

# La consulta pública previa en la elaboración de normas reglamentarias

CÉSAR CIERCO SEIRA

*Profesor titular  
de Derecho Administrativo*

ANTONIO ROPERO VILARÓ

*Secretario interventor de  
Administración local*

- 1. Introducción: nuevos ropajes para la participación en la era de la administración electrónica**
- 2. La legitimidad constitucional del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias**
- 3. La misión de la consulta pública previa**
  - 3.1. La ubicación de la consulta pública en el procedimiento administrativo para la elaboración de normas reglamentarias: su plano liminar
  - 3.2. La naturaleza jurídica de la consulta pública: especie de consulta popular no referendaria
  - 3.3. A modo de conclusión parcial: la consulta pública como mecanismo participativo que ensancha el control de la potestad reglamentaria de la Administración pública
- 4. La articulación procedimental y técnica de la consulta pública previa**
  - 4.1. La trascendencia de la ubicación liminar de la consulta pública: su configuración como trámite previo a la redacción del texto articulado
  - 4.2. El llamamiento a los sujetos potencialmente afectados
  - 4.3. El objeto de la consulta y la importancia de confeccionar un *dossier* adecuado
  - 4.4. El plazo de la consulta pública
- 5. Los principales riesgos a que se enfrenta el afianzamiento cabal de la consulta pública previa**
  - 5.1. La sustanciación electrónica de la consulta pública
  - 5.2. El desajuste en la coordinación de las distintas aperturas participativas del procedimiento de elaboración de reglamentos
  - 5.3. El apartamiento de la consulta pública a través de las excepciones
  - 5.4. La relativización de la eficacia invalidante de la omisión o práctica sustancialmente inadecuada de la consulta pública
  - 5.5. *Last but not least*: su toma en consideración real

---

*Artículo recibido el 17/05/2017; aceptado el 20/09/2017.*

## Resumen

La ideación de nuevas fórmulas participativas en grado de reforzar la legitimidad y el acierto en el ejercicio del poder reglamentario por parte de la Administración ha cristalizado en la Ley de Procedimiento Administrativo Común en un nuevo trámite: la consulta pública previa. Se trata de una novedad destacada que incorpora en el ciclo procedimental de creación normativa un paso original de indudable riqueza y sustancia. La consulta pública se erige en un trámite participativo con un contenido particular marcado por el momento en el que se convoca a la ciudadanía, cuando todavía están abiertas las distintas opciones. Sin embargo, no son pocas las incógnitas que trae consigo, algunas de naturaleza técnica, otras, en cambio, de mayor calado, vinculadas, en lo esencial, al peso que arrastra la gestión del procedimiento reglamentario y su incidencia en una planta tan dispar de Administraciones públicas como la nuestra.

Palabras clave: *participación; transparencia, administración electrónica; procedimiento de elaboración de reglamentos.*

### ***The prior public consultation in rulemaking proceedings***

#### **Abstract**

*The prior public consultation is a new tool introduced by the Law on Administrative Proceedings aimed at strengthening the legitimacy and the adequacy of the exercise of the rulemaking power. This new measure entails a relevant and useful step in the context of administrative proceedings. The public consultation is a participative tool that allows citizens to engage in the public debate when all the policymaking choices are still available. However, there are some opened questions about this new tool, some of them technical in nature, others more substantive and related to the management of the rulemaking power in a context in which the differences between all the public administrations involved are relevant.*

*Keywords:* participation; transparency; electronic administration; rule-making.

## 1

## Introducción: nuevos ropajes para la participación en la era de la administración electrónica

La participación, como principio estructural que es de nuestra inteligencia de la Administración, está sujeta a un permanente estado de cambio y se ve afectada, en más y en menos, por los vaivenes que padece todo principio cardinal que se precie.

Ocurre, por un lado, que la participación, de esencial, nunca cae en el olvido. A veces, sí, atraviesa temporadas de una cierta inadvertencia, pero reverdece, una y otra vez, aprovechando cualquier coyuntura propicia. No otra cosa es lo que está ocurriendo con ocasión de la pujanza del nuevo paradigma de la administración electrónica, que es el llamado a transformar la faz –¿y el espíritu?– de la Administración. Fiel, así pues, a su papel estructural, la participación no ha tardado en salir al paso para averiguar hasta qué punto las nuevas herramientas y posibilidades que brinda lo electrónico pueden ser un estímulo en la mejora de su devenir. Y el caso es que todo parece indicar felizmente que, en efecto, el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación reviste extraordinarias potencialidades de cara al impulso de la participación. He ahí el estudio, a estas alturas ya muy caudaloso, de la que ha venido en denominarse como *e-participation*<sup>1</sup>.

Contexto propicio el de la e-administración para explicar el reverdecimiento del principio participativo. Pero coincide en este período otro factor, igual de relevante, en la reivindicación de más participación. Se trata de la crisis institucional, muy próxima a la crisis económica y a sus efectos devastadores. Una crisis de raíces profundas que ha puesto en tela de juicio el funcionamiento de usos que parecían perfectamente asentados en el acervo democrático. Y no se piense que es dolencia exclusiva de nuestro país. Se trata de una debilidad sentida, con más o menos intensidad, en muchos otros Estados. No en vano, ha sido justamente en el ágora de destacados organismos internacionales donde se ha destacado la necesidad de acentuar los esfuerzos para compensar el déficit de credibilidad y de falta de confianza en las estructuras democráticas tradicionales; un llamamiento resuelto que ha llevado a volver la vista, claro está, hacia la participación y lo que esta representa en términos de legitimidad. Nada mejor, ante la desconfianza, que incrementar la participación de la sociedad en la toma de decisiones públicas; nada mejor

---

1. Para obtener una panorámica ordenada al respecto resulta de gran interés la consulta de la obra coordinada por Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Nuevas Tecnologías, Administración y Participación Ciudadana*, Comares, Granada, 2010.

que aferrarse a la roca firme de la participación para hacer frente a un declive de este tenor. Es de insistir que esta corriente de pensamiento no es exclusiva de nuestros días y de nuestro país. A nivel mundial pueden encontrarse signos evidentes y muestras ricas de una reformulación de la participación en clave moderna, como estrategia para superar las limitaciones advertidas en el funcionamiento de las instituciones democráticas. No puede ser más elocuente en este sentido el hecho de que la promoción y la pujanza de la participación hayan sido incorporadas expresamente por las Naciones Unidas dentro de los *Objetivos de Desarrollo Sostenible*: “Garantizar la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades a todos los niveles” se erige de este modo en una de las metas estratégicas a alcanzar en los años venideros.

Convergencia, pues, de dos potentes ideas-fuerza que, entre otras muchas cosas, desmontan radicalmente la creencia de que el filón de la participación está agotado y de que no es posible extraer de él nuevas vías, instrumentos o maneras de revigorizar los valores que atesora.

Ello no obstante, conviene de inmediato templar el discurso para no caer en una de las disfunciones que tantas veces acompañan a la participación: pensar que en ella no hay más que bondades o, lo que es lo mismo, que está naturalmente blindada frente a las desviaciones. Aviso a navegantes porque la intrahistoria de la participación si algo viene a enseñar es, precisamente, que su puesta en práctica no está exenta de riesgos y que muchas de las fórmulas participativas ensayadas han sido motivo fundado de frustración y de desencanto. Por eso mismo, al emprender el análisis de un trámite novedoso que es manifestación tangible de este pensamiento moderno, interesa que el ímpetu, inevitable, claro, se compense con el peso de experiencia que ya acumulamos sobre la naturaleza de la participación y los riesgos que la acechan y que, de seguro, saldrán a nuestro encuentro.

El objeto de este trabajo va a centrarse en el estudio del trámite de consulta pública previa que recoge el art. 133 de la LPAC. Se trata de una de las novedades más relevantes en el marco de la regulación de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones que hoy conforma el Título VI de nuestra Ley de cabecera en materia procedimental. Es un lugar común en las glosas significar que estamos en presencia de una *novella*, sin duda, destacable.

Destacable, de entrada, por el aire fresco que busca introducir en el proceso de creación de las normas. Un proceso que el legislador nos presenta reordenado a partir de diferentes claves y un ideal fundamental: la buena regulación. Llegar a ella exige de la promoción a conciencia de una serie de principios y valores que no siempre lucen en el resultado final. Muchas son

las derivaciones que se extraen de este planteamiento, pero entre ellas ocupa una plaza señalada la aparición de un nuevo trámite a cuya virtud se hace necesario consultar a los ciudadanos acerca de la conveniencia de regular o no y con qué orientación una determinada materia. Se trata, por tanto, de insuflar más aire participativo y de hacerlo, además, en un momento en que, tradicionalmente, no estaba en el escaparate.

Pero ocurre que, además de la especificidad de su misión, la consulta pública se articula con singular fortaleza. Se le confiere, por de pronto, el sostén competencial que sirve para concitar a los tres niveles de Administración territorial. A ello se suma el que se articule como trámite, es decir, como pasaje concreto del itinerario, lo que refuerza y hace tangible su significación; y trámite, por último, de carácter obligatorio, preceptivo, sin perjuicio de la presencia de importantes excepciones.

## 2

### **La legitimidad constitucional del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias**

Para una recta inteligencia del art. 133 de la LPAC es imprescindible, cuanto antes, confirmar verazmente su adecuado encaje constitucional. Las raíces del árbol determinan su resistencia; aquí los cimientos del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias arraigan insoslayablemente en nuestra norma fundamental. A sabiendas de que la Constitución española de 1978 debe adaptarse a la variación social y de los tiempos, por ende, es un *árbol vivo* en expresión feliz del Tribunal Constitucional<sup>2</sup>; a sabiendas de que la ley no es ejecución de la Constitución, sino que esta es cuadro de aquella, de manera que el legislador –sin extravasarse de él– actúa con plena libertad política de configuración de contenidos normativos<sup>3</sup>; la conveniencia del trámite de consulta pública previa con la carta magna debe verificarse a dos niveles: uno, material o sustantivo, relativo a los principios y mandatos constitucionales; otro, formal o competencial, relativo a la distribución de materias entre el Estado y las comunidades autónomas. Cumple a este respecto traer a colación la pendencia de sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Gobiernos de Cataluña y de Canarias contra, entre otros, los artículos 1

2. *Vid.* STC 198/2012, de 6 de noviembre (FJ 9).

3. *Vid.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, volumen I, Civitas, Madrid, decimoquinta edición, 2011, págs. 132 a 135.

y 133 de la LPAC, impetrando su exceso constitucional por extravasar el reparto competencial<sup>4</sup>.

En términos materiales, de fondo, es cierto que el trámite de consulta pública está inspirado por el principio de participación ciudadana en los asuntos públicos del art. 9.2 de la CE y, aún más, por el específico principio de participación administrativa del art. 105.a) *ibidem*: la ley regulará —dice— la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. Así, la consulta pública deviene en un mecanismo de democracia participativa querido por la Constitución, que sin llegar a otorgarle carta de derecho fundamental o constitucional, ni naturaleza jurídica de principio rector de la política social y económica, sí que lo promueve, dando pie, a renglón seguido, a su desarrollo legislativo<sup>5</sup>.

