en principio, que puede suplir a la audiencia de las entidades representativas. Así lo ha consagrado expresamente el párrafo 4 del artículo 22 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «Se entenderá cumplido dicho trámite preceptivo de audiencia cuando las Asociaciones citadas se encuentren representadas en los órganos colegia-

los que participen en la elaboración de la disposición.» Fuera de este ámbito de la defensa de los consumidores, y salvo los casos en que se haya dispuesto expresamente lo contrario, resulta en principio admisible aplicar una solución idéntica a la consagrada en el precepto transcrito.