Como argumenta el preámbulo de la LPAC al presentar el trámite de consulta pública, se trata de una novedad para incrementar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas. A nuestro juicio, el legislador no tenía obligación concreta de producir esta innovación. En efecto, a la LPAC no le era exigido, por fuerza constitucional, la creación del trámite de consulta pública en la elaboración de reglamentos, más cuando la audiencia impuesta por el art. 105.a) de la CE ya se hace visible con otros instrumentos de participación ciudadana (léase aquí, trámites de audiencia e información pública). Ahora bien, una vez innovado el ordenamiento jurídico con esta nueva institución, su régimen queda congelado, resultando difícilmente explicable en términos constitucionales la hipótesis de desarrollos legislativos futuros con derivaciones regresivas que desmonten lo que hoy pasa por ser una conquista participativa relevante<sup>6</sup>.

En suma, la consulta pública previa a la elaboración de normas reglamentarias es una novedad que salva claramente su juicio constitucional en términos materiales, sin que deba deducirse mácula alguna, más allá de las observaciones que, sobre el régimen y contenido concreto de la institución, luego se dirán. A nivel constitucional, el plácet a la nueva institución jurídica de la consulta pública parece claro.

4. Hacemos referencia a los recursos de inconstitucionalidad n.º 3628-2016 y 3865-2016 (BOE núm. 184, de 1 de agosto de 2016, págs. 53278 y 53281). De especial interés serán también los dictámenes que los sustentan: el número 23/2015, de 17 de diciembre de 2015, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña; y el 266/2016, de 9 de septiembre de 2016, del Consejo Consultivo de Canarias.

5. *Vid.*, en relación con la distinción entre los mecanismos de participación directa, representativa y participativa, por todas, la STC 119/1995, de 17 de julio (FJ 3).

6. En relación con la proyección programática del principio constitucional de participación ciudadana en los asuntos públicos y la congelación de las instituciones participativas fruto de la *interpositio legislatoris* véase en particular el conocido trabajo de Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “El principio de participación en la Constitución española”, en *RAP*, núm. 89, 1979, págs. 171 a 205.

Vidriosa, creemos, es la cuestión en lo que concierne al orden de competencias establecido en los arts. 148 y 149 de la CE. Sistemáticamente, el art. 133 de la LPAC se integra en su Título VI, rubricado “De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones” (arts. 127 a 133). Por mor de su disposición final primera, tres son los títulos competenciales argüidos por el Estado para aprobar esta Ley, a saber: uno general para todo su articulado, el art. 149.1.18.<sup>a</sup> que atribuye al Estado la competencia para dictar –en lo que aquí interesa– las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de todas ellas; otros específicos para el Título VI, y complementarios del genérico, concretados en el art. 149.1.13.<sup>a</sup> (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 14.<sup>a</sup> (hacienda general), todos lógicamente de la Constitución.

Hay que notar, por de pronto, la insuficiente técnica normativa de la disposición final primera de la LPAC. No es de recibo que el título competencial de la Ley no concrete qué preceptos resultan afectados por el ámbito del art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE, más considerando que la extensión de la competencia estatal a nivel de bases –en lo tocante al régimen jurídico de las Administraciones públicas– dista mucho de sus competencias exclusivas –en relación con el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad administrativa–. Tampoco lo es que el segundo apartado de la citada disposición final primera remita en blanco a los títulos competenciales del art. 149.1.13.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup> de la CE, sin detallar qué artículos devienen afectados: ¿acaso todos los arts. 127 a 133 de la LPAC se aprueban también en virtud de los títulos competenciales estatales en materia de economía y hacienda general? La respuesta parece negativa. Desde luego, en este apartado era patente, primario e ineludible acendrar el texto definitivo de la Ley con lo dictaminado por el Consejo de Estado, que ya puso sobre la mesa estos defectos en sede de anteproyecto, circunstancia no del todo lograda<sup>7</sup>.

Es necesario, por lo tanto, pasar revista a los títulos competenciales citados. Su adecuado uso determinará, en última instancia, los límites de la nueva institución participativa objeto de nuestro análisis.

No obstante, debemos, de entrada, hacer una precisión previa. Para evitar una aplicación aislada del art. 133 de la LPAC es conveniente, a la par que elemental, empezar a leer la Ley por su artículo primero, esto es, por su objeto, que no es otro que regular los requisitos de validez y eficacia de los actos

7. El Dictamen del Consejo de Estado al que aludimos fue aprobado el 29 de abril de 2015, relativo al Anteproyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (expediente número 275/2015).

administrativos, el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones públicas y “los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria”. En palabras de su preámbulo, se trata de establecer una regulación completa y sistemática de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones y los administrados —debiera decir, a nuestro juicio, ciudadanos—, tanto en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela como en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa. Se trata, en suma, de volver a una dualidad de regímenes sobre los que descansa el ordenamiento jurídico público: una ley de procedimiento administrativo común que conozca de las relaciones *ad extra* de todas las Administraciones públicas y otra, de régimen jurídico del sector público, que haga lo propio con sus relaciones *ad intra*, a nivel de bases<sup>8</sup>.

Una vez centrado debidamente el objeto de la Ley, descendamos al análisis de los títulos competenciales en los que descansa la regulación estatal de la consulta pública previa a la elaboración de normas reglamentarias.

Salta a la vista, en primer término, que dos de los títulos competenciales que se invocan, los contenidos en el art. 149.1.13.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup> de la CE, deben descartarse a estos efectos.

Según reiterada jurisprudencia constitucional, la competencia estatal en materia de ordenación general de la economía (art. 149.1.13.<sup>a</sup> de la CE) puede abarcar tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto, como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector; todo ello a condición de que el referido título competencial no alcance a incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues, de no ser así, se vaciaría de contenidos una materia y un título competencial más específico. Se excluye, por tanto, la extensión de los ámbitos competenciales en atención a consideraciones meramente finalistas —aquí, económicas—, de manera que no cabe traer a colación el art. 149.1.13.<sup>a</sup> de la CE por el simple hecho de que una ley tenga cierta trascendencia en la economía, o se oriente a establecer medidas que favorezcan la efectiva aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el ámbito de las Administraciones públicas<sup>9</sup>.

8. *Vid.* Alejandro HUERGO LORA, “Las leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 63, 2016, págs. 4 a 13.

9. *Ex* SSTC 197/1997, de 28 de noviembre (FJ 4); 235/1999, de 20 de diciembre (FJ 3); 95/2001, de 5 de abril (FJ 3); 154/2013, de 10 de septiembre (FJ 5b); 11/2015, de 5 de febrero (FJ 4); y 41/2016, de 3 de marzo (FJ 4).



En lo relativo al art. 149.1.14.<sup>a</sup> de la CE, el título sobre la hacienda general permite al Estado regular íntegramente su propia hacienda, así como establecer las instituciones comunes a las distintas haciendas y las medidas para su coordinación y para subvenir a su suficiencia. El Estado no es solo competente para regular sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y los principios generales comunes del mismo, pues ello se considera plenamente compatible con las competencias tributarias y con la autonomía financiera y presupuestaria de las comunidades autónomas. A la misma conclusión ha de llegarse respecto a la otra vertiente de la hacienda pública, la vertiente de los gastos públicos, de tal forma que corresponde al Estado no solo el régimen jurídico de la ordenación de los gastos de la Administración del Estado, sino también el establecimiento de las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público (arts. 31.2, 128.1, 133.4, 135 y 136 de la CE). Ello en modo alguno resulta contrario a la autonomía consagrada a favor de las comunidades autónomas, pues estas gozarán de autonomía financiera (de gasto) en la medida en que puedan elegir y realizar sus propios objetivos políticos, administrativos, sociales o económicos, es decir, en que puedan decidir a qué objetivos destinan sus recursos sin condicionamientos indebidos. Con todo, es preciso advertir que, dado que la actividad de gasto la desarrollan las Administraciones públicas, no resulta fácil deslindar las normas de simple régimen jurídico de las Administraciones públicas que el Estado puede establecer *ex art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE de las normas comunes sobre el gasto público*<sup>10</sup>.

Descartados estos dos títulos, el centro de gravedad de la cuestión se traslada al art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE, precepto que otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas –que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas– y en materia de procedimiento administrativo común, entre otras materias que no vienen ahora al caso.

La Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas ordena el trámite de consulta pública –reza su preámbulo– “para incrementar la participación de los ciudadanos”, fin último más que laudable *ex art. 105.a)* de la CE. Esta es la almendra de la cuestión, el porqué del nuevo trámite; lo decisivo es garantizar a los ciudadanos un tratamiento común ante todas las Administraciones públicas en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, consistente en recabar, con carácter previo, su opinión.

---

10. *Ex* STC 130/2013, de 4 de junio (FJ 5).

Siguiendo al novísimo *Diccionario del español jurídico*, dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, por procedimiento administrativo común entendemos aquel “procedimiento que, contenido en una legislación (actualmente la LPAC) de garantías mínimas (esto es, susceptibles de mejora, pero no de disminución), dictada por el Estado central (en virtud de la competencia específica que el art. 149.1.18 de la Constitución Española le confiere, dentro de la genérica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas), es aplicable a todas las Administraciones públicas, no porque se trate de una competencia estatal plena, ni de una normativa básica o de un procedimiento general y formalizado, sino por recoger (incluso en algunas de las normas que la LPAC dedica a los procedimientos especiales, como el sancionador) *las garantías jurídicas de los particulares en el seno de cualquier procedimiento* y los aspectos centrales o nucleares del procedimiento administrativo como institución jurídica (tales como la estructura fundamental de su tramitación o el régimen de elaboración, validez, eficacia, revisión y ejecución de los actos administrativos), que han de respetarse en todo caso, esto es, no solo por el propio Estado central cuando regule otros procedimientos, sean generales o especiales, en materias de su competencia, sino también por las comunidades autónomas cuando establezcan normas procedimentales de tramitación ordinaria, sean generales o especiales, en materia de su competencia (como les ha reconocido la jurisprudencia constitucional [...]) o especialidades procedimentales, derivadas de su propia organización (en virtud de la habilitación específica que al efecto les confiere el art. 149.1.18 CE). Por tanto, en rigor, se contrapone solo a procedimiento no común”<sup>11</sup>.

El matiz final de la definición académica apunta a la clave de bóveda del meritado título competencial. Según la jurisprudencia, la Constitución española ha querido reservar en exclusiva al Estado, a través de ese procedimiento administrativo común, la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento, y garantizando un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE<sup>12</sup>.

11. La cursiva de la definición es nuestra.

12. Véanse, a título representativo, las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 32); 61/1997, de 20 de marzo (FJ 25c); 50/1999, de 6 de abril (FJ 3); 98/2001, de 5 de abril (FJ 8); 164/2001, de 11 de julio (FJ 11); 130/2013, de 4 de junio (FFJJ 6 y 8); y 166/2014, de 22 de octubre (FFJJ 4 y 5).

Sin perjuicio de que el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general sea un procedimiento administrativo especial, respecto del cual las comunidades autónomas gozan de competencia exclusiva cuando se trate del procedimiento para la elaboración de sus propias normas de carácter general (*vid.* STC 15/1989, de 26 de enero, FJ 7), deberán respetarse, en todo caso, las garantías comunes de todos los ciudadanos *ex art.* 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE (*vid.* STC 166/2014, de 22 de octubre, FJ 5)<sup>13</sup>.

Aquí, especialmente, el principio de participación administrativa –esto es, el art. 105.a) de la CE– da su visto bueno a que el Estado ordene un trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de cualesquiera normas reglamentarias, sean estatales, autonómicas o locales. Admitiéndose varios modelos posibles, más o menos participativos, el legislador estatal ha querido incrementar la participación ciudadana en la creación de cualesquiera normas reglamentarias, recabando previamente su opinión –consulta que se configura como una nueva garantía jurídica de los ciudadanos frente a la actividad de la Administración pública, integrada en el seno del procedimiento administrativo común–, consagrando así un tratamiento sistemático e igualitario de todos los ciudadanos frente a la actuación administrativa.

Por lo demás, nada obsta –al contrario, parece conveniente, como luego se dirá– para que tanto el Estado y las comunidades autónomas, como las entidades locales, a través de sus normas orgánicas y procedimentales, desarrollen el art. 133 de la LPAC.

### 3

#### La misión de la consulta pública previa

El art. 133 de la LPAC lleva el título de *Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos*.

---

13. Acerca de la consideración del procedimiento de elaboración de reglamentos como procedimiento administrativo especial y las consecuencias que en el terreno competencial han de extraerse de ello, véase José Luis BERMEJO LATRE, “Procedimiento administrativo común y elaboración de disposiciones administrativas”, en *REDA*, núm. 124, 2004, págs. 612-629. En compendio, la posición del autor pasa por considerar que la suma de los títulos competenciales relativos a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y al procedimiento administrativo común, y su inteligencia en clave de trato igualitario de los ciudadanos frente a una actividad administrativa así de relevante, prestan al Estado sostén suficiente a la hora de proveer una estructura básica o común en la aprobación de reglamentos. Insistía BERMEJO LATRE en su posición en “Aportaciones a los respectivos proyectos de ley de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común”, en *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, pág. 2.

Por tanto, el precepto hace referencia a una participación ciudadana formal, reglada, sujeta a precepto. A diferencia del art. 55 de la LPAC (*Información y actuaciones previas*), la consulta pública del art. 133 *ibidem* tiene lugar en sede de procedimiento administrativo y, en el caso que nos ocupa, en el de elaboración de normas reglamentarias. Necesariamente, un análisis adecuado de la misión del trámite de consulta pública debe empezar por el estudio del cometido asignado al todo en el que se integra, el procedimiento administrativo.

El procedimiento de elaboración de normas reglamentarias –requisito formal *ad solemnitatem*, ineludible en aras de la posterior legitimidad de la norma jurídica– es un procedimiento administrativo especial. En consecuencia, participa, por ontología, de las premisas inherentes a todo procedimiento administrativo como institución jurídicamente acabada<sup>14</sup>. De ahí que, con las adaptaciones naturales, cabe reconocer en él la esencia de todo procedimiento administrativo y la permanente tensión entre las dos ideas-fuerza clásicas que marcan su razón de ser.

La primera, de corte garantista, considera el procedimiento administrativo como mecanismo destinado a introducir cautelas y garantías con respecto a las situaciones jurídicas de los particulares que van a verse involucrados por la terminación de las actuaciones. Hablamos, aquí, de las garantías jurídicas de los particulares en el seno de cualquier procedimiento, de las que esta Ley, precisamente, se ocupa al tratar el procedimiento administrativo común. Probablemente, el mayor timbre de gloria de esta dimensión defensiva de la intervención de los interesados sea el principio *audi alteram partem* y todos sus corolarios. Descansan en el seno de la tesis garantista o defensiva del procedimiento administrativo las enseñanzas del principio de legalidad *ex art.* 103.1 de la CE, requisito mínimo para que la actividad administrativa pueda ser calificada de actividad legítima, conjuntamente con el sistema de recursos administrativos y el control jurisdiccional de la actuación administrativa, elemento de cierre instituido por ministerio del art. 106 del texto fundamental<sup>15</sup>.

Pero no todo en el procedimiento administrativo sirve a la defensa de quienes van a verse afectados por la decisión tomada al término del mismo. Importa asimismo que la secuenciación permita a la Administración servir eficaz y eficientemente a los intereses generales: “el procedimiento administrativo, si bien

14. Para el estudio de la naturaleza y los fines del procedimiento administrativo como institución jurídica sigue siendo un inmejorable punto de partida la exposición de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomas-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, volumen II, Civitas, Madrid, undécima edición, 2008, págs. 451 a 462.

15. *Vid.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomas-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, cit., págs. 451 y 452.

constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo<sup>16</sup>.

Cada trámite del que conozca el *iter* administrativo deberá ser inspiración o motivo de esta dimensión funcional del procedimiento. Cada trámite de la secuencia que constituye el procedimiento administrativo deberá tomar parte en su final y, por lógica irrefutable, deberá interesarse por la misión global de aquel. Veamos pues, a renglón seguido, qué misión compete al trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias, almendra de nuestra cuestión. Para ello, cumple parar mientes en dos aspectos: la ubicación del trámite de consulta pública previa en el procedimiento administrativo reglamentario (3.1), y la naturaleza del meritado trámite (3.2); tras ello, nuestra conclusión final (3.3).

### 3.1

#### **La ubicación de la consulta pública en el procedimiento administrativo para la elaboración de normas reglamentarias: su plano liminar**

El procedimiento de elaboración de los reglamentos conoce, en esencia, de tres fases claramente diferenciadas y que, no obstante, se repiten en el seno de cualquier Administración pública como pasos fundamentales –sea aquella estatal, autonómica o local, y sin perjuicio de la ausencia de un procedimiento tipo para la elaboración de reglamentos para todas ellas–.

Encontramos, primero, una fase de preparación integrada por el acuerdo de iniciación de la iniciativa, la elaboración del anteproyecto de reglamento por el órgano competente, incorporando las memorias de impacto respectivas, y la práctica de consultas interdepartamentales o interorgánicas en la propia Administración, incluyendo también el informe de los servicios jurídicos propios. A nuestro juicio, es palmaria la naturaleza doméstica, *ad intra*, de esta primera fase del procedimiento, de carácter técnico y unilateral, sin contacto alguno con los destinatarios finales de la norma.

En segundo término, sucede una fase participativa, sea del propio ciudadano con los trámites de información pública y audiencia a los interesados, sea de otras Administraciones, instancias públicas u órganos consultivos a

---

16. *Ibidem*, pág. 453.

través del trámite de informes y dictámenes. Se trata de una fase *ad extra*, de apertura del expediente al sector civil, en general, y al sector público especializado por razón de la materia, a los que se les brinda la oportunidad de pronunciarse sobre un texto ya determinado, si bien no definitivo. Es esta la finalidad de la aprobación inicial por el Pleno de las ordenanzas locales *ex art. 49.a)* de la LrBRL: fijar un texto para abrir el debate jurídico al exterior de la entidad local, esto es, permitir un debate puntillista de la norma en potencia. Es esta una fase de corte garantista, esencialmente contradictorio y, por ende, también de control previo de la legalidad.

Al fin, resolutoriamente, la tercera instancia procedimental conoce de la aprobación definitiva del reglamento, su publicación y su entrada en vigor, resolviendo motivadamente las reclamaciones y sugerencias que en la fase contradictoria se hayan presentado.

Visto así, el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias encaja cabalmente en las finalidades de eficacia y de garantía propias de los procedimientos administrativos y, en prueba de su acierto, resiste el contraste con los arts. 9.2 y 3, 97, 103.1 y 105.a) y c) de nuestro texto fundamental.

Pues bien, el art. 133 de la LPAC, con el afán del legislador de implementar los mecanismos de participación ciudadana, ha fijado de manera precisa el momento del trámite de consulta pública: “con carácter previo a la elaboración del anteproyecto de reglamento”, dice el mentado precepto, afirmación que denota, sin lugar a duda, su marchamo preliminar. Estamos en el umbral, en la entrada misma del procedimiento administrativo, en la fase que hemos calificado de preparativa, doméstica y *ad intra*, en la que el nuevo trámite constituye una innovación destacada. Sobre la trascendencia de esta ubicación liminar en la significación de la consulta pública volveremos de nuevo más adelante.

### 3.2

#### **La naturaleza jurídica de la consulta pública: especie de consulta popular no referendaria**

El trámite que nos ocupa tiene por objeto recabar la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. Dicho con otras palabras: la consulta pública consiste en abrir un debate dialéctico, un foro de participación, un contraste de ideas, posiciones, juicios y conocimientos acerca de un asunto que se pretende normar.

La consulta pública no deja de ser un derivado de la institución jurídica de la consulta popular no referendaria mediante la cual se recaba la opinión de cualquier sujeto, sea a título individual (*uti singulus*) o como miembro de un colectivo social, económico, cultural o de otra índole (*uti socius*), sobre un asunto de interés público. Se articulan así voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral<sup>17</sup>.

Se busca tomar el pulso de la opinión pública y hacerlo, como ya se indicó, en los primeros compases de la gestación de la norma. En cierta forma, se diría que con la consulta pública se lanza, por así decir, un globo sonda a efectos de observar la reacción que la iniciativa produce en la ciudadanía y, a su luz, obrar en consecuencia. Al tenor de esa opinión pública formalmente obtenida, la Administración conocerá la vertiente civil del interés general que pretende atender, lo que no deja de ser una vía de participación de los ciudadanos en la fijación del bien público, un mecanismo, en última instancia, de “civilización” del poder reglamentario<sup>18</sup>.

### 3.3

#### **A modo de conclusión parcial: la consulta pública como mecanismo participativo que ensancha el control de la potestad reglamentaria de la Administración pública**

Partiendo, como notas de fondo, de su ubicación secuencial, *in limine iter*, y de su naturaleza jurídica, de consulta popular no referendaria, el trámite de consulta pública en el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias se revela como una fórmula que contribuye a *reducir la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria*, introduciendo elementos de participación *ad extra*, de los ciudadanos y de las organizaciones en las que se integran, en una fase eminentemente –hasta ahora– unilateral del procedimiento reglamentario. Por mor de los postulados de la participación administrativa, al ciudadano no solo le compete defender –a

17. Vid. SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 2); 31/2010, de 28 de junio (FJ 69); y 31/2015, de 25 de febrero (FJ 5).

18. Empleamos aquí el término “civilización” por su expresividad. Por un lado, permite subrayar que la intervención ciudadana tiene lugar en un sector, el reglamentario, típicamente público. Por otro, se busca incidir en la importancia de mejorar la producción normativa y de contenerla. Véase, por citar solo el último de los ejemplos publicados, el Acuerdo del Gobierno catalán GOV/114/2016, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Plan de simplificación normativa 2016-2017, que menciona la friolera de 23 290 disposiciones en vigor solo en los ámbitos competenciales propios de la Generalitat de Cataluña (DOGC núm. 7178, de 5 de agosto de 2016).

modo de reacción— sus derechos e intereses a través de los trámites de información pública y audiencia, sino que también puede concurrir —a modo de colaboración— en la determinación del interés general que exige el ejercicio de la potestad reglamentaria, restando protagonismo y discrecionalidad en el probablemente mayor dominio de la Administración pública: el reglamento.

Con el trámite del art. 133 de la LPAC en vigor, a las típicas técnicas de control de la potestad reglamentaria, potestad discrecional por antonomasia —esto es, la jerarquía normativa, la reserva de ley, su procedimiento de elaboración, el respeto a los principios generales del Derecho y en especial la interdicción de la arbitrariedad—, se suma una más: la participación del ciudadano no ya en defensa de sus derechos e intereses, sino en la determinación del interés general que promueve el ejercicio de la potestad, la causa de la futura norma jurídica.

Es evidente que, con todo ello, se busca ajustar el ejercicio de la potestad reglamentaria a un uso eficiente acorde con los principios de la buena regulación del art. 129 de la LPAC. Alcanzar, en último término, una gestión racional de los asuntos públicos, potenciando la eficacia *a posteriori* de la norma, que buscará desde su inicio la complicidad de los sujetos pasivos. Así las cosas, la consulta pública debe traducirse en una menor litigiosidad judicial, un mayor cumplimiento de las normas y, por lo tanto, una mayor garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, partícipes en su elaboración.

Además, desde el punto del modelaje técnico de la norma, el trámite de consulta pública esconde otra bondad destacable. Si en los preámbulos de los reglamentos debe quedar justificada suficientemente la adecuación del ejercicio de la potestad reglamentaria a los principios de la buena regulación *ex art.* 129.1 de la LPAC y, entre ellos, a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, transparencia y eficiencia —de conformidad con las definiciones auténticas que recoge el mentado precepto—, las derivaciones de estos postulados conectan indiscutiblemente con el contenido de la opinión ciudadana que debe recabarse a través de la consulta pública; esta actuará como un *acicate de motivación* de la potestad reglamentaria, aspiración largamente demandada como es de todos conocido.

#### 4

### La articulación procedimental y técnica de la consulta pública previa

En términos técnicos, la regulación del trámite de consulta pública que se recoge en la LPAC deja, como se verá, algunos espacios huérfanos de tratamiento. No es solo que existan ciertos puntos donde la interpretación pueda



dejar paso a posiciones más o menos alejadas puntualmente, lo cual es, en cierta forma, inevitable cuando la norma, como es el caso, se sirve de dosis significativas de discrecionalidad en la descripción de alguno de sus componentes. Ocurre, esto sentado, que hay aspectos operativos básicos que se regulan de una forma superficial o, sencillamente, no se tratan. Pensemos, sin ir más lejos, en cuestiones operativas tales como la forma de vehicular las opiniones o el plazo concedido al efecto.

La consulta pública se convierte, de esta suerte, en terreno propicio para que se lleve a cabo un desarrollo en el que cada Administración precise la manera en la que va a sustanciar este trámite. Así, algunas Administraciones autonómicas –caso de Aragón, por ejemplo<sup>19</sup>– y locales –como Madrid<sup>20</sup>– se han puesto sin falta manos a la obra, y han aprobado *instrucciones y directrices* destinadas a definir una concreta manera de operar la consulta pública en su seno con vistas a que, con independencia del departamento o rama que promueva la iniciativa normativa, la consulta se desenvuelva con un patrón normalizado y a través de un cauce uniforme, desembocando todo ello, por lo general, en la creación de un portal de participación o en la adaptación del ya existente. Estas instrucciones y directrices, aun con un ropaje discreto, cercano tantas veces a ese *soft law* cuya pujanza es clara, incorporan en última instancia un desarrollo de lo previsto en el art. 133 de la LPAC. Revelan así que, como acaba de señalarse, para llevar a puro y debido efecto el mandato allí consignado, hace falta precisar una serie de extremos; extremos que, sobre ser instrumentales, pueden, por su influencia práctica, marcar la suerte de este trámite en una determinada Administración.

Y no solo eso. La presencia de este corpus de desarrollo del art. 133 de la LPAC constituye, a nuestro juicio, una de las pruebas más significativas de la importancia de este nuevo trámite, y de la concienciación por parte de las distintas Administraciones de la entrada en escena de un paso procedimental que requiere, especialmente al tiempo de sus primeros pasos, de una atención singular.

Esta tendencia encuentra, por lo demás, como primera abanderada a la propia Administración General del Estado. Es de recordar aquí que el art. 26 de la Ley del Gobierno, reformado en coherencia con la LPAC, recoge igualmente la exigencia de la consulta pública. Pues bien, en aras de armonizar

19. Orden CDS/20/2017, de 16 de enero, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de 20 de diciembre de 2016, del Gobierno de Aragón, por el que se dictan instrucciones sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración normativa a través del Portal de Participación Ciudadana del Gobierno de Aragón.

20. Directrices sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las normas municipales (Acuerdo de la Junta de Gobierno de 20 de octubre de 2016).

su aplicación práctica en los distintos Ministerios, el Consejo de Ministros adoptó un acuerdo con instrucciones respecto de la manera de sustanciar dicha consulta<sup>21</sup>.

Salta a la vista que en todos estos “acuerdos” de desarrollo la voluntad básica no es otra que armonizar la puesta en marcha de la consulta pública, reduciendo el riesgo, al que luego hemos de referirnos, de la dispersión. Armonizar, pues, pensando a veces en detalles como el lugar donde alojar las consultas, el formato de las fichas o si ha de emplearse tal o cual imagen institucional. Aunque no todo es estrictamente secundario. En ocasiones se tratan elementos de mayor sustancia tales como el medio a través del cual van a enviarse las opiniones o el plazo de la consulta. Significa lo anterior que en el futuro bueno será prestar atención a estos apéndices, pues acaso alberguen las claves explicativas del funcionamiento, más o menos armónico, del trámite que nos ocupa<sup>22</sup>.

#### 4.1

#### **La trascendencia de la ubicación liminar de la consulta pública: su configuración como trámite previo a la redacción del texto articulado**

La consulta pública deberá sustanciarse “con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto”. Hay, pues, un señalamiento expreso del momento secuencial en el que habrá de tener lugar el trámite. La consulta queda situada *expressis verbis* en una fase que hemos venido en calificar de preliminar, toda vez que englobaría aquellos antecedentes y preparativos destinados a valorar la conveniencia de adoptar una norma y su eventual aceptación social<sup>23</sup>.

21. Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos ministeriales.

22. Al respecto véanse las sugerentes reflexiones de María Jesús MONTORO CHINER, “La sociedad requiere normas útiles. El esfuerzo por mejorar la legislación tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. ¿Principios, reglas y directrices del procedimiento de elaboración de normas?”, en *REDA*, núm. 182, 2017, págs. 36-37.

23. Que no se emprenda el viaje sin tener antes claro adónde quiere llegarse. Así de sencillo. Es esta, por lo demás, una visión que acierta a destacar la significación de la iniciación de un procedimiento que, si o sí, va a consumir energías y recursos. Piénsese, por pisar un terreno bien cercano, en la funcionalidad de las actuaciones previas dentro del procedimiento administrativo común como manera prudente de cerciorarse de que, dadas las circunstancias, conviene en efecto pulsar el botón de arranque: “Con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin

A la vista de su ubicación secuencial no hay duda de que la consulta pública está conectada con la voluntad del legislador de hacer más meditada y transparente una fase que, tradicionalmente, ha sido concebida como una tarea interna, desarrollada en el seno de la Administración y custodiada celosamente hasta el momento de inicio formal de la tramitación reglamentaria. En estos últimos años se han dado pasos importantes a fin de romper paulatinamente con esta concepción, ensanchando, sin ir más lejos, la capacidad de irradiación del principio de transparencia hacia esos momentos previos<sup>24</sup>. De manera que la consulta pública no hace sino insistir en una línea de actuación en la que se viene trabajando, y cuyo reflejo en la Ley de Procedimiento no se contrae al trámite de marras, sino que es perceptible en otros muchos apartados de la nueva regulación de la potestad reglamentaria –caso, por citar un claro ejemplo, del Plan Anual Normativo, previsto en el art. 132 de la LPAC, en cuya virtud cada Administración resta obligada a dar cuenta de las iniciativas que pretenda aprobar en el año siguiente–. Se conoce en definitiva que la iniciación del procedimiento normativo se tiene como una cuestión cuya gravedad ha de venir acompañada de una meditación a tono, lo cual conecta, claro está, con esa nueva “atmósfera” que la LPAC trata de crear a través de los principios de buena regulación. Poner en marcha la maquinaria para dar cuerpo a una nueva norma no es, en definitiva, cualquier cosa.

Esto sentado, la ubicación secuencial del trámite de consulta pública pasa por ser uno de sus rasgos definitorios más relevantes. Porque se recabará la opinión del público antes de que la Administración haya elaborado un texto articulado. Y es este un extremo que, lejos de ser puramente circunstancial, deviene en un factor fundamental que reviste a la consulta pública de una significación muy particular, atribuyéndole un sentido y un valor participativos hasta ahora desconocidos. No en vano, suele destacarse, a partir de la experiencia, que, una vez se dispone de un texto articulado, resulta difícil lograr que la Administración introduzca, producto de la participación, grandes cambios, y menos aún que se replantee y remueva su estrategia radicalmente<sup>25</sup>.

---

de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento” (art. 55.1 de la LPAC).

24. Es de recordar en este sentido que la Ley de transparencia vino a exigir la publicación de las “memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos” (art. 7.d de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno).

25. Las palabras de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, en *REDA*, núm. 175, 2016, pág. 40, ilustran a la perfección esto último: “La experiencia que los años me han proporcionado, tanto en el seno de la Administración como fuera de ella, pone de manifiesto que la redacción de un texto escrito del proyecto de norma priva de una parte importante de su utilidad a todos los trámites participativos ulteriores, ya sean informes internos, de otros departamentos o Administraciones, o las

Precisamente por ello, si de lo que se trata es de influir con la opinión, nada mejor que intervenir cuando todavía no hay letra impresa en forma de artículos; cuando, como se señala en el influyente Derecho del medio ambiente, “estén abiertas todas las posibilidades”; sintagma muy expresivo que acierta a transmitir la sustancia de una participación precoz como la que se pretende<sup>26</sup>.

## 4.2

### El llamamiento a los sujetos potencialmente afectados

Acaso por su propio apellido, la consulta se tiene por trámite destinado a todo el público, es decir, por trámite abierto a cualquier ciudadano. La virtud de la participación radica justamente en la posibilidad de ensanchar la toma de decisiones, dando entrada a personas que quedan fuera del círculo de los interesados. Y no otra es la dirección que en los primeros compases está tomando el asunto, de suerte que en las consultas públicas que se vienen sustanciando se suele hacer un llamamiento general a la participación de la ciudadanía y, por tanto, del conjunto de los ciudadanos, sin precisiones destinadas a reducir el radio de destinatarios. Así, vemos, por ejemplo, que en el ámbito de la Administración General del Estado se utilizan fórmulas abiertas tales como “los ciudadanos, organizaciones y asociaciones que lo consideren conveniente”. Eso sí, la práctica revela que las Administraciones exigen la identificación de la persona que desea opinar. Se descarta, así pues, una consulta abierta a debate anónimo en el entendido de que la identificación se antoja un síntoma

---

alegaciones de las entidades representativas que preveía la anterior redacción del art. 24 de la Ley del Gobierno. Redactado un texto cualquiera, su contenido adquiere naturalmente una extraordinaria rigidez, de manera que los citados trámites participativos solo permiten, de hecho, modificar levemente su redacción (o, en el peor de los casos, abortar definitivamente el procedimiento). Es capital, por ello, que el contenido material de la norma no venga prejuzgado por redacción alguna, sino que deba llegar a redactarse en base a las informaciones y pareceres que se obtengan a través de la consulta pública a que nos referimos: consulta cuyo objeto, descrito en los cuatro apartados que antes transcribimos, es realmente impecable”.

26. En efecto, vemos cómo en el ámbito del medio ambiente, que es campo propicio para la participación y uno de sus principales estandartes, se ha profundizado en la conveniencia de adelantar a una fase liminar la intervención de los ciudadanos. Tan es así que al describir las condiciones de una participación real y efectiva se ha apelado al derecho del público “a expresar observaciones y opiniones cuando estén abiertas todas las posibilidades, antes de que se adopten decisiones sobre el plan, programa o disposición de carácter general” (art. 16.1.b de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente). La consulta pública se alinea, como es claro, con esta posición (véase Albert CAPALLERAS GONZÁLEZ, “El marc legal de l’elaboració dels avantprojectes de llei a Catalunya: una mirada a la legislació catalana i a la legislació estatal de recent aprovació”, en *Activitat parlamentària*, núm. 29, 2016, pág. 48).

de seriedad en el ánimo colaborador –posición, por cierto, que se alinea con el tratamiento que se hace en la LPAC de la denuncia, que igualmente requiere de la expresión de la identidad del denunciante *ex art. 62.2*–. De igual forma, suele ser habitual que se exija la capacidad de obrar del sujeto opinante.

Choca, no obstante, que el legislador no siguiera la indicación realizada por el Consejo de Estado al respecto. En el entender del alto cuerpo consultivo, la referencia a los sujetos “potencialmente afectados por la futura norma” como destinatarios naturales de la consulta podía inducir a una cierta confusión sobre su proyección universal<sup>27</sup>. No se alteró, a pesar del juicio expresado, el tenor literal, que sigue apelando en lo subjetivo a la afectación potencial<sup>28</sup>. Con todo, son muchos los argumentos que militan a favor de la consideración de que la consulta pública se dirige a *quisque de populi*, comenzando por la sustancia colaborativa y no defensiva que, como ya se justificó, está en la base de este trámite. No hay motivo, bajo este punto de vista, para circunscribir el radio de participantes desde el momento en que lo que se busca es, justamente, la contribución de la sociedad en orden a una mejor definición del interés público y su articulación normativa para hacer frente a un determinado problema.

Ello no obstante, la letra de la ley es meridiana al reclamar que la consulta quede al alcance de los sujetos potencialmente afectados. De ahí que haya espacio para otras tesis tendentes a defender el establecimiento de limitaciones subjetivas, pensando tal no vez no tanto en la vinculación material entre el objeto de la norma y la esfera personal de los participantes, sino en otro tipo de elementos como, por ejemplo, la eficacia territorial de la futura norma. De hecho, asomos de esta posición los hay. Sin ir más lejos, en las directrices aprobadas por el municipio de Madrid se exige el empadronamiento como requisito para tomar parte en la consulta pública.

---

27. Razonaba el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se abre a continuación un trámite de consulta pública ‘on line’ con carácter previo a la elaboración del texto, destinado a que puedan opinar sobre la hipotética futura regulación los sujetos potencialmente afectados por ella y las organizaciones más representativas, lo que en modo alguno debe evitar que emitan su opinión cualesquiera sujetos que así lo deseen” (Dictamen de 29 de abril de 2015, número de expediente 275/2015).

28. Afectación potencial en relación con los sujetos y, también, con las organizaciones más representativas. Por cierto que esa referencia a las *organizaciones más representativas* potencialmente afectadas por la iniciativa reglamentaria genera dudas interpretativas acerca de la manera de gestionar dicho llamamiento especial y su alcance (véase, por ejemplo, Alejandro Ramón ANTELO MARTÍNEZ, “Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015”, en *REALA*, núm. 6, 2016, pág. 116).

### 4.3

#### **El objeto de la consulta y la importancia de confeccionar un *dossier* adecuado**

Corolario natural de su ubicación secuencial, que es aspecto basilar, como ya se señaló, es la definición que el legislador ofrece del objeto de la consulta. La opinión que ha de recabarse versará sobre cuatro apartados, a saber: “a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias”.

Estos cuatro puntos sirven para visualizar con claridad el norte de la consulta: se trata de contribuir en el momento inicial de la modelación de la norma y de ahí que se apele, directamente, al meollo de la cuestión: cuál es el problema y cómo embridararlo en clave normativa. Siendo esto así, la descripción de estos cuatro vértices está en grado de delimitar perfectamente lo que se quiere obtener con este ejercicio de auscultación. Por otra parte, la fijación de un listado de puntos, siquiera sean abiertos, ayuda a centrar la consulta y, por ende, la respuesta, evitando la pura divagación.

Ocurre, no obstante, que, por mucho que el objetivo sea claro, un buen sondeo de la disposición de la ciudadanía exige que haya un sustrato informativo cabal sobre el que pronunciarse. De ahí que, más que en la identificación del objeto de la consulta, el peso del correcto funcionamiento del trámite se decante hacia el *dossier* elaborado como soporte de la consulta. El foco ha de ponerse, pues, en lo establecido en el art. 133.3 de la LPAC: “La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, *para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia*”.

He ahí, en la confección del dossier de la consulta, donde reside el reto. Porque de inmediato asoman peligros reales que pueden comprometer fatalmente el desarrollo de la consulta: el ofrecimiento de pinceladas ambiguas o demasiado genéricas sobre lo que se quiere normar; el lanzamiento de iniciativas con contenidos frívolos, poco o nada meditados, etcétera. O la consulta pública se arma bien en su base previa o se corre el riesgo de hacer opinar a ciegas o a la ligera, con todo lo que ello supone de erosión en el prestigio del principio participativo. Claro que tampoco caer en el extremo opuesto es mucho mejor. Si el dossier es abrumador o ininteligible de seguro provocará un efecto desincentivador en muchos. Se impone, en suma, la búsqueda de un

equilibrio a la hora de facilitar una base meditada y clara sobre lo que preocupa y justifica la conveniencia de proveer una nueva norma. Discurso este que nos llevaría sin solución de continuidad a claves explicativas que a todos nos son familiares, pues forman parte del acervo que la transparencia y su ascenso han instalado ya entre nosotros. La idea del *acceso sencillo* en aplicación del principio de transparencia, que luce hoy como principio de buena regulación, cobra en este punto plena virtualidad: “En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas” (art. 129.5 de la LPAC).

Sin cambiar de tercio, a los efectos de facilitar la expresión de la opinión por parte de los ciudadanos, además de un dossier bien calibrado, puede ser de utilidad la formulación de un guion. En este sentido, no son pocas las Administraciones que en sus respectivas instrucciones aconsejan la utilización de *cuestionarios*, con una lista directa de preguntas. Incluso las hay que prevén la realización de un debate interactivo entre los ciudadanos, con exposición de planteamientos y argumentos, a los efectos de comprobar las líneas argumentales existentes y el respaldo social de las mismas. Sea como fuere, de lo que se trata es de generar un clima sencillo, esquivando los rigores que otras vías de participación incorporan y que a veces provocan, así sea indirectamente, un acceso selectivo.

#### 4.4

#### **El plazo de la consulta pública**

El art. 133 de la LPAC guarda silencio en relación con el plazo de duración de la consulta pública. Así las cosas, no queda más remedio que apelar a la razonabilidad y, si hace falta, al sentido común, a la hora de acotar el tiempo concedido para examinar el dossier y emitir al cabo una opinión. En las instrucciones y directrices dictadas hallamos algunas referencias sobre el tema, que confirman la idea de que la cuestión del plazo se presta a solución casuística, en la que se tomen en consideración factores tales como la trascendencia o complejidad del tema. Ello explica que, puestos a tratar de armonizar el plazo, se tienda en dichas instrucciones y directrices a adoptar una postura flexible que pasa por fijar únicamente un plazo mínimo, siguiendo, por lo

demás, la estela de lo previsto en el art. 26.2 *in fine* de la Ley del Gobierno: “La consulta pública deberá realizarse de tal forma que todos los potenciales destinatarios de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberá proporcionarse un *tiempo suficiente, que en ningún caso será inferior a quince días naturales*”.

## 5

### Los principales riesgos a que se enfrenta el afianzamiento cabal de la consulta pública previa

#### 5.1

##### La sustanciación electrónica de la consulta pública

El primer riesgo que se cierne sobre la consulta previa trae causa precisamente del que es uno de sus rasgos definitorios: su ropaje electrónico. No extraña, ciertamente, que el legislador haya decidido que la consulta pública tenga un formato telemático y, en consecuencia, que se desenvuelva *on line*. Después de todo, el tránsito firme y decidido al paradigma de la e-administración pasa por ser la idea-fuerza central que recorre toda la Ley de Procedimiento Administrativo Común, y, en cierta forma, el único argumento de entre los invocados al que cabe conceder una cierta consistencia a la hora de intentar justificar una mudanza que, con razón, se ha censurado por excesiva. En suma, siendo signo de nuestros tiempos, lógico resulta que la consulta previa, que nace en ellos, salte con naturalidad al entorno electrónico.

Esto sentado, lo que ya no es tan fácil de explicar es lo taxativo que en este punto se muestra el legislador. Porque, con la ley en la mano, resulta que la consulta previa ha de ventilarse, necesariamente, por cauces electrónicos, y ello trae consigo un conjunto de problemas operativos que, lejos de pasar desapercibidos, de inmediato han sido puestos sobre el tapete por los autores que se han asomado a su estudio. A decir verdad, no son problemas específicos de este trámite, sino que se trata más bien de limitaciones y aun complicaciones de orden general que afectan, esto es, a la administración electrónica en su conjunto. Y es que al imponer la matriz electrónica se ha dejado vía franca para que la consulta previa herede *in via recta* una serie de inconvenientes, algunos relevantes.

Destacaremos en particular los tres que, en este momento, resultan, en nuestra opinión, más preocupantes.

Está, por un lado, la problemática estructural de la desnivelación tan acentuada que se da entre Administraciones en cuanto a su estado de desarrollo



electrónico, y a su capacidad de implementación de herramientas de e-administración. Desnivelación que, huelga explicarlo, afecta especialmente a la planta local, y, dentro de ella, a los pequeños y medianos municipios. De esta suerte, la teletramitación de la consulta pública, en vez de erigirse en estímulo y signo de modernidad, puede representar un escollo operativo y técnico que empuje a buscar argumentos, así sea de soslayo, para desembarazarse de una arroba electrónica incómoda en razón, adviértase, no ya de la falta de convicción en sus bondades, sino, lisa y llanamente, de su instrumentación<sup>29</sup>.

No puede desconocerse, por otro lado, que la naturaleza participativa ínsita en la consulta previa y su vocación agudizan el impacto de la “brecha digital”. Sin entrar en la discusión de un tema arduo y en el que tantas veces se mezcla cierto artificio, no hay duda de que la “brecha digital”, siquiera sea discutible en su dimensión y alcance final, es una realidad tangible desde diferentes ángulos, comenzando por algo tan elemental y fácil de comprobar como es el acceso a Internet y llegando a cuestiones más complejas como las barreras que crean la edad o el nivel de formación. Alojarse sin más la consulta pública en el mundo virtual incorpora, desde esta óptica, una dificultad significativa de cara a la participación de ciertos colectivos y no es esta, claro está, una debilidad menor.

En íntima conexión con lo anterior, encontramos, por último, los inconvenientes de la dispersión electrónica<sup>30</sup>. El mundo abierto que retrata Internet en su representación convencional se torna tantas veces en un laberinto de páginas y sitios web por el que no es fácil moverse con soltura. Lo hemos comprobado sobradamente con ocasión de la contratación pública. De hecho, el tránsito de las páginas web singulares a los portales agrupados es ya una parte de la intrahistoria de la transparencia electrónica. Que se dé una repetición de este periplo a propósito de las consultas públicas en nada habría de extrañar. Porque la confianza en que los llamamientos públicos a través de Internet gozan *per se* de un eco social y de un impacto publicitario mayor al de otros medios de comunicación no puede sostenerse si no es con importantes reservas, comenzando por las que derivan del dato numérico de que las Administraciones con potestad normativa en España son legión<sup>31</sup>.

29. A las dificultades operativas que para el grueso de las Administraciones locales puede comportar la puesta en práctica de este trámite hace referencia Fernando GARCÍA RUBIO, “La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Común”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 44, 2017, pág. 122.

30. Sobre ello incide en sus apreciaciones Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas*, cit., págs. 40-41.

31. Significa lo anterior, ni más ni menos, que son miles las páginas web en las que pueden estar, en estos momentos, ventilándose consultas públicas. Pero es que, además, las propias páginas web de las Administraciones se están convirtiendo, con el paso del tiempo,

Se dirá que las anteriores no son más que limitaciones coyunturales, propias de un momento de *impasse* como en el que nos encontramos hoy. Probablemente sea así. Sin embargo, aun reconociendo la transitoriedad de los problemas referidos, es llano que la Administración no debería darles la espalda, colgando simplemente el socorrido letrero “en construcción”. La consulta pública está ya entre nosotros y la realidad de las cosas, guste más o menos, es que hasta llegar al paradigma de la administración electrónica y su consolidación natural aún queda camino por recorrer. Teniendo esto en cuenta, bueno sería, en nuestra opinión, que la Administración intentase paliar el impacto del salto a lo electrónico a partir de dos posibles contrapesos.

En primer lugar, importa significar que la e-administración admite diferentes grados de complejidad en lo que hace a la interacción con el ciudadano. Apoyándonos en la lógica colaborativa que inspira la consulta pública, es dado preconizar el empleo de herramientas sencillas de administración electrónica a la hora de fijar los términos de firma y comunicación. Por cierto que es esta una senda que el propio legislador parece sugerir allí donde establece que la consulta pública se sustancie a través del portal web de la Administración competente. Portal web y no sede electrónica, que es un entorno más rígido. La práctica de estos primeros momentos, por lo demás, deja entrever que la flexibilidad y la sencillez van a ser la tónica. Es significativo en este sentido que, por lo común, se permita que las opiniones de los ciudadanos se remitan a través de un simple correo electrónico –a una concreta dirección electrónica institucional– o rellenando un formulario web; y, en ambos, sin supeditarlos al uso de una firma electrónica formal –aunque recordemos que suele exigirse que la persona haga constar su identidad–.

En segundo término, que la consulta pública haya de practicarse por conductos electrónicos no debiera ser obstáculo para admitir que, paralelamente, pueda brindarse la oportunidad de hacer el llamamiento y recabar igualmente opiniones por los cauces tradicionales, pensando, sobre todo, en aquellos colectivos con mayores dificultades a la hora de servirse de la vía electrónica como canal de información y comunicación<sup>32</sup>. De igual forma, nada impide, en nuestra opinión, que, a pesar de que el legislador apueste por Internet y la tramitación telemática de la consulta pública, este canal se refuerce con otros

---

en escenarios complejos de navegación. De manera que, en ocasiones, no es fácil dar con el lugar en el que se publicitan las consultas públicas.

32. No pretendemos poner en duda la capacidad que demuestra Internet como canal de comunicación y sus bondades al respecto. Ahora bien, supuesta la finalidad de la consulta pública y la significación última del principio de participación, resulta evidente que conviene que los altavoces lleguen a todos los oídos y, en este sentido, la brecha digital debe ser tomada en consideración en estos momentos como un escollo para que la consulta pública alcance su máxima expresión.

canales electrónicos a la hora de lograr la mayor difusión e interés del público –hoy por hoy, sin ir más lejos, es evidente el eco que proporcionan las redes sociales–.

## 5.2

### **El desajuste en la coordinación de las distintas aperturas participativas del procedimiento de elaboración de reglamentos**

Las bondades inconcusas que atesora el principio participativo pueden provocar, no obstante, que se incurra en una desmesura disfuncional. Que la participación sea *per se* positiva no significa que no importe el *quantum* y el equilibrio con otros principios a los que igualmente se debe la estructura procedimental administrativa, caso, sin ir más lejos, de la eficacia. Es discutible, al menos ese es nuestro sentir, que la adición sin más de pasos y trámites participativos pueda hacerse sin tope; que cuanta más participación, mejor. Conviene evitar enfilear esos derroteros porque a menudo conducen al páramo del ritualismo, del que tenemos sobrada experiencia histórica.

*Non multa, sed multum.* El sabio consejo es, por supuesto, válido para el caso que nos ocupa, pues no hay que olvidar que la consulta pública viene a sumar una carga participativa, situándose al lado de otros trámites de la misma familia que gozan a estas alturas de una larga trayectoria: la audiencia y la información pública. Importa en este sentido que la consulta pública responda fielmente a su especificidad, sin perder el norte de lo que es su razón de ser: recabar la opinión de los ciudadanos cuando todas las opciones están aún abiertas. De otro modo, la superfluidad asomará y, por más que inspirada en un principio de alto linaje como es la participación, habrá que tamizar su utilidad sin falta.

Importancia, pues, de preservar la especificidad de la consulta pública frente a los dos trámites participativos clásicos. Pero no solo eso. La pujanza en estos últimos años del principio de transparencia ha sido el detonante de la creación de nuevas aperturas participativas en los procedimientos de elaboración de normas. El reguero de leyes de transparencia, estatal y autonómicas, que han venido aprobándose últimamente, como era de esperar, ha dedicado una atención destacada al mundo que rodea a las normas y su proceso de gestación, intensificando las obligaciones de transparencia al respecto: publicación de los proyectos de reglamentos, de la documentación complementaria, de las memorias e informes, y así siguiendo. Producto de todo ello se ha fortalecido, qué duda cabe, la posición del ciudadano, que tiene ahora a su alcance más información; pero, además, se han flexibilizado

muchas rigideces procedimentales. La transparencia, por expresarlo en síntesis, se ha “escapado” del trámite de información pública. Y es que el enfoque de las leyes de transparencia, basado en la promoción de un valor, no se compadece con las exigencias de las lógicas procedimentales, donde la secuencia exige un cierto orden y obliga a definir pasos. De ahí que las leyes de transparencia hayan impuesto al procedimiento de creación normativa un manto de transparencia que ha de recubrir todo el proceso, sin perjuicio de los momentos puntuales de apertura hacia el público que manden las leyes de procedimiento administrativo. No es fácil, en contra de lo que pueda pensarse, conjugar ambos enfoques. Pero, en lo que aquí importa, el caso es que al hacer de la transparencia un estado permanente a lo largo de todo el ciclo de creación de las normas reglamentarias se ha difuminado igualmente la participación. Hallamos así normas de transparencia que reconocen sin ambages el derecho de los ciudadanos a presentar sugerencias en cualquier momento del procedimiento<sup>33</sup>. Cómo combinar ambos enfoques, sin incurrir en duplicidades, es asunto que debe preocupar; no vaya a ser que, sin ir más lejos, dupliquemos portales y espacios, de transparencia y de participación, con el riesgo, amén de consumir energías y recursos por partida doble, de posibles incoherencias que acaben lastrando el proceso creativo de la norma.

La entrada en escena de la consulta pública aconseja reordenar todas las piezas. No es que el nuevo trámite exija un paso atrás por parte de las leyes de transparencia. En realidad, bien apurada la cosa, la consulta pública viene a fortalecerlas, formalizando un momento de la secuencia de creación normativa y transformándolo nada menos que en un trámite preceptivo de este *iter*. Y otro tanto a la inversa: las leyes de transparencia incorporan garantías

---

33. Así ocurre en el caso catalán a tenor de lo previsto en el art. 69 (“Participación ciudadana en la elaboración de las normas”) de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno:

*1. Las personas tienen el derecho a participar, mediante la presentación de propuestas y sugerencias, en las iniciativas normativas que promueve la Administración pública. Este derecho puede ejercerse con relación a las iniciativas normativas en que, por su importancia o por la materia que regulan, la Administración pública considera pertinente abrir este proceso participativo desde el inicio de la tramitación del procedimiento administrativo.*

*[...]*

*3. Las personas pueden remitir sus propuestas y sugerencias con relación a las iniciativas normativas que corresponda antes del trámite de audiencia e información pública. El solo hecho de participar en una iniciativa normativa no atribuye a los ciudadanos la condición de interesados, pero la Administración debe realizar una valoración general de las contribuciones, que debe publicarse en el Portal de la Transparencia.*

*[...]*

para que el ciudadano tenga a su disposición la información que precisa a los efectos de emitir cabalmente una opinión sobre el tema, colmando, llegado el caso, las lagunas o deficiencias del dossier diseñado como base de la consulta. Ahora bien, una visión de simple yuxtaposición corre el riesgo de hacer que, por demasía, la inteligencia de la empresa participativa.

### 5.3

#### El apartamiento de la consulta pública a través de las excepciones

Las primeras glosas del trámite que nos ocupa coinciden en llamar la atención en torno a la amplitud del catálogo de excepciones en grado de justificar su preterición. Y es que, en efecto, el art. 133 de la LPAC recoge un conjunto muy nutrido de razones para prescindir de lo que, como se viene señalando, se tiene por una novedad relevante y por una de las principales contribuciones en la reformulación del proceso de creación normativa. No en vano, desde las filas de la doctrina científica se ha advertido sin falta de que, de instalarse una interpretación de signo extensivo en lo que hace a las reservas, la consulta previa puede devenir en algo bien raro y ocasional, desvirtuando la imagen de trámite generalizado que, de entrada, se le concede<sup>34</sup>.

Tratando de sistematizar la exposición, cabe efectuar una tripartición a la hora de ordenar las posibles causas capaces de afectar a la obligatoriedad del trámite:

A. Encontramos, en primer lugar, un primer conjunto de supuestos en los que se considera que la savia participativa adquiere una virtualidad menor toda vez que se trata de materias en las que no sobresale especialmente el interés participativo. De ahí que la activación de la excepción no afecte únicamente a la consulta previa, sino que sea dado proyectarla asimismo sobre los trámites de audiencia e información pública. Con arreglo a lo establecido en el art. 133.4 de la LPAC: “Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones

34. Comparten este parecer, entre otros, Albert CAPALLERAS GONZÁLEZ, *El marc legal de l’elaboració dels avantprojectes de llei a Catalunya...*, cit., pág. 49; Paula ORTÍ FERRER, “L’avaluació d’impacte normatiu a l’Administració de la Generalitat i la política de millora de la regulació: balanç i reptes en el context de la Llei de transparència”, en *Activitat parlamentària*, núm. 29, 2016, pág. 79; y Fernando GARCÍA RUBIO, *La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Común*, cit., pág. 123.

dependientes o vinculadas a estas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen”.

Lo presupuestario y lo organizativo son, pues, ámbitos en los que, su puesta la naturaleza de los temas a abordar, el interés participativo baja de grado. Junto a estas materias, adviértase, no obstante, que se incorpora una cláusula genérica que apela a la presencia de “razones graves de interés público” en grado de justificar que no se lleven a término todos o alguno de los trámites participativos. Fórmula controvertida, claro<sup>35</sup>. De todos modos, siendo un elenco común de excepciones, el tratamiento dado a la consulta pública podrá beneficiarse al cabo del bagaje y la experiencia respecto de la audiencia e información pública.

**B.** No ocurre lo mismo, sin embargo, con el segundo grupo. Se trata esta vez de un listado de nuevo cuño en el que se recogen excepciones aplicables, únicamente, a la consulta pública. Así, reza el art. 133.4 en su párrafo segundo: “Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero”.

Es probable que aquí radique una de las claves que van a marcar la andadura de la consulta pública. De cómo se interprete esta previsión dependerá el vuelo que alcance el trámite de marras. Adviértase, en este sentido, que se contemplan tres razones que, lejos de ser puntuales y concretas, describen escenarios que se fían a la interpretación de cada Administración y aun de cada promotor normativo.

La primera de estas razones viene dada por la ausencia de “impacto significativo en la actividad económica”. Se conoce, así pues, que el interés por captar el pulso de la ciudadanía se desvanece allí donde la regulación pasa a ocuparse de asuntos que no atañen a los negocios. Es evidente que, si afecta al bolsillo, el interés por tomar parte en la construcción de la norma puede ser mayor, pero de ahí a considerar, *sensu contrario*, que pasa a ser prescindible en los demás escenarios hay un salto cuya justificación no acertamos a descifrar por mucho que influya en nuestros días el acento economicista. Basta evocar sectores como el medio ambiente o la defensa del patrimonio cultural de todos para evidenciar que el interés participativo y la incidencia en la actividad económica no son, necesariamente, vasos comunicantes.

35. Lo advierte con razón Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, “La potestad reglamentaria. El procedimiento de elaboración de los reglamentos”, en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, t. II, pág. 2529.

Más enigmática si cabe es la segunda razón de exoneración de la consulta: que la norma futura no imponga “obligaciones relevantes a los destinatarios”. Parece quererse decir que lo que importa, a los efectos de consultar al público, es que se prevea estatuir obligaciones serias, graves, importantes, de consideración... Úsese el sinónimo que se quiera, el caso es que la apelación a la relevancia abre una senda de recorrido incierto habida cuenta de la relatividad que encierra una valoración de estas características.

Finalmente, para rizar el rizo, podrá prescindirse de la consulta pública cuando la propuesta normativa regule “aspectos parciales de una materia”. ¿Significa ello, pues, que solo es obligatorio consultar el reglamento general de una materia? Y, de ser así, ¿qué ha de entenderse por tal?

C. La tripartición se cierra con la cláusula de urgencia en cuya virtud es dado que en la regulación de los procedimientos de tramitación urgente se abra la posibilidad de prescindir de la consulta pública para acelerar el curso de la aprobación de la norma: “Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella”.

A la vista está que existe un catálogo muy amplio de razones a las que acogerse para “esquivar” la nueva consulta pública. La crítica, huelga explicarlo, queda servida en bandeja. De todos modos, cuesta imaginar que detrás de semejante despliegue lata la intención de desactivar esta pieza *sottovoce*. Más que un ejercicio de relativización, que en realidad supondría reconocer un contrasentido, lo que a nuestro juicio denota el art. 133.4 de la LPAC es la voluntad de equilibrar la balanza entre los distintos principios que han de animar el proceso de creación normativa, a fin de que la participación no se imponga a todo trance y a toda costa, prestando así sin sustancia pretextos ritualistas al servicio de la expulsión de la norma. Que este es el propósito central lo demuestra, por de pronto, el hecho de que la activación de todas las excepciones mencionadas sea en última instancia potestativa. La letra de la ley es clara en este sentido: “podrá prescindirse”; “podrá omitirse”; “la eventual excepción”. Luego la presencia de una razón para no consultar se articula tan solo a modo de premisa. Y no solo eso. Es de notar que la entrada en juego de la consulta pública amplía el instrumental participativo, de manera que el juego de las excepciones permite encontrar soluciones intermedias con vistas a ajustar el *quantum* participativo en cada caso, escogiendo de entre las distintas fórmulas posibles la que se estime más adecuada allí donde, concurriendo una razón de las descritas, se estime conveniente, con todo, dar entrada a la opinión del público, ora a través de la consulta pública, ora a través de otro trámite del

género<sup>36</sup>. Por último, importa mucho no perder de vista que estas excepciones deben someterse a una interpretación restrictiva según los cánones hermenéuticos clásicos (*favorabilia sunt amplianda, odiosa retringendam*).

Visto desde este ángulo, el ejercicio de balance que se supone al art. 133.4 de la LPAC nada tiene en abstracto de objetable. Otra cosa es que, salvado el ánimo, los márgenes y elementos ideados por el legislador para llevar a cabo después la concreción puedan considerarse satisfactorios. Y he aquí que se advierten carencias significativas. Porque las excepciones a la consulta pública acusan en su formulación importantes limitaciones.

La más relevante de todas ellas es que las aperturas, sumadas todas ellas, abren un agujero demasiado grande. Que dicho agujero acabe convirtiéndose en una vía fatal de agua que haga naufragar el artilugio recién estrenado dependerá, básicamente, de la posición que adopte cada Administración. Porque, bien apurada la cosa, el legislador fía el equilibrio al que se ha hecho mención a la Administración, depositando en sus manos un ancho margen de maniobra para interpretar y poner en práctica conceptos que, sobre ser jurídicamente indeterminados, se han definido legalmente con perfiles en sí mismos evanescentes<sup>37</sup>. Tan es así que resulta difícil predecir *a priori* qué tipos de normas van a quedar a resguardo de la consulta pública como consecuencia de su falta de impacto significativo en la actividad económica, del carácter no relevante de las obligaciones que impongan o del tratamiento meramente parcial de la materia. Tampoco es claro que vaya a hacerse un uso puntual de estas excepciones toda vez que es dado igualmente moldearlas con vistas a excluir en bloque las normas tocantes a tal o cual materia, caso, por citar un ejemplo real, de los instrumentos de planeamiento urbanístico<sup>38</sup>. Sin olvidar en fin que a mayor discreción mayor dificultad también en la labor de enderezamiento judicial; labor que difícilmente podrá alcanzar profundidad en su encargo más allá de corregir los apartamientos más descarados e injustificados.

Preocupa, por todo ello, la posibilidad de que algunas Administraciones opten por “arrinconar” la consulta pública. Probablemente semejante deriva se antoja difícil de producirse por el coste que entraña una renuncia así supuesta la presión participativa de nuestros días y el hecho de que la consulta

36. Consúltense las consideraciones de María Jesús MONTORO CHINER, *La sociedad requiere normas útiles...*, cit., págs. 35-36.

37. Sobre ello llamó la atención el Consejo de Estado señalando que “el anteproyecto ganaría en claridad si evitase el uso de conceptos jurídicos indeterminados, tales como ‘obligaciones relevantes’, ‘impacto significativo’ o ‘regulación de aspectos parciales de una materia’ como supuestos justificativos de la posible omisión de este trámite de consulta pública” (Dictamen de 29 de abril de 2015, número de expediente 275/2015).

38. Que, por ejemplo, con arreglo a las directrices del municipio de Madrid, no se someterán con carácter general a consulta pública.



pública se alinee poderosamente con una corriente internacional que es signo de modernidad. Con todo, el principal peligro no proviene, a nuestro juicio, de que la consulta pública sea apartada a consecuencia de una devaluación de su interés participativo, sino de que ello sea producto de las dificultades y los compromisos que su puesta en marcha requiere en términos operativos. Dicho de otro modo, la generosidad del art. 133.4 de la LPAC puede descubrir, inesperadamente, una vía de salida para aquellas Administraciones menos provistas y capacitadas organizativa y tecnológicamente.

#### 5.4

#### **La relativización de la eficacia invalidante de la omisión o práctica sustancialmente inadecuada de la consulta pública**

El régimen de invalidez es el cuarto riesgo que amenaza el cabal afianzamiento de la consulta previa. El grado de tensión que se aplique al reglamento aprobado sin consulta o con una consulta sustancialmente inadecuada determinará la agudeza del nuevo trámite. En la gliba administrativa, la invalidez de los actos por quebrantamiento de forma causa oposición con el carácter instrumental de la misma: ni *summum ius*; ni *cum finis est licitus, etiam media sunt licita*. Los vicios de procedimiento son la afilada espada de Damocles que pende sobre el Derecho administrativo; a mitades del siglo XX, Georges VEDEL ya sentó cátedra en esta materia: “No existe Derecho menos formalista que el Derecho administrativo. El juez administrativo solo censura la omisión de formalidades por la Administración, si tales formalidades tienen un carácter ‘sustancial’ y son verdaderamente necesarias para la protección del interés público o de los derechos de los particulares”<sup>39</sup>.

---

39. Georges VEDEL, *Droit administratif*, Presses universitaires de France, París, 1958, 6ème édition (1976); sexta edición traducida al español por Juan RINCÓN JURADO, *Derecho administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, primera edición, pág. 49. Por el acierto en sus palabras, interesa reproducir el siguiente fragmento relativo a la distinción entre requisitos de forma sustanciales y no sustanciales (pág. 496):

*No todos los elementos del “procedimiento administrativo” tienen el mismo valor. La vía administrativa se convertiría en imposible si la omisión de la menor formalidad entrañara la anulación del acto. Solo la omisión o el cumplimiento erróneo de los requisitos de forma sustanciales justifica la anulación del acto por vicio de forma. Pero ¿qué es lo que permite distinguir entre los requisitos de forma sustanciales y no sustanciales? El criterio adoptado por la jurisprudencia tiene un doble aspecto: / Se debe considerar en primer lugar como sustancial todo requisito formal que tenga por objeto garantizar los derechos de los administrados [...]. / A continuación se debe considerar sustancial todo requisito formal cuyo cumplimiento hubiera podido cambiar el sentido de la decisión impugnada [...].*

*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* “Con carácter previo a la elaboración del proyecto de reglamento, *se sustanciará* una consulta pública” (art. 133.1 de la LPAC). “Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente *publicará* el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados” (art. 133.2 de la LPAC). “El trámite de audiencia e información pública *solo podrá omitirse* cuando existan graves razones de interés público” (art. 26.6 de la LG). “La aprobación de las ordenanzas locales *se ajustará* al siguiente procedimiento: [...] información pública y audiencia a los interesados” (art. 49 de la LrBRL). “Los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, *se expondrán* en el tablón de anuncios de la entidad y en el Boletín Oficial de la Provincia durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas” (art. 17 del TRLHL). *Se sustanciará, publicará, solo podrá omitirse, se ajustará y se expondrán*, son las formas verbales que hemos destacado. Por activa y por pasiva, el legislador impone la práctica de los trámites de consulta previa, audiencia e información pública en el procedimiento de elaboración de reglamentos, y lo hace en términos claramente preceptivos, como trámites esenciales.

Bajo este contexto, es conocida la doctrina de la invalidez de las disposiciones generales por defectos formales en el procedimiento de su elaboración y su larga lista de disquisiciones producto, entre otras cosas, de la convivencia de diversos mecanismos de control judicial del poder reglamentario<sup>40</sup>. En todo caso, la vulneración de una norma de superior jerarquía reguladora del procedimiento a seguir en la creación de la disposición reglamentaria –aquí, la LPAC y las demás normas institucionales propias de cada Administración– produce, como regla general, la invalidez de aquella, citándose como paladín de este criterio el art. 47.2 de la LPAC y, en términos fundamentales, los arts. 9.2 y 105.a) de la CE<sup>41</sup>.

Proyectando esta premisa sobre la consulta previa, que es trámite esencial del *iter* reglamentario, resulta defendible a nuestro juicio la extensión

40. Una exposición precisa y actualizada del estado de la cuestión puede encontrarse en Carmen AGOÜES MENDIZÁBAL, “La modulación de los efectos de la nulidad de los reglamentos”, ponencia presentada al *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, celebrado en La Laguna, los días 3 y 4 de febrero de 2017, págs. 4-13.

41. Es jurisprudencia reiterada la que afirma que los vicios procedimentales acarrearán la nulidad de pleno derecho del reglamento afectado “dada la naturaleza sustancialista que los defectos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales tienen” (SSTS de 4 de mayo de 2010, recurso 33/2006; y de 18 de enero de 2013, recurso 6332/2009).

de la sanción propia de los trámites participativos clásicos –*id est*, audiencia e información pública–. La omisión de la consulta pública, o su práctica desviada, constituye un vicio que invalida la disposición reglamentaria y, en consecuencia, se erige en razón para justificar su expulsión del ordenamiento jurídico. El argumento *a simili* parece intachable: si la ley procedimental no distingue en el carácter preceptivo, esencial, de los trámites de consulta, audiencia e información pública del procedimiento de creación de normas reglamentarias, sus vicios deben contar con un mismo tratamiento jurídico<sup>42</sup>. Cobra aquí, pues, mucha importancia no solo la significación del trámite y la cobertura que presta a una vertiente inédita del principio participativo, sino, sobre ello, la fortaleza que la ley le concede al hacer de la consulta un paso preceptivo en el itinerario. Y es que el art. 133 de la LPAC no incorpora un mandato programático que interpele sobre una anticipación temporal de la participación activa de la sociedad; lo que introduce es, sin ambages, un trámite imperativo.

A esta tesis, como contrafuerte, se suma la fuerza del catálogo de excepciones que permiten apartarse del proceso ordinario de creación normativa. Como hemos dicho *supra*, la consulta pública no solo comparte excepciones comunes con los trámites de audiencia e información pública, sino que, además, amplía sus miras con causas de apartamiento propias. A mayores excepciones tipificadas, mayor confirmación de la regla: *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*.

Frente a esta conclusión, rodeada de los matices que son conocidos, acecha el riesgo de la relativización de la fuerza invalidante de este trámite<sup>43</sup>.

42. En torno al tratamiento de los vicios participativos en el procedimiento de elaboración de reglamentos y su fuerza invalidante acúdase a la interesante exposición de Irene ARAGUÁS GALCERÀ, “La nulidad de los reglamentos por defectos en la realización de los trámites participativos”, comunicación presentada al *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, celebrado en La Laguna, los días 3 y 4 de febrero de 2017.

43. Al alertar sobre la relativización no nos referimos a la interpretación instrumental de las formas, que es necesaria, por supuesto, y que a estas alturas ya nadie pone en duda. La consulta pública es, en efecto, instrumental como lo son, por lo demás, todos los trámites del procedimiento. De ahí que su sustanciación en un caso dado deba siempre juzgarse a la vista de su razón de ser, orillando aquellos posibles defectos o irregularidades de carácter menor que no han truncado su finalidad. Por eso mismo, hay que evitar caer en posiciones de signo ritualista e interpretar en cambio las exigencias procedimentales de manera razonable, pensando en el desarrollo sensato de la potestad reglamentaria –“nos encontraríamos con un procedimiento infinito en el tiempo que impediría desarrollar correctamente la potestad reglamentaria” (STS de 22 de diciembre de 2016, recurso 177/2013)–.

Para abundar en el tema son obras de consulta, entre otras, las de David Vicente BLANQUER CRIADO, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Civitas, Madrid, 1998; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002; Eduardo MELERO

Relativización que cuenta a su favor con el argumento propicio que prestan justamente la presencia dilatada y las múltiples estaciones con que cuenta el principio participativo a lo largo del proceso de creación de normas. Desde esta óptica, podría preconizarse que la eventual ausencia de la consulta previa puede remediarse gracias a los trámites de información pública y audiencia a los interesados. Al fin y al cabo, nada impide que en estos pasajes le sea dado al ciudadano verter su opinión sobre los extremos propios de la consulta pública –esto es, sobre la oportunidad de la futura norma–<sup>44</sup>.

De ser así, se produciría, a nuestro juicio, una clara devaluación del trámite que nos ocupa. Devaluación que pondría en jaque su virtualidad. Porque en la esencia de la consulta pública no solo está la bondad de que la ciudadanía pueda opinar sobre la conveniencia de la norma y sus ejes centrales en el tratamiento de una cuestión, sino de hacerlo en un momento procedimental muy preciso: cuando todavía están abiertas las distintas opciones. La posibilidad de que el ciudadano vierta su opinión, en términos realmente eficaces, sobre la oportunidad de la futura norma solo tiene sentido antes de la elaboración escrita del articulado de la disposición reglamentaria, como hemos dicho con ocasión de la trascendencia de la ubicación liminar de la consulta pública. O la consulta pública –como mecanismo participativo de colaboración– tiene lugar en la fase preparativa de la futura norma, o pierde sensiblemente su virtualidad. Por tanto, la idea de un recambio a través de los posteriores trámites de información y audiencia no ofrece, en nuestra opinión, una solución atendible<sup>45</sup>.

---

ALONSO, *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2005; y Raquel BONACHERA VILLEGAS, *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

44. Planteamiento, el del cumplimiento indirecto de un trámite participativo a través de otro, del que ya hay constancia en la jurisprudencia a propósito de la información pública (en contra de una posibilidad tal, véanse, entre otras, las SSTs de 25 de abril de 2016, recurso 290/2015; y de 5 de mayo de 2015, recurso 1559/2013).

45. Posición distinta es la que sostiene Cayetano PRIETO ROMERO, “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, en *RAP*, núm. 201, 2016, págs. 359-360, partidario de considerar que la consulta pública previa no ha de ser tenida por trámite esencial en términos de fuerza invalidatoria. En su opinión, la finalidad de la consulta sí podría colmarse a través de los trámites participativos posteriores.

## 5.5

### ***Last but not least*: su toma en consideración real**

Tal vez sorprenda al lector que cerremos este recorrido por los riesgos ante los que la consulta pública debe estar vigilante aludiendo a la eventual falta de seriedad en la toma en consideración del resultado obtenido. Se dirá que es algo elemental y, desde luego, lo es. Sin embargo, no por ello deja de ser esencial que la consulta pública pese en la manera de crear normas de acuerdo con su misión.

Teniendo esto presente, es de recordar aquí que la toma en consideración de los trámites participativos suele figurar en la lista de puntos débiles de la participación y que, precisamente por ello, son de reforzar los vínculos entre este principio y el deber de motivación. Por más que, en términos dogmáticos, sea perfectamente defendible que el deber de explicar en qué medida se han sopesado las opiniones emitidas constituye un correlato natural del derecho de los ciudadanos a participar en la consulta pública, se echa en falta algún apoyo expreso consignado en el art. 133 de la LPAC. Algo de esto le presta, como ya se dijo, el influjo general de la buena regulación y, concretamente, el principio de transparencia. Con todo, no hubiera estado de más, en nuestra opinión, un recordatorio más directo, al estilo del que figura en la regulación de la información pública *ex art.* 83.3 de la LPAC (“quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales”). El vacío, que es solo aparente, pues la exigencia cae por su propio peso, ha sido advertido por algunas Administraciones, que se han servido de las instrucciones y directrices aprobadas para apuntalar la exigencia de una rendición de cuentas respecto de las circunstancias de la consulta pública realizada y sus resultados.